



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

Geschäftsleiterpflichten bei einer wahrscheinlichen Insolvenz

verfasst von / submitted by
Mag. iur. Georg Wabl LL.M.

angestrebter akademischer Grad /
in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2021 / Vienna, 2021

Studienkennzahl lt Studienblatt / degree programme UA 783 101
code as it appears on the student record sheet:

Dissertationsgebiet lt Studienblatt / field of study as it Rechtswissenschaften / Law
appears on the student record sheet:

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof. Dr. Andreas Konecny

DANKSAGUNG

Die Idee zu dieser Arbeit entstand durch einen Blick über die Grenze.

London Mein Interesse an rechtsvergleichender Forschung wurde vor exakt fünf Jahren geweckt, als ich ein Master-Studium an der *Queen Mary University of London* absolvierte. Ein im November 2016 von der Europäischen Kommission veröffentlichter Vorschlag für eine Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz löste einen Inspirationsprozess aus, der mich nicht mehr loslassen sollte.

Wien Ein Prozess, der mich vor etwa vier Jahren zurück nach Österreich und nach Wien führte, wo ich das Glück hatte, mit der *Universität Wien* eine weltoffene und nach mehr als 650 Jahren nach wie vor unermüdlich neugierige *Alma Mater* zu finden. Das Doktoratsstudium berufsbegleitend zu absolvieren war herausfordernd, aber umso mehr bereichernd.

Amsterdam Abgerundet wurde diese Arbeit in Amsterdam, wo ich von Jänner bis August 2021 meine niederländischen Wurzeln neu entdeckte. Neben der inspirierenden Tätigkeit in einer internationalen Wirtschaftskanzlei fand ich an der *Universiteit Leiden* Gleichgesinnte und Freunde, die viele Fragen beantworteten und mich in meiner internationalen und empirischen Forschung bestärkten.

Dieses Projekt brachte mich auch persönlich an meine Grenzen und darüber hinaus. Gleichzeitig hat es meinen Horizont unermesslich erweitert.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater Univ.-Prof. Dr. *Andreas Konecny*, der stets ein offenes Ohr für meine vielfach unkonventionellen Ideen hatte und mir ein großartiger Betreuer war. Mein ausdrücklicher Dank gilt weiters Hon.-Prof. Dr. *Franz Mohr* und Univ.-Prof. Dr. *Georg Kodek* für die Bereitschaft, die Begutachtung meiner Arbeit zu übernehmen.

Ein spezieller Dank gilt den *107 österreichischen Insolvenzverwalterinnen und Insolvenzverwaltern*, die mit Neugier und Interesse an meiner empirischen Studie teilgenommen und dadurch einen so wichtigen Beitrag zu dieser Arbeit geleistet haben.

Besonders bedanken möchte ich mich bei *Gottfried Gassner*, meinem Mentor und „Chef“ bei *Binder Grösswang*, ohne dessen Vertrauen und Flexibilität diese Arbeit nicht möglich gewesen wäre.

Ich bedanke mich von Herzen bei meinen Eltern *Ans* und (meinem Lektor) *Bernhard*, und meinen Geschwistern *Margherita* und *Kristof*, die mich auf dieser Reise als *Familie* mit Verständnis und Wärme bis zum letzten Schritt begleitet haben.

Mein herzlichster Dank gilt schließlich meiner *Magdalena*, die mir bei meinen Herzensprojekten stets bedingungslos zur Seite steht.

Wien, im November 2021

Georg Wabl

VORWORT

Bei Fertigstellung dieser Arbeit befinden sich Österreich, Europa und die Welt nach wie vor inmitten einer beispiellosen Gesundheitskrise, gleichzeitig aber womöglich erst am Beginn einer dadurch verursachten Wirtschaftskrise. So herausfordernd und schmerzhaft Krisen oft auch sein mögen, sie bringen Dinge in Bewegung. Das Ergebnis der letzten globalen Wirtschafts- und Finanzkrise waren umfassende nationale und internationale Gesetzesinitiativen, die auf europäischer Ebene auch in Sachen Insolvenzrechtsharmonisierung ein starkes Momentum mit sich brachten.

Vor etwas weniger als zehn Jahren, am einprägsamen 12. 12. 2012, brachte die Europäische Kommission zwei hochrelevante Initiativen im Bereich des Insolvenzrechts auf den Weg. Einerseits war dies ein erster Entwurf zu einer Modernisierung der Europäischen Insolvenzverordnung¹ (im Folgenden **EuInsVO**), um selbige an die im Laufe der 2000er Jahre veränderten wirtschaftlichen und (insolvenz-)rechtlichen Gegebenheiten anzupassen. Andererseits erfolgte der Startschuss zur Entwicklung einer europäischen Strategie für einen neuen Ansatz im Umgang mit unternehmerischem Scheitern und Unternehmensinsolvenzen, der 2019 zur Verabschiedung der für die gegenständliche Arbeit so relevanten RL (EU) 2019/1023² (im Folgenden **RIRL**) führen sollte.

Damals, im Dezember 2012, hätten wohl nur die wenigsten gedacht, dass die dort zu Papier gebrachten Initiativen nicht einmal ein Jahrzehnt später schon von so hoher praktischer Relevanz sein könnten. Dies umso weniger, weil es in den meisten europäischen Ländern seitdem Jahr für Jahr neue Insolvenztiefstände gab, die in Zeiten der Pandemie infolge umfassender staatlicher Unterstützungsmaßnahmen noch einmal massiv gesunken sind.³ Liest man die zahlreichen Berichte über eine schon bald drohende „Insolvenzwelle“,⁴ könnte man meinen, die mit Juli 2021 fällige Umsetzung der RIRL kam bzw kommt *gerade* zur richtigen Zeit.

Tatsächlich wurde und wird in Europa nun vielerorts versucht, die RIRL, und daher im Ergebnis die Erfahrungswerte aus der letzten globalen Wirtschaftskrise, *dafür* zu nutzen, um die Folgen der aktuellen Krise besser abzufedern.⁵ Ob dies gelingt, wird insb davon abhängen, wie gut und praxistauglich die Umsetzung in den einzelnen Ländern erfolgt. Unabhängig davon befindet sich die Europäische Union dieser Tage mE aber genau dort, wohin sie gehört, nämlich im Zentrum der sozialen, wirtschaftlichen und politischen Realität ihrer Mitgliedstaaten.⁶ In Zeiten steigender EU-Skepsis ist dies eine gute Nachricht, *gerade* für Länder wie Österreich.⁷

¹ VO (EG) 1346/2000 des Rates vom 29. 5. 2000 über Insolvenzverfahren, ABl L 2000/160.

² Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 6. 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz), ABl L 172/18.

³ Siehe nur *KSV1870*, Insolvenzstatistik 1. Halbjahr 2021. Firmenpleiten in den ersten sechs Monaten weiter im Sinkflug, ksv.at (Stand 7. 7. 2021).

⁴ Für viele *Strupczewski*, EU mulls more unified insolvency laws as wave of bankruptcies approaches, reuters.com (Stand 16. 4. 2021); ob und wenn ja, wann eine solche „Welle“ kommt, ist dabei alles andere als klar.

⁵ Siehe etwa ein Interview mit der österr Justizministerin *Alma Zadic*, abrufbar auf [wienerzeitung.at](https://www.wienerzeitung.at) (Stand 23. 10. 2020), wonach eine die Vorgaben der RIRL enthaltende „Gesamtreform des Insolvenzrechts“ zur Vermeidung einer „Pleitewelle“ dienen sollte; auch die deutsche Umsetzung der RIRL soll zur Bewältigung der wirtschaftlichen Folgen der Pandemie beitragen (s Pressemeldung „Bundestag beschließt Änderungen im Sanierungs- und Insolvenzrecht“, [bundestag.de](https://www.bundestag.de) [Stand 17. 12. 2020]).

⁶ Siehe schon *Wabl*, 12 12 12 – The European twelve-star flag in the centre of social, economic and politic reality, [linkedin.com](https://www.linkedin.com) (Stand 12. 12. 2020).

⁷ Lt einer aktuellen Eurobarometer-Umfrage (abrufbar unter [orf.at](https://ec.europa.eu/eurobarometer) [Stand 3. 6. 2021]) ist die österr Bevölkerung von allen EU-Staaten am *unzufriedensten* mit der EU.

Egal um welche gesetzliche oder politische Initiative es geht, funktionieren kann sie nur, wenn sie auch für die betroffenen Menschen funktioniert. Auch im Zentrum der gegenständlichen Krise stehen die Menschen, die nicht nur aus gesundheitlicher, sondern auch aus unternehmerischer und wirtschaftlicher Sicht Verantwortung übernehmen und Entscheidungen treffen müssen. Um Unternehmen und deren Geschäftsleitern keinen zusätzlichen Haftungsrisiken auszusetzen, wurden daher im Zuge der COVID-19 Gesetzgebung auch deren insolvenz- und gesellschaftsrechtliche Pflichten teilweise entschärft.⁸

Dass *gerade* Geschäftsleiter in Ausnahme- und Krisensituationen mit erhöhtem Druck und besonderer Verantwortung konfrontiert sind, zeigt auch eindrucksvoll eine im Rahmen dieser Arbeit durchgeführte empirische Befragung von insgesamt 107 österr Insolvenzverwaltern.

Die *zentrale* Rolle der am Steuerrad der Unternehmen sitzenden Menschen hat schließlich auch der RIRL-Gesetzgeber erkannt und Vorgaben zu deren Pflichten bei Vorliegen einer wahrscheinlichen Insolvenz gemacht. Damit schließt sich der Kreis zur gegenständlichen Arbeit, welche die hinter diesen Vorgaben stehenden Wertungen und deren durch das RIRUG⁹ erfolgte Umsetzung in das österr Recht – mit einer starken Brise Internationalität – untersucht.

Anmerkungen des Autors:

In dieser Arbeit wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum verwendet. Dabei sind wo bedeutsam selbstverständlich die weibliche Form und andere Geschlechteridentitäten mitgemeint.

Soweit nicht an einzelner Stelle anders vermerkt, wurde in dieser Arbeit bis inklusive 31. 8. 2021 veröffentlichte Literatur berücksichtigt.

⁸ Siehe zu insolvenzrechtlichen Aspekten der COVID-19 Gesetzgebung nur die ZIK Spezial online Reihe „COVID-19 und Insolvenzrecht“, abrufbar unter [360.lexisnexis.at](https://www.360.lexisnexis.at).

⁹ Restrukturierungs- und Insolvenz- Richtlinie-Umsetzungsgesetz, BGBl I 147/2021, dessen zentraler Bestandteil die neue Restrukturierungsordnung (im Folgenden **ReO**) ist.

INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	i
QUELLENVERZEICHNIS.....	ix
1. Literaturverzeichnis.....	ix
2. Judikaturverzeichnis.....	xxx
A. EINLEITUNG	1
1. Problemdarstellung.....	1
1.1. Geschäftsleiter als Schlüsselperson in der Unternehmenskrise.....	1
1.2. EU-Harmonisierung zu Geschäftsleiterpflichten	2
1.3. Schnittstelle zwischen Insolvenz- und Gesellschaftsrecht	3
2. Untersuchungsgegenstand	3
2.1. Pflichten bei wahrscheinlicher Insolvenz.....	3
2.2. Ruhen der Insolvenzantragspflicht.....	5
2.3. Fokus auf Geschäftsleiter von GmbH und AG	5
2.4. Ausgeklammerte Aspekte	6
3. Relevanz der Arbeit	6
4. Methodik und Gang der Untersuchung	7
4.1. Analyse des bestehenden Pflichtenregimes.....	7
4.2. Analyse europäischer Harmonisierungsinitiativen.....	8
4.3. Analyse der Umsetzung durch das RIRUG.....	9
4.4. Schlussteil	10
B. BESTEHENDES PFLICHTENREGIME IN ÖSTERREICH.....	11
1. Vorbemerkung.....	11
1.1. Einleitendes zu Geschäftsleiterpflichten im Krisenzusammenhang.....	11
1.2. Einschränkungen	12
2. Allgemeine Sorgfaltspflicht	13
2.1. Telos.....	13
2.1.1. Generell	13
2.1.2. Bedeutung des unternehmerischen Risikos	14
2.1.3. Prinzip der Innenhaftung.....	15
2.2. Pflichteninhalt	17
2.2.1. Vorbemerkung.....	17
2.2.2. Das unternehmerische Ermessen.....	18
2.2.3. Diligenzpflicht und „differenzierte Maßfigur“.....	19
2.2.4. Legalitätspflicht.....	20
2.2.5. Leitungspflicht und Zielvorgaben	21
2.2.5.1. Vorbemerkung.....	21
2.2.5.2. Wohl des Unternehmens.....	23
2.2.5.3. Aktionärsinteressen.....	24
2.2.5.4. Arbeitnehmerinteressen	25
2.2.5.5. Öffentliches Interesse	25
2.2.5.6. Gläubigerinteressen	26
2.2.6. Business Judgement Rule.....	26
2.2.6.1. Voraussetzungen.....	26
2.2.6.2. OGH 6 Ob 160/15w.....	29
2.2.6.3. Unternehmerische Entscheidung	30
2.2.6.4. Keine sachfremden Interessen	32
2.2.6.5. Handeln auf Grundlage angemessener Information	33
2.2.6.6. Handeln zum Wohle der Gesellschaft	34

2.2.7.	Beiziehung von Beratern	35
2.3.	Treuepflicht	36
2.4.	Abdingbarkeit.....	37
2.4.1.	Generell	37
2.4.2.	Gläubigervorbehalt.....	38
2.5.	Überleitung: Insolvenzprophylaxe	40
2.5.1.	Vorbemerkung.....	40
2.5.2.	Finanzgebarung und Internes Kontrollsystem.....	41
2.5.3.	Einberufungs- und Berichtspflichten.....	42
2.5.3.1.	Einberufung der General- bzw Hauptversammlung	42
2.5.3.2.	Sonderbericht an den Aufsichtsrat.....	45
3.	Sanierungspflicht bzw –verantwortung	46
3.1.	Telos.....	46
3.2.	Pflichtenauslöser	48
3.3.	Pflichteninhalt	49
3.3.1.	Ausgewählte Rsp.....	49
3.3.1.1.	OGH 3 Ob 521/84 (Pflicht zur Vermeidung eines Ungleichgewichts zwischen Kapitalaustattung und unternehmerischer Tätigkeit).....	49
3.3.1.2.	OGH 3 Ob 520/86 (Sanierungsversuch bei rechnerischer Überschuldung).....	50
3.3.1.3.	OGH 6 Ob 269/05k (Wahl des richtigen Mittels obliegt Geschäftsleitung)	51
3.3.1.4.	OGH 9 Ob 33/04z (Abberufung wegen verfrühter Insolvenz-antragstellung)	53
3.3.1.5.	OLG Wien 3 R 49/03b (Pflicht zu Sanierungsmaßnahmen)	54
3.3.2.	Konkrete Sanierungsmaßnahme im Ermessen der Geschäftsleitung	54
3.3.3.	Anwendbarkeit der BJR	56
3.3.4.	Innenhaftung	56
3.4.	Treuepflicht (<i>shift of fiduciary duties?</i>).....	56
3.4.1.	Vorbemerkung.....	56
3.4.2.	Deutsche Diskussion zum <i>shift of fiduciary duties</i>	57
3.5.	Einbindung und Abhängigkeit von anderen Gesellschaftsorganen.....	60
3.6.	Abdingbarkeit.....	61
4.	Pflichten iZm URG bzw Reorganisationsverantwortung.....	62
4.1.	Telos.....	62
4.1.1.	Unternehmensreorganisationsgesetz	62
4.1.2.	Organpflichten bzw Reorganisationsverantwortung	63
4.2.	Pflichtenauslöser	64
4.3.	Pflichteninhalt	65
4.3.1.	Vorbemerkung.....	65
4.3.2.	Verschuldensunabhängige Erfolgshaftung.....	66
4.3.2.1.	Voraussetzungen.....	66
4.3.2.2.	Kritik in der Lit.....	67
4.4.	Nichteintritt der Haftung	69
4.5.	Entfall der Haftung.....	69
4.6.	Ermessen und BJR	71
4.7.	Innenhaftung	72
4.8.	Haftung anderer Gesellschaftsorgane.....	72
4.9.	Abdingbarkeit und Aufrechnung.....	73
5.	Überleitung zum Pflichtenregime bei materieller Insolvenz	73
6.	Insolvenzantragspflicht.....	74
6.1.	Telos.....	74

6.2.	Pflichtenauslöser	76
6.2.1.	Vorbemerkung.....	76
6.2.2.	Zahlungsunfähigkeit.....	77
6.2.2.1.	Zahlungsunfähigkeit selbst	77
6.2.2.2.	Zahlungsstockung	78
6.2.2.3.	Drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 167 Abs 2 IO)	79
6.2.3.	Überschuldung	82
6.2.3.1.	Überschuldung generell	82
6.2.3.2.	Rechnerische Überschuldung	83
6.2.3.3.	Fortbestehensprognose	84
6.2.3.4.	Auslöser der Überschuldungsprüfung	88
6.3.	Pflichteninhalt	90
6.3.1.	Insolvenzprüfung und -antragstellung.....	90
6.3.2.	Sanierungsfrist.....	90
6.3.2.1.	Absolute Höchstfrist	90
6.3.2.2.	Fristauslöser: Positive Kenntnis vom Insolvenzgrund.....	91
6.3.2.3.	Aussichtsreiche und realisierbare Sanierungsversuche	92
6.3.3.	Ermessen und BJR	93
6.3.3.1.	Insolvenzantragspflicht.....	93
6.3.3.2.	Fortbestehensprognose	96
6.4.	Außenhaftung	101
6.4.1.	Schutzgesetz zu Gunsten der Gläubiger	101
6.4.2.	Altgläubiger.....	101
6.4.3.	Neugläubiger	102
7.	Zahlungsverbot bei materieller Insolvenz.....	103
7.1.	Telos	103
7.2.	Pflichtenauslöser	105
7.3.	Pflichteninhalt	105
7.3.1.	Umfang des Zahlungsverbots.....	105
7.3.2.	Ausnahmen und Einschränkungen	106
7.3.3.	Ermessen und BJR	108
7.4.	Innenhaftung	109
8.	Pflichten im Insolvenzverfahren	109
8.1.	Vorbemerkung.....	109
8.2.	Haftungsrechtliche Zuweisung der Insolvenzmasse	110
8.3.	Pflicht zur Ausarbeitung eines Sanierungsplans	110
8.4.	Masseverwaltergleiche Haftung der Geschäftsleitung im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung?	111
8.5.	„Insolvency Judgement Rule“	113
9.	Empirischer Teil: Studie zu Geschäftsleiterpflichten	118
9.1.	Einleitung	118
9.1.1.	Hintergrund und Methodologie der Studie.....	118
9.1.2.	Fragestellungen	120
9.1.3.	Einschränkungen	120
9.2.	Bisherige statistische Daten im Krisenzusammenhang.....	121
9.2.1.	Vorbemerkung.....	121
9.2.2.	Österreich	122
9.2.2.1.	Die Rolle der Geschäftsleitung	122
9.2.2.2.	Die Vorteile außergerichtlicher Sanierung	123
9.2.2.3.	Insolvenzzahlen in Österreich.....	124
9.2.3.	Deutschland.....	125
9.2.3.1.	Die Rolle der Geschäftsleitung	125
9.2.3.2.	Die ZIS-Studien	127

	9.2.3.3.	Die KDLB-Studie	128
9.3.		Auswertung des Fragebogens.....	129
	9.3.1.	Teil 1: Bestandsaufnahme zu Pflichtverletzungen im letzten Jahr vor Insolvenzeröffnung.....	129
	9.3.1.1.	Aufgabenstellung.....	129
	9.3.1.2.	Detailergebnisse.....	130
	9.3.1.3.	Verletzungen krisenspezifischer Handlungs- bzw (Antrags-) pflichten	131
	9.3.1.4.	Sonstige Pflichtverletzungen	133
	9.3.1.5.	Strafrechtliches Verhalten	133
	9.3.2.	Teil 2: Pflichten als Anreiz für frühzeitiges Handeln.....	134
	9.3.2.1.	Aufgabenstellung.....	134
	9.3.2.2.	Detailergebnisse.....	135
	9.3.2.3.	Erkenntnisse.....	135
	9.3.3.	Teil 3: Pflichten zum Schutz bestimmter Interessen	137
	9.3.3.1.	Aufgabenstellung.....	137
	9.3.3.2.	Detailergebnisse.....	137
	9.3.3.3.	Qualität des bestehenden Pflichtenregimes	139
	9.3.3.4.	Durchsetzbarkeit von Haftungsansprüchen	140
	9.3.3.5.	Nach welchen Interessen handeln Geschäftsleiter in der Krise? ..	141
	9.3.4.	Teil 4: Reformüberlegungen	142
	9.3.5.	Teil 5: Sonstige Kommentare.....	142
9.4.		Gesammelte Erkenntnisse	143
	9.4.1.	Kernaussagen	143
	9.4.2.	Einordnung für die gegenständliche Untersuchung	145
10.		Zwischenfazit	146
C.		EU-HARMONISIERUNG ZU GESCHÄFTSLEITERPFLICHTEN.....	149
1.		Vorbemerkung.....	149
2.		(Restrukturierungs-)Rahmen: Eckpunkte der RIRL	150
2.1.		Vorbemerkung.....	150
2.2.		Reaktionen auf die RL-Initiative.....	150
2.3.		Restrukturierungsrahmen	151
2.4.		Wahrscheinliche Insolvenz	152
2.5.		Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen	153
	2.5.1.	Voraussetzungen	153
	2.5.2.	Folgen der Aussetzung	154
2.6.		Der Restrukturierungsplan	154
	2.6.1.	Mindestanforderungen	154
	2.6.2.	Annahme und Bestätigung	155
2.7.		Anfechtungsschutz	155
2.8.		Obstruktionsverbot für Anteilsinhaber	156
2.9.		Pflichten der Unternehmensleitung bei einer wahrscheinlichen Insolvenz.....	157
	2.9.1.	Unternehmensleitung	157
	2.9.2.	Wahrscheinliche Insolvenz	159
	2.9.3.	Pflichten nach Art 19 RIRL	159
	2.9.3.1.	Generelles	159
	2.9.3.2.	Pflicht zur Interessenberücksichtigung (Art 19 lit a RIRL).....	161
	2.9.3.3.	Pflicht zur Insolvenzabwendung (Art 19 lit b RIRL)	161
	2.9.3.4.	Pflicht zur Sicherstellung der Bestandsfähigkeit (Art 19 lit c RIRL)	161
	2.9.3.5.	RIRL enthält keine Detailvorgaben	162
2.10.		Ruhen der Insolvenzantragspflicht.....	162

2.11.	Zwischenfazit	163
3.	Gesellschaftsrechtliche Harmonisierungsinitiativen	164
3.1.	<i>Forum Europaeum Konzernrecht</i>	164
3.2.	Der Winter-Report	164
3.3.	Aktionsplan der Kommission zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der EU	165
3.4.	Rückschlag im Vorfeld der globalen Wirtschafts- und Finanzkrise	165
3.5.	Neue Dynamik infolge der globalen Wirtschafts- und Finanzkrise	166
3.6.	Die LSE-Studie	167
3.7.	Zwischenfazit	169
4.	EU-Harmonisierung im Insolvenzrecht	169
4.1.	Vorbemerkung.....	169
4.2.	Formalrechtliche Harmonisierung durch die Europäische Insolvenzverordnung	170
4.2.1.	EuInsVO.....	170
4.2.2.	Reaktionen des EP auf die Wirtschafts- und Finanzkrise	171
4.2.2.1.	INSOL-Studie 2010	171
4.2.2.2.	EP <i>Briefing Note</i> zur Insolvenzrechtsharmonisierung.....	172
4.2.2.3.	Empfehlungen des EP an die EK.....	172
4.2.3.	Evaluierung der EuInsVO und Heidelberg-Luxembourg-Wien Report.....	173
4.2.4.	Initiativen vom 12. 12. 2012	175
4.2.5.	EuInsVO 2015.....	176
4.2.6.	Zwischenfazit	179
4.3.	Materiellrechtliche Harmonisierung durch die Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz	180
4.3.1.	Entwicklung einer europäischen Strategie für einen neuen Ansatz im Umgang mit unternehmerischem Scheitern und Unternehmensinsolvenzen	180
4.3.1.1.	Kommissionsmitteilung vom 12. 12. 2012.....	180
4.3.1.2.	Kommissionsempfehlung vom 12. 3. 2014	181
4.3.1.3.	INSOL-Studie 2014.....	182
4.3.1.4.	Evaluierung der bisherigen Maßnahmen	183
4.3.1.5.	Die Leeds-Studie	184
4.3.1.6.	Zwischenfazit.....	187
4.3.2.	Experten- und informelle Stakeholder-Gruppe	187
4.3.2.1.	Generell	187
4.3.2.2.	Expertenmeeting vom 13. 1. 2016.....	188
4.3.2.3.	Expertenmeetings vom 24. und 25. 5. 2016	188
4.3.2.4.	Expertenmeeting vom 14. 6. 2016.....	188
4.3.2.5.	Expertenmeeting vom 11. 7. 2016.....	189
4.3.2.6.	Meetings der informellen Stakeholder-Gruppe	189
4.3.3.	Folgenabschätzungen	190
4.3.3.1.	Impact Assessment Final Report	190
4.3.3.2.	Impact Assessment Report vom 22. 11. 2016	192
4.3.4.	Vom Kommissionsvorschlag zur RIRL	194
4.3.4.1.	Vorbemerkung.....	194
4.3.4.2.	Kommissionsvorschlag vom 22. 11. 2016.....	195
4.3.4.3.	Stellungnahmen EWSA, Ausschuss der Regionen und EZB	198
4.3.4.4.	Reaktionen der Mitgliedstaaten	198
4.3.4.5.	Niebler-Bericht	200
4.3.4.6.	Allgemeine Ausrichtung des Rats.....	202
4.3.4.7.	Kompromisstext vom 17. 12. 2018.....	204
4.3.4.8.	Standpunkt des EP bei erster Lesung vom 28. 3. 2019.....	206
4.4.	Zwischenfazit	207
5.	Exkurs A: Vorarbeiten von UNCITRAL	207

5.1.	UNCITRAL Guide IV zu Geschäftsleiterpflichten	207
5.2.	Begriff des <i>directors (the persons to whom the obligations would attach)</i>	208
5.2.1.	Generell	208
5.2.2.	Empfehlung	209
5.3.	Pflichtenauslöser (<i>the time at which the obligation arise</i>)	210
5.3.1.	Generell	210
5.3.2.	Empfehlung	210
5.4.	Pflichteninhalt (<i>the nature and extent of the obligations</i>)	210
5.4.1.	Generell	210
5.4.2.	Empfehlung	211
5.5.	Haftung (<i>liability for breach of the obligations</i>)	212
5.5.1.	Generell	212
5.5.2.	Empfehlung	212
5.6.	Aktivlegitimation (<i>the persons who may bring an action to enforce the obligations</i>)	213
5.6.1.	Generell	213
5.6.2.	Empfehlung	213
5.7.	Zwischenfazit	213
6.	Exkurs B: Ein Blick nach England	214
6.1.	Vorbemerkung	214
6.2.	Allgemeine <i>duty to promote the success of the company</i>	215
6.3.	<i>Shift of fiduciary duties when the company is likely to become insolvent</i>	216
6.3.1.	Generell	216
6.3.2.	Pflichtenauslöser	217
6.3.2.1.	Der Insolvenzbegriff selbst	217
6.3.2.2.	<i>Likely to become insolvent</i>	218
6.3.3.	Pflichteninhalt	221
6.4.	<i>Wrongful trading</i>	224
6.4.1.	Generell	224
6.4.2.	Pflichtenauslöser	225
6.4.3.	Pflichteninhalt	226
6.5.	Zwischenfazit	228
7.	Takeaways der EU-Harmonisierung im Insolvenzrecht	228
7.1.	Generell	228
7.2.	Unternehmensleitung	229
7.3.	Wahrscheinliche Insolvenz	230
7.4.	Pflichten bei wahrscheinlicher Insolvenz (Art 19 RIRL)	233
7.4.1.	Generell	233
7.4.2.	Pflicht zur Interessenberücksichtigung	235
7.4.3.	Pflicht zur Insolvenzabwendung	238
7.4.4.	Pflicht zur Sicherstellung der Bestandsfähigkeit	241
7.4.5.	Pflichten im Restrukturierungsrahmen	244
7.5.	Ruhen der Insolvenzantragspflicht	244
7.5.1.	Art 7 Abs 1 RIRL	244
7.5.2.	Zahlungen während gewährter Aussetzung	246
7.6.	Bedeutung der empirischen Studie für die RIRL-Umsetzung	246
D.	BEWERTUNG DER UMSETZUNG DURCH DAS RIRUG	249
1.	Vorbemerkung: Präferierte Umsetzung der befragten Insolvenzverwalter	249
2.	Generelles zum Umsetzungsbedarf	250
3.	Kernpunkte des RIRUG	250
4.	Kernpunkte des SanInsFoG	254
5.	Unternehmensleitung	256
5.1.	RIRUG	256

5.1.1.	Geschäftsleiter <i>jedenfalls</i> erfasst	256
5.1.2.	Darüber hinausgehende Bedeutung unklar	256
5.2.	SanInsFoG	257
5.2.1.	Einschränkung auf Geschäftsleiter haftungsbeschränkter Unternehmens- träger	257
5.2.2.	Keine unmittelbare Ausweitung auf Überwachungsorgane	258
5.3.	Bewertung der österreichischen Umsetzung	259
6.	Wahrscheinliche Insolvenz	260
6.1.	RIRUG	260
6.1.1.	Vorbemerkung	260
6.1.2.	Bestandsgefährdung	260
6.1.3.	Drohende Zahlungsunfähigkeit	262
6.1.4.	Verhältnis zur Überschuldung	262
6.2.	SanInsFoG	263
6.2.1.	Vorbemerkung	263
6.2.2.	Anknüpfung an drohende Zahlungsunfähigkeit	264
6.2.3.	Beibehaltung der Überschuldung	266
6.3.	Bewertung der österreichischen Umsetzung	267
6.3.1.	Begriffsvielfalt führt zu Rechtsunsicherheit	267
6.3.2.	„Insolvenz“	269
6.3.3.	Wahrscheinlichkeitsgrad und Prognosezeitraum	270
6.3.4.	Wofür „vermutete“ wahrscheinliche Insolvenz?	270
6.3.5.	Unionsrechtswidrigkeit iZm Überschuldung?	271
6.3.6.	Exkurs: Vorschlag zur Vereinfachung durch Anknüpfung an die drohende Zahlungsunfähigkeit	274
7.	Geschäftsleiterpflichten bei wahrscheinlicher Insolvenz	275
7.1.	Vorbemerkung	275
7.1.1.	RIRUG	275
7.1.1.1.	Umsetzung durch an Art 19 RIRL angelehnten Pflichten- katalog	275
7.1.1.2.	<i>Konkretisierung</i> bestehender gesellschaftsrechtlicher Sorgfaltspflichten	276
7.1.1.3.	<i>Keine</i> Differenzierung nach Verfahrensanhängigkeit	277
7.1.1.4.	Weitergeltung von § 22 URG	277
7.1.2.	SanInsFoG	277
7.1.2.1.	Umsetzung aufgeteilt in mehrere Normen	277
7.1.2.2.	Diskussionen im Vorfeld des SanInsFoG	278
7.2.	Pflicht zur Interessenberücksichtigung	280
7.2.1.	RIRUG	280
7.2.2.	SanInsFoG	281
7.2.2.1.	(Doch nicht erfolgter) Paradigmenwechsel (?)	281
7.2.2.2.	Berücksichtigung von Gläubigerinteressen <i>während</i> Rechtshängigkeit	290
7.2.2.3.	Exkurs: Stabilisierungsanordnung und (Außen-)Haftung	294
7.2.3.	Bewertung der österreichischen Umsetzung	295
7.2.3.1.	Vorbemerkung	295
7.2.3.2.	Konkretisierung gesellschaftsrechtlicher Sorgfaltspflichten	296
7.2.3.3.	Gesamteinschätzung	303
7.3.	Pflicht zur Insolvenzabwendung	304
7.3.1.	RIRUG	304
7.3.2.	SanInsFoG	304
7.3.2.1.	Krisenfrüherkennung und Krisenmanagement (§ 1 StaRUG)	304
7.3.2.2.	Kritik und Einschätzungen	305

7.3.3.	Bewertung der österreichischen Umsetzung	308
7.3.3.1.	Vorbemerkung	308
7.3.3.2.	Finanzielle Schwierigkeiten und „Insolvenz“	308
7.3.3.3.	Konkretisierung gesellschaftsrechtlicher Sorgfaltspflichten	309
7.3.3.4.	Gesamteinschätzung	313
7.4.	Pflicht zur Sicherstellung der Bestandfähigkeit	314
7.4.1.	RIRUG	314
7.4.2.	SanInsFoG	314
7.4.2.1.	Bestanderhaltung nach dem StaRUG	314
7.4.2.2.	Kritik und Einschätzungen	315
7.4.3.	Bewertung der österreichischen Umsetzung	316
7.4.3.1.	Vorbemerkung	316
7.4.3.2.	Bestandfähigkeit	317
7.4.3.3.	Konkretisierung gesellschaftsrechtlicher Sorgfaltspflichten	318
7.4.3.4.	Gesamteinschätzung	321
7.5.	Verhältnis zum URG	323
8.	Ruhen der Insolvenzantragspflicht	324
8.1.	RIRUG	324
8.1.1.	Ruhen der Insolvenzantragspflicht	324
8.1.2.	Ausschluss der Haftung iZm dem Zahlungsverbot	325
8.2.	SanInsFoG	326
8.2.1.	Insolvenzanzeigepflicht (§ 42 StaRUG)	326
8.2.1.1.	Regelung	326
8.2.1.2.	Einschätzungen in der dLit	327
8.2.2.	Änderungen der dInsO	329
8.2.2.1.	Verlängerung der Insolvenzantragsfrist bei Überschuldung	329
8.2.2.2.	Neuregelung des Zahlungsverbots	329
8.2.2.3.	Exkurs: Verwaltergleiche Haftung der eigenverwaltenden Geschäftsleitung	330
8.3.	Bewertung der österreichischen Umsetzung	331
8.3.1.	Vorbemerkung	331
8.3.2.	Ruhen der Insolvenzantragspflicht	331
8.3.2.1.	Hintergrund des Art 7 RIRL	331
8.3.2.2.	Mögliche RIRL-Widrigkeit der Insolvenzsperre nach der ReO ...	332
8.3.2.3.	Exkurs: Lösungsvorschlag Insolvenzanzeigepflicht nach StaRUG-Vorbild (?)	334
8.3.2.4.	Sonstige relevante Anmerkungen	335
8.3.3.	Zahlungsverbot	337
8.3.3.1.	Vorbemerkung	337
8.3.3.2.	Alles beim Alten?	337
8.3.3.3.	Vorverlegung der <i>par condicio creditorum</i> im Restrukturierungsverfahren	338
8.3.4.	Exkurs: Verwaltergleiche Haftung im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung?	338
8.3.5.	Gesamteinschätzung	338
E.	FAZIT	341
	ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE	I
	ABSTRACT	IX
	ANNEXES	XI

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA	anderer Ansicht
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 946
AAR	Allgemeine Ausrichtung des Rats vom 1. 10. 2018 (Dok 12356/18), eur-lex.europa.eu (Stand 1. 10. 2018)
abl	ablehnend, -en
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union, Reihe C: Mitteilungen und Bekanntmachungen, Reihe L: Rechtsvorschriften, Reihe S: Ausschreibungen
Abs	Absatz
aE	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl C 2008/115, 47
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz, BGBl 1965/98 idgF
Anm	Anmerkung, -en
AnwBl	Zeitschrift Österreichisches Anwaltsblatt
AO	Ausgleichsordnung, BGBl 337/1914
AR aktuell	Zeitschrift Aufsichtsrat aktuell
Art	Artikel
ausf	ausführlich, -e, -er
ausschl	ausschließlich, -e, -en
AWA	<i>Arjo Wiggins Appleton Limited</i>
BAKinso	Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte e.V.
BB	Der Betriebsberater (deutsche Zeitschrift)
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	deutscher Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (1951 ff)
BJR	<i>Business Judgement Rule</i>
BTI	<i>BTI 2014 LLC</i>
<i>BTI v Sequana</i>	English Court of Appeal [2019] EWCA Civ 112, <i>BTI 2014 LLC v Sequana SA and others</i>
BULA	Business Law Review (englische Zeitschrift)
bzw	beziehungsweise
ca	zirka (<i>ungefähr</i>)
CA 2006	UK Companies Act 2006 PGA 2006 c 46
CFOaktuell	Zeitschrift für Finance & Controlling
CLJ	The Cambridge Law Journal (englische Zeitschrift)
Cork-Report	<i>Cork</i> , Insolvency Law and Practice: Report of the Review Committee (1982)
CRI	Corporate Rescue and Insolvency (englische Zeitschrift)
d	deutsch (vor einer Abkürzung)
DB	Der Betrieb (deutsche Zeitschrift)
dBJR	<i>Business Judgement Rule</i> nach deutschem Recht
ders	derselbe, -n
DRdA	Zeitschrift Das Recht der Arbeit

DStR	Deutsches Steuerrecht (deutsche Zeitschrift)
E	Entscheidung
EBOR	The European Business Organization Law Review (europäische Zeitschrift)
EBRD	European Bank for Reconstruction and Development
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EIB	Europäische Investitionsbank
EK	Europäische Kommission
EKEG	Eigenkapitalersatz-Gesetz, BGBl I 2003/92 idgF
Entw	Entwurf
EP	Europäisches Parlament
EP Briefing Note	Briefing Note of the Parliament DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS LEGAL AFFAIRS "Harmonisation of insolvency law at EU level with respect to opening of proceedings, claims filing and verification and reorganisation plans" aus März 2011 (Dok PE 432.766), europaparl.europa.eu (Stand März 2011)
EP Report	Report of the Parliament with recommendations to the Commission on insolvency proceedings in the context of EU company law vom 17. 10. 2011 (Dok A7-0355/2011), europaparl.europa.eu (Stand 17. 10. 2011)
Erläut (früher: EB)	Erläuterung, -en
ErläutME	Erläuterungen zum MEntw
ErläutRV	Erläuterungen zur RV
ErwGr	Erwägungsgrund, -gründe
ESUG	(deutsches) Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7. 12. 2011, dBGBI I 2011/64, 2582
ESUG-Evaluierung	<i>Jacoby/Madaus/Sack/Schmidt/Thole</i> , Evaluierung Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7. Dezember 2011, bmjv.de (Stand 10. 10. 2018)
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
Euler Hermes	Euler Hermes Kreditversicherung
EuInsVO	Europäische Insolvenzverordnung (Ursprungsfassung), VO (EG) 1346/2000 des Rates vom 29. 5. 2000 über Insolvenzverfahren, ABl L 2000/160, 1
EuInsVO 2015	Europäische Insolvenzverordnung (Neufassung), VO (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 5. 2015 über Insolvenzverfahren, ABl L 141/19, 1
EUR	Euro
<i>Eurosail</i>	UK Supreme Court [2013] UKSC 28 = [2013] 1 WLR 1408, <i>BNY Corporate Trustee Services Ltd v Eurosail-UK 2007-3BL plc</i>
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (deutsche Zeitschrift)
EWSA	Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss
EZB	Europäische Zentralbank

Fachgutachten Zahlungsunfähigkeit	<i>Kammer der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer</i> , Fachgutachten des Fachsenats für Betriebswirtschaft der Kammer der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer zur Zahlungsunfähigkeit KFS/BW 7, ksw.or.at (Stand 10. 4. 2019)
f	und der, die folgende
ff	und der, der folgenden
FN	Fußnote
FS	Festschrift
gem	gemäß
GBP	<i>Great Britain Pound</i>
GES (früher: GeS aktuell)	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht (früher: <i>Zeitschrift für Gesellschafts- und Steuerrecht</i>)
GesRÄG	Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz
GesRÄG 1982	Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 1982, BGBl 371/1982
GesRÄG 2013	Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2013, BGBl I 109/2013
GesRZ	Der Gesellschafter, Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RGBI 1906/58 idgF
GP	Gesetzgebungsperiode
grds	grundsätzlich, -e, -es
hA	herrschende Ansicht
Heidelberg-Luxemburg-Wien Report	<i>Hess/Oberhammer/Pfeiffer</i> , European insolvency law: the Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report on the application of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings (External Evaluation JUST/2011/JCIV/PR/0049/A4) (2014)
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
IA 1986	UK Insolvency Act 1986 PGA 1986 c 45
ICR	International Corporate Rescue (englische Zeitschrift)
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinn(e)
ieS	im engeren Sinn
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.
IESG	Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz, BGBl 324/1977 idgF
iHv	in Höhe von
IIR	International Insolvency Review (internationale Zeitschrift)
IKS	Internes Kontrollsystem
Impact Assessment Final Report	Impact assessment study of the Commission on policy options for a new initiative on minimum standards in insolvency and restructuring law – Final Report aus November 2016, publications.europa.eu (Stand November 2016)
INDat Report	Fachmagazin für Restrukturierung, Sanierung und Insolvenz (deutsche Zeitschrift)
inkl	inklusive
insb	insbesondere

INSOL-Revision 2012	<i>INSOL Europe</i> , Revision of the European Insolvency Regulation, insol-europe.org (Stand Mai 2012)
INSOL-Studie 2010	<i>INSOL Europe</i> , Harmonisation of Insolvency Law at EU Level, eesc.europa.eu (Stand April 2010)
INSOL-Studie 2014	<i>INSOL Europe</i> , Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States’ relevant provisions and practices, insol-europe.org (Stand 12. 5. 2014)
IO (früher: KO)	Insolvenzordnung (früher: Konkursordnung), BGBl I 2010/29 idgF
IRÄG	Insolvenzrechtsänderungsgesetz
IRÄG 1982	Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1982, BGBl 370/1982
IRÄG 1997	Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1997, BGBl I 1997/114
IRÄG 2010	Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 BGBl I 2010/29
IRÄG 2017	Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2017 BGBl I 2017/122
IRI	Insolvency and Restructuring International (internationale Zeitschrift)
iSd	im Sinn(e) des, - der
iVm	in Verbindung mit
iW	im Wesentlichen
IWF	Internationaler Währungsfonds
iZm	im Zusammenhang mit
JASP	<i>Journal of Applied Social Psychology</i> (internationale Zeitschrift)
JBl	Zeitschrift Juristische Blätter
JEV	Zeitschrift Journal für Erbrecht und Vermögensnachfolge
Jud	Judikatur
KDLB	KDLB Kaufmännische Dienstleistung AG
KG	Kommanditgesellschaft
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KO	Konkursordnung, RGBI 1914/337
krit	kritisch
KSV1870	Kreditschutzverband von 1870
Leeds-Studie	<i>University of Leeds</i> , Study on a new approach to business failure and insolvency. Comparative legal analysis of the Member States’ relevant provisions and practices, ec.europa.eu (Stand Jänner 2016)
Lfg	Lieferung
LG	Landesgericht
lit	litera (<i>Buchstabe</i>)
Lit	Literatur
LQR	Law Quarterly Review (englische Zeitschrift)
LSE-Studie	<i>London School of Economics</i> , Study on Directors’ Duties and Liability, eprints.lse.ac.uk (Stand April 2013)
lt	laut
Mat	Materialien
mE	meines Erachtens
MEntw	Ministerialentwurf
Mio	Million, -en
Mrd	Milliarde, -n

MS	Mitgliedstaat
MULR	Melbourne University Law Review (australische Zeitschrift)
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nr	Nummer
NZI	(deutsche) Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
ö	österreichisch, -e, -er, -es (vor einer Abkürzung)
ÖBA	Zeitschrift Österreichisches Bankarchiv
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Zeitschrift Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
österr	österreichisch, -e, -er, -es
Pkt, -e	Punkt, -e, -en
PSR	Zeitschrift Die Privatstiftung
<i>Ralls Builders</i>	English High Court of Justice 11. 2. 2016, [2016] EWHC 243 (Ch) und 20. 7. 2016, [2016] EWHC 1812 (Ch), <i>Ralls Builders Ltd (In Liquidation)</i> , <i>Re</i> , wobei gegenständlich nur erstere E relevant ist
RdW	Zeitschrift Österreichisches Recht der Wirtschaft
RefEntw	Referentenentwurf
RegEntw	Regierungsentwurf
ReO	Restrukturierungsordnung, BGBl I 147/2021 idgF
RGBI	Reichsgesetzblatt
RIRL	Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 6. 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz), ABl L 172/18
RIRUG	Restrukturierungs- und Insolvenz- Richtlinie-Umsetzungsgesetz, BGBl I 147/2021 idgF
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RL	Richtlinie der EU
RN	Randnummer
RS	Rechtssatz
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
RWZ	Österreichische Zeitschrift für Rechnungswesen
Rz	Randzahl
s	siehe
S	Seite, -n
SanInsFoG	(deutsches) Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts, dBGBI 2020 I/66, 3256 vom 22. 12. 2020
SanInsFoG-RefEntw	(deutscher) Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zu einem Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts, bmjv.de (Stand 19. 9. 2020)

SanInsFoG-RegEntw	(deutscher) Gesetzesentwurf der Bundesregierung zu einem Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts, bmjv.de (Stand 14. 10. 2020)
Sec	Section
Sequana	<i>Sequana SA</i>
sic	wirklich so
Slg	Sammlung
sog	sogenannt, -e, -er, -es
StaRUG	(deutsches) Unternehmensstabilisierungs- und Restrukturierungsgesetz, dBGBI 2020 I/66, 3256 vom 22. 12. 2020
StaRUG-RefEntw	(deutscher) Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zu einem Unternehmensstabilisierungs- und Restrukturierungsgesetz, bmjv.de (Stand 19. 9. 2020)
StaRUG-RegEntw	(deutscher) Gesetzesentwurf der Bundesregierung zu einem Unternehmensstabilisierungs- und Restrukturierungsgesetz, bmjv.de (Stand 14. 10. 2020)
StGB	Strafgesetzbuch, BGBI 1974/60 idgF
(un-)str	(un-)strittig, -es
StRÄG 2015	Strafrechtsänderungsgesetz 2015, BGBI I 112/2015
stRsp	ständige Rechtsprechung
SWK	Zeitschrift Österreichische Steuer- und Wirtschaftskartei
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen
TMA	Gesellschaft für Restrukturierung – TMA Deutschland e.V.
u	und
ua	unter anderem
UK	Vereinigtes Königreich
UMAG	(deutsches) Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, dBGBI I 60/2005
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (<i>Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht</i>)
UNCITRAL Guide II	<i>UNCITRAL</i> , Legislative Guide on Insolvency Law Part Two: Core provisions for an effective and efficient insolvency law, uncitral.org (Stand 25. 6. 2004)
UNCITRAL Guide IV	<i>UNCITRAL</i> , Legislative Guide on Insolvency Law Part four: Directors' obligations in the period approaching insolvency (including in enterprise groups), uncitral.org (Second edition, Stand Juli 2019)
URG	Bundesgesetz über die Reorganisation von Unternehmen, BGBI I 114/1997 idgF
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
uU	unter Umständen
va	vor allem
vgl	vergleiche
VID	Verband Insolvenzverwalter Deutschland
VO	Verordnung der Europäischen Union
vs	versus (<i>gegen</i>)

wbl	wirtschaftsrechtliche blätter, Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht
WK	Wiener Kommentar
WM	(deutsche) Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
wobl	Zeitschrift Wohnrechtliche Blätter
Z	Ziffer
Zak	Zeitschrift Zivilrecht aktuell
zB	zum Beispiel
ZfS	Zeitschrift für Stiftungswesen
ZGR	(deutsche) Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZInsO	(deutsche) Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	(deutsche) Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS	Zentrum für Insolvenz und Sanierung an der Universität Mannheim
ZRI	(deutsche) Zeitschrift für Restrukturierung und Insolvenz
zust	zustimmend
zutr	zutreffend

QUELLENVERZEICHNIS

1. Literaturverzeichnis

1.1. Österreich

1.1.1. Monografien

Dellinger, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall (1991)

Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914)

Doralt W., Managerpflichten in der englischen Limited (2011)

Harrer, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990)

Jaufer, Das Unternehmen in der Krise³ (2014)

Karollus/Huemer, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung² (2006)

Nunner-Krautgasser, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (2007)

Pateter, Die Krisenwarnpflichten der Rechts- und Wirtschaftsberater (2018)

Schummer, Das Eigenkapitalersatzrecht: notwendiges Rechtsinstitut oder Irrweg? (1998)

Trenker, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012)

Wagner, Geschäftsführerhaftung und URG (1999)

1.1.2. Kommentare, Handbücher, Lehrbücher

Artmann/Karollus (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz II⁶ (2018); zitiert als *Autor* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § ... Rz ...

Bartsch/Pollak/Buchegger (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht II⁴ (2004); zitiert als *Autor* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* II⁴ § ... KO Rz ...

Buchegger (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht Erster Zusatzband (2009); zitiert als *Autor* in *Buchegger*, Zusatzband I § ... URG Rz ...

Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht⁴ (2018)

Doralt P./Nowotny/Kalss (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz I² (2012); zitiert als *Autor* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § ... Rz ...

Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Großkommentar zum ABGB - Klang-Kommentar - §§ 1 - 43 ABGB, Methodenlehre und Personenrecht³ (2014); zitiert als *Autor* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § ... Rz ...

Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer (Hrsg), GmbHG (2017); zitiert als *Autor* in *FAH*, GmbHG § ... Rz ...

Fritz C./Schauer, Die Sanierung einer GmbH, SWK-Spezial (2009)

Fritz, Die Kommanditgesellschaft II (2013)

Gellis/Feil, GmbH-Gesetz⁷ (2009)

Gruber/Harrer (Hrsg), GmbHG² (2018); zitiert als *Autor* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § ... Rz ...

Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht (2009)

Jabornegg/Strasser (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz II⁵ (2010); zitiert als *Autor* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § ... Rz ...

Kalss/Burger/Eckert, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2003)

Kodek, Insolvenzrecht (2018)

Koller/Lovrek/Spitzer (Hrsg), Insolvenzordnung (2019); zitiert als *Autor* in KLS § ... Rz ... (für IO), *Autor* in KLS Art ... EuInsVO Rz ... (für EuInsVO) sowie *Autor* in KLS § ... EKEG Rz ... (für EKEG)

Konecny/Schubert (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (Stand 1. 9. 1999, rdb.at) zu den §§ 66, 67 KO sowie (Stand 1. 12. 2005, rdb.at) zu § 69 KO; zitiert als *Autor* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § ... KO Rz ... (Stand ..., rdb.at)

Konecny (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (Stand 1. 9. 2018, rdb.at) zu § 169 IO; zitiert als *Autor* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § ... IO Rz ... (Stand ..., rdb.at)

König/Trenker, Die Anfechtung nach der IO⁶ (2020)

Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ (2007)

Mohr, Unternehmensreorganisationsgesetz (1997)

Mohr, Sanierungsplan und Sanierungsverfahren (2010)

Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka (Hrsg), AktG Praxiskommentar (2020); zitiert als *Autor* in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § ... Rz ...

Jaeger/Stöger (Hrsg), Kommentar zu EUV und AEUV IV^{197. Lfg} (zu Art 288 AEUV) sowie IV^{196. Lfg} (zu Art 296, 297 AEUV) (jeweils 2017); zitiert als *Autor* in *Jaeger/Stöger* IV^{...} Lfg Art ... AEUV Rz ...

Reich-Rohrwig J., Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung I² (1997)

Reich-Rohrwig J./Zehetner, Das neue Insolvenzrecht IRÄG 1997 und IESG (1997)

Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴, Teilband §§ 1 – 43 ABGB (2015); zitiert als *Autor* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § ... Rz ...

Straube/Ratka/Rauter (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbHG (Stand 1. 6. 2015, rdb.at) zu § 25, (Stand 1. 11. 2018, rdb.at) zu § 28a sowie (Stand 1. 10. 2019, rdb.at) zu § 30j; zitiert als *Autor* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § ... Rz ... (Stand ..., rdb.at)

Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (Stand 1. 2. 2019, rdb.at) zu § 273; zitiert als *Autor* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG³ § ... Rz ... (Stand ..., rdb.at)

Torggler U. (Hrsg), GmbHG (2014); zitiert als *Autor* in *U. Torggler*, GmbHG § ... Rz ...

Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁶ (2008)

Zib/Dellinger (Hrsg), UGB Großkommentar (2019); zitiert als *Autor* in *Zib/Dellinger*, UGB § ... Rz ...

1.1.3. Beiträge in Zeitschriften, Festschriften und Sammelwerken

Adensamer/Oelkers/Zechner, Geschäftsleiterpflichten in Insolvenznähe, SWI 9/2005, 437

Arnold, Die Umsetzung der Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz, GesRZ 2021, 113

- Auer-Rizzi*, Rigidität versus Veränderung in der Krisensituation, in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager* (Hrsg), Krisenmanagement (2006) 43
- Bachner*, Wrongful Trading und Konkursverschleppungshaftung: Überlegungen zu Recht, Sprache und Rechtsangleichung in der EU, *GesRZ* 2007, 410
- Bilinska*, Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz – die Erleichterung der Entschuldung, *ZIK* 2019, 102
- Binder*, Haftung nach Insolvenz- und Unternehmensreorganisationsrecht, in *Ratka/Rauter* (Hrsg), *Handbuch Geschäftsführerhaftung*² (2011) 200
- Bollenberger*, Zur Haftung des Insolvenzverwalters gegenüber Insolvenzgläubigern, *ZIK* 2017, 206
- Buchegger*, Zur Dogmatik der Insolvenzauslösetatbestände, in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager* (Hrsg), *Handbuch Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz*² (2002) 953
- Chini*, AR aktuell 2/2014, 1
- Csoklich*, Gesellschaftsrechtliches Zahlungsverbot nach Insolvenzeintritt, *ZIK* 2018, 8
- Dellinger*, § 84 Abs 5 AktG – das klarere Haftungsmodell? in *Enzinger M./Hügel/Dillenz* (Hrsg), Aktuelle Probleme des Unternehmensrechts. Festschrift Gerhard Frotz zum 65. Geburtstag (1993) 187
- Dellinger*, Zur geplanten Haftung der Organmitglieder gemäß § 24 Unternehmensreorganisationsgesetz, *ZIK* 1997, 8
- Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung nach dem URG, *ZIK* 1997, 207
- Dobner*, Insolvenz- und Unternehmensreorganisationsrecht, in *Eberhardt/Gurmann* (Hrsg), *Managementhaftung in der Praxis* (2016) 94
- Doralt P.*, Shareholder Value und Stakeholder Value, *ÖBA* 2000, 639
- Doralt P./Nowotny*, Abschied von der Überschuldungsbilanz? *RdW* 1987, 146
- Feltl*, Die Zielvorgaben des § 70 Abs 1 AktG, *ecolex* 2011, 533
- Fidler*, Der zukünftige Gesellschafter im EKEG – zugleich ein Beitrag zur Ratio Legis des Kapitalersatzrechts, *wbl* 2020, 601
- Fidler*, Die Reo tritt in Kraft: Doch nur ein „Sanierungsverfahren light“? *ZFR* 2021, 313
- Garber*, Zum Anwendungsbereich der EuInsVO 2015, in *Nunner-Krautgasser/Garber/Jaufer* (Hrsg), *Grenzüberschreitende Insolvenzen im europäischen Binnenmarkt* (2017) 21
- Gassner/Wabl*, Insolvenzverschleppung und Zahlungsverbot: Aktuelle Entwicklungen und Bedeutung für Geschäftsführer, *ecolex* 2018, 908
- Gassner/Wabl*, Die neue EU-Restrukturierungsrichtlinie, *ecolex* 2019, 333
- Heimel/Maronitsch*, EU forciert frühe Schritte zur Unternehmensrettung, *Der Standard* 2017/24/01
- Heinrich*, Die Auslegung von europäischen Richtlinien und Verordnungen, *ÖJZ* 2011, 1068
- Höller/Wetter*, Sanierung ohne das Stigma der Insolvenz, *Der Standard* 2019/18/01
- Honsell*, Haftung der Geschäftsführer gegenüber Gesellschaftsgläubigern bei GmbH-Insolvenz, *GesRZ* 1984, 134

- Isola/Seidl/Sprajc*, Zur Zahlungsunfähigkeit – Plädoyer für eine "statische" bzw einheitliche Auslegung, ZIK 2012, 214
- Jaufer*, Der Aufsichtsrat im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung, GES 2013, 383
- Jaufer/Payer*, Insolvenzprophylaxe als Managementpflicht. Rechtliches Rahmenwerk und betriebswirtschaftliche Notwendigkeit, CFOaktuell 2009, 38
- Jaufer/Painsi*, Schadensberechnung bei der Insolvenzverschleppung: IO vs GmbHG, GES 2018, 172
- Jaufer/Painsi*, COVID-19: Auswirkungen auf außergerichtliche Restrukturierungen, ZIK 2020/62
- Jenatschek*, Entfall der Haftung für Organmitglieder. Entlastungsbeweis über Nachweis betriebswirtschaftlich sinnvoller, außergerichtlicher Maßnahmen, SWK 10/2007, W 35
- Jurgutyte-Ruez/Urthaler*, Der präventive Restrukturierungsrahmen in der Restrukturierungs-RL, ZIK 2019, 91
- Kalss*, Die Außenhaftung der Leitungsorgane gegenüber Gesellschaftern und Dritten, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Die Organhaftung zwischen Ermessensentscheidung und Haftungsfalle (2013) 73
- Kalss*, Organhaftung in Österreich – einige rechtspolitische Anmerkungen, GesRZ 2014, 159
- Kalss*, Vorstand, in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) 750
- Kantner*, Die nationale und internationale Insolvenzentwicklung, in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager* (Hrsg), Handbuch Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz² (2002) 1289
- Karollus*, Pflichten und Haftung der Organe von Kapitalgesellschaften in der Krise und bei der Sanierung, in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager* (Hrsg), Handbuch Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz² (2002) 1145
- Karollus*, Zwei Jahrzehnte moderner Überschuldungsbegriff in Österreich – Eckpunkte der Fortbestehensprognose, RWZ 2007/2, 2
- Karollus*, Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit von Bankorganen bei Kredit- und Sanierungsentscheidungen – zugleich ein Beitrag zur Business Judgment Rule (§ 84 Abs 1a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG), ÖBA 2016, 252
- Karollus*, Zur Anwendung der Business Judgment Rule auf Vorstandsmitglieder einer Privatstiftung, ZFS 2016, 58
- Karollus*, Die neuen gesetzlichen Regelungen zur Business Judgment Rule im Gesellschaftsrecht (§ 84 Abs 1a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG) in *Kodek* (Hrsg), Untreue NEU (2017) 43
- Kleiner*, Zur Steigerung der Attraktivität des URG, SWK 1999, W 83
- Kodek*, Schaden, Anspruchsgrundlagen und Geltendmachung – ein Überblick, *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2017 (2018) 165
- Konecny*, Das Verfahrensgebäude der Insolvenzordnung, in *Konecny* (Hrsg), ZIK Spezial - IRÄG 2010 (2010) 1
- Konecny*, E-Anm zu OGH 3 Ob 99/10w, ÖJZ 2011, 728
- Konecny*, Europäisches Insolvenzrecht, in *Mayr* (Hrsg), Europäisches Zivilverfahrensrecht (2017) 973

- Konecny*, Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz – Schwerpunkttheft der ZIK, ZIK 2019, 81
- Koppensteiner*, Zur Außenhaftung von Geschäftsführern und Vorständen, GES 2015, 379
- Koppensteiner*, Faktische Geschäftsführung, RdW 2020, 498
- Koren*, Dunkle Wolken, Profil 29. 9. 1980
- Leistentritt*, Die geplante EU-RestrukturierungsRL aus der Sicht des Rechtsanwenders, in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer* (Hrsg), Unternehmenssanierung mit Auslandsbezug (2019) 41
- Lichtkoppler/Reisch*, Unternehmenssanierung, in *Lichtkoppler/Reisch* (Hrsg), Handbuch Unternehmenssanierung² (2018) 1
- Lindner*, Der Vorstand in der Unternehmenskrise, in *Kalss/Frotz/Schörghofer* (Hrsg), Handbuch für den Vorstand (2017) 707
- Loizenbauer*, Die Bedeutung und die Folgen des masselosen Konkurses, in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager* (Hrsg), Handbuch Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz² (2002) 1327
- Mayr*, Die Bedeutung der außergerichtlichen Sanierung in der österreichischen Unternehmenspraxis. Ergebnisse einer empirischen Erhebung, SWK 2014, 1306
- Mayr/Mitter/Baschinger*, Langfristiges Überleben und nachhaltige Sanierung nach Einführung des IRÄG 2010 – eine empirische Analyse gerichtlicher Sanierungen, ZIK 2020, 224
- Mohr*, Neuerungen im Unternehmensinsolvenzrecht IRÄG 2010, ÖJZ 2010, 887
- Mohr*, Der Vorschlag der Restrukturierungsrichtlinie aus österreichischer Sicht, in *Grininger/Jaufer/Schumacher* (Hrsg), Deutsch-Österreichischer Rechts- und Praxisvergleich im Insolvenzrecht (2018) 15
- Mohr*, Die Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz – ein kurzer Gesamtüberblick, ZIK 2019, 86
- Mohr*, Der präventive Restrukturierungsrahmen – Titel II der Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz, in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer* (Hrsg), Unternehmenssanierung mit Auslandsbezug (2019) 15
- Mohr*, COVID-19-Pandemie – weitere Änderungen im Insolvenzrecht in Kraft getreten, ZIK 2020/56
- Mohr*, COVID-19-Update zu den insolvenzrechtlichen Regelungen, ZIK 2020, 212
- Mohr*, Das Restrukturierungsverfahren nach der ReO, ZIK 2021, 82
- Moser*, Fragen des Verlustes des halben Stamm- bzw Grundkapitals, GesRZ 2010, 264;
- Moser*, Weitere Fragen des Verlustes des halben Stamm- bzw Grundkapitals, GesRZ 2011, 29
- Nagele*, Außergerichtliche Unternehmenssanierung und Haftung für Konkursverschleppung, ZIK 1995, 39
- Napokoj*, Compliance für den Vorstand, in *Kalss/Frotz/Schörghofer* (Hrsg), Handbuch für den Vorstand (2017) 351
- Nowotny C.*, Unternehmerische Entscheidung und Organhaftung, in *Harrer/Rüffler/Schima* (Hrsg), Die GmbH Festschrift für Hans-Georg Koppensteiner zum 80. Geburtstag (2016), 193

Nowotny C., Organisation/Verfassung der GmbH, in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) 1224

Nunner-Krautgasser/Anzenberger, Trennungsgebot in der „Konzerninsolvenz“, ZIK 2012, 2

Obergruber/U. Torggler, Ressortaufteilung unter GmbH-Geschäftsführern, RdW 2019, 811

Paulus, Ein Kaleidoskop der Geschichte des Konkursrechts, in *Kodek/Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2008 (2009) 105

Paulus, Was kann die EuInsVO und das allgemeine Insolvenzrecht von der BRRD lernen? in *Nunner-Krautgasser/Garber/Jaufer* (Hrsg), Grenzüberschreitende Insolvenzen im europäischen Binnenmarkt (2017) 271

Paulus, Die Einbettung des präventiven Restrukturierungsrahmens in ein breiteres Umfeld, in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer* (Hrsg), Unternehmenssanierung mit Auslandsbezug (2019) 3

Pesendorfer, UNCITRAL – aktuelle Arbeiten zum Insolvenzrecht, ZIK 2020, 108

Piringer, Bilanzieller und tatsächlicher Reorganisationsbedarf im EKEG, ecolex 2021, 227

Preuschl, BAWAG reloaded – der neue Trend im Strafrecht, Wirtschaftsblatt 4. 3. 2010

Rebernik/Zeitler, Die Prognose als Instrument zur Beurteilung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners, ZIK 2013, 92

Rebernik, COVID-19: Einschränkungen in der Insolvenzanfechtung, ZIK 2020, 173

Reich-Rohrwig J., Insolvenzprophylaxe: Das Unternehmensreorganisationsgesetz, SWK 1997, W 103

Reich-Rohrwig J., Aktuelles zur Geschäftsführerhaftung, ecolex 1998, 767

Reich-Rohrwig J., Verantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern: Business Judgment Rule auch vor dem 1. 1. 2016 anwendbar, und zwar auch bei Privatstiftungen, ecolex 2016, 695

Reich-Rohrwig J., Haftung des Insolvenzverwalters für nachteiligen Vergleich, ecolex 2017, 681

Reich-Rohrwig J., Struktur der Aktiengesellschaften in Österreich, ecolex 2018, 526 und ecolex 2018, 912

Reisch, Vorstand in der Insolvenz, in *Kalss/Frotz/Schörghofer* (Hrsg), Handbuch für den Vorstand (2017) 727

Reisch, Haftung in der Unternehmenskrise, in *Lichtkoppler/Reisch* (Hrsg), Handbuch Unternehmenssanierung² (2018) 215

Reisch, EU-Richtlinie zur Unternehmensrestrukturierung, RdW 2019, 369

Reisch/Hampel, COVID-19: Restrukturierungsberatung von Unternehmen in Zeiten der Pandemie, ZIK 2020/66

Riel, Mit Unternehmen auch Unternehmer sanieren, Die Presse – Recht 2017/31

Riel, Haftung des Insolvenzverwalters für Fehler bei der Forderungsprüfung, ecolex 2018, 632

Riel, Restrukturierungs- und Insolvenz-Richtlinie-Umsetzungsgesetz, AnwBl 2021, 379

Schima, Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht, GesRZ 2007, 93

- Schima*, Unternehmerisches Ermessen und die Business Judgment Rule, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2011 (2012) 131
- Schima*, Reform des Untreuetatbestands und Business Judgment Rule im Aktien- und GmbH-Recht, *GesRZ* 2015, 286
- Schima*, Einlagenrückgewähr und Untreue bei Aktionärszustimmung, *RdW* 2015, 344
- Schima/Arlt*, Leitung und Überwachung – Corporate Governance im Konzern, in *Haberer/Krejci* (Hrsg), *Konzernrecht* (2016) 279
- Schima/Toscani*, Die Anwendung der Business Judgement Rule bei Fragen der Abberufung des Stiftungsvorstands, *JEV* 2016, 74
- Schmidt K.*, Insolvenzverschleppungshaftung – Haftungsrechtsprechung zwischen Gesellschafts-, Insolvenz- und Zivilrecht, *JBl* 2000, 477
- Schneider*, COVID-19: Antragspflicht und Eröffnungsverfahren, *ZIK digital* exklusiv 2020/5
- Schneider*, COVID-19: Änderungen im Insolvenzrecht, *ÖJZ* 2020, 485
- Schneider*, COVID-19: Update: Antragspflicht und Eröffnungsverfahren, *ZIK* 2020/57
- Schopper*, Der Konzern in Krise und Insolvenz, in *Haberer/Krejci* (Hrsg), *Konzernrecht* (2016) 615
- Schopper/Walch*, Vorstandshaftung bei Vertrauen auf unrichtigen Rechtsrat, *GES* 2012, 215
- Schopper/Walch*, Beiziehung von Sachverständigen, in *Kalss/Frotz/Schörghofer* (Hrsg), *Handbuch für den Vorstand* (2017) 1253
- Schumacher*, Sanierungsversuche in der 60-Tage-Frist, *ecolex* 1990, 337
- Schumacher*, Das Unternehmensreorganisationsgesetz, *ÖBA* 1997, 855
- Schumacher*, Insolvenzgrund und rechtzeitige Eröffnung des Insolvenzverfahrens, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), *Die Organhaftung zwischen Ermessensentscheidung und Haftungsfalle* (2013) 63
- Schumacher*, Das Regime der IO und die außergerichtliche Sanierung, in *Grininger/Jaufer/Schumacher* (Hrsg), *Deutsch-Österreichischer Rechts- und Praxisvergleich im Insolvenzrecht* (2018) 1
- Schummer*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen Konkursverschleppung – ebenfalls ein Irrweg? in *Kramer/Schuhmacher* (Hrsg), *Beiträge zum Unternehmensrecht Festschrift für Hans-Georg Koppensteiner zum 65. Geburtstag* (2001) 211
- Seidl*, Austria: New act on implementing the Directive, *eurofenix* 84/2021, 38
- Simsa/Kalser*, Die neue Restrukturierungsordnung, *SWK* 2021, 642
- Spiesshofer*, Die gesellschaftliche Verantwortung von Unternehmen (Corporate Social Responsibility), *GesRZ* 2019, 136
- Sprung/Schumacher*, Die Zahlungsunfähigkeit als Konkurseröffnungsgrund (§ 68 KO), *JBl* 1978, 122
- Torggler U.*, Von Schnellschüssen, nützlichen Gesetzesverletzungen und spendablen Aktiengesellschaften, *wbl* 2009, 168
- Torggler U.*, Abdingbarkeit, Umwälzbarkeit, Versicherbarkeit, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), *Die Organhaftung zwischen Ermessensentscheidung und Haftungsfalle* (2013) 35

Torggler U./Trenker, Zur Organhaftung für Gläubigerbevorzugung gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG, JBl 2013, 613

Torggler U./Trenker, Kompetenzverteilung bei der Kapitalgesellschaft in Insolvenzverfahren, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2014 (2015) 73

Trenker, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsführers nach 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 und 434

Trenker, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsführers nach 6 Ob 164/16k, in *Konecny* (Hrsg) Insolvenz-Forum 2018 (2019) 97

Trenker, Kapitel 14: Insolvenzrecht, in *Resch*, Das Corona-Handbuch^{1.02} (Stand 30. 9. 2020, rdb.at)

Trenker, Rechtsgrundlagen und Begriff nachrangiger Forderungen, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2019 (2021) 161

Viehböck/Linder, Die Leitung eines Unternehmens in der Krise. Worauf muss man als Vorstand achten? SWK 2009, 1269

Wabl, Haften Geschäftsführer im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung wie Masseverwalter? ZIK 2018, 134

Wabl, Stärkung des Binnenmarkts durch Harmonisierung des Insolvenzrechts, in *Kopetzki/Lanser/Leitner/Potocnik-Manzouri/Safron/Tillian/Wieser* (Hrsg), Autoritäres vs Liberales Europa II (2019) 107

Wabl, Pflichten der Unternehmensleitung nach der neuen EU-Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz, ZIK 2019, 178

Wabl/Boon, Das neue „Dutch scheme“ – Die Niederlande am Weg zum neuen Restrukturierungshub? ZIK 2020, 151

Wabl/Gassner, Geschäftsleitung und Anteilsinhaber, in *Konecny* (Hrsg), RIRUG (2021) (in Druck)

Weileder/Isola/Seidl, COVID-19: Krisenbewältigungsinstrumente – Achtung vor Haftungsfallen, ZIK 2020/68

Welser, Drei Entscheidungen zur Business Judgment Rule – die „Grundlegende“, die „Verunsichernde“ und die „Begehrlichkeiten Bestrafende“, ecolex 2017, 1073

Widhalm-Budak, Fortbestehensprognose und Überschuldung, in *Konecny* (Hrsg), ZIK Spezial - Insolvenzrecht und Kreditschutz (2015) 247

Winner, Business Judgment Rule, in *Kalss/Frotz/Schörghofer* (Hrsg), Handbuch für den Vorstand (2017) 1239

Wöber, Bedeutung der außergerichtlichen Sanierung im Vergleich zur Sanierung in der Insolvenz, RdW 2007, 591

Zoidl, Bericht über die Nachmittags-Diskussion Teil 2, in *Artmann/Rüffler/Torggler* (Hrsg), Die Organhaftung zwischen Ermessensentscheidung und Haftungsfalle (2013) 99

Zoidl, Die Rückerstattungsansprüche bei verbotener Einlagenrückgewähr. Leges speciales zum allgemeinen Bereicherungsrecht? GesRZ 2014, 87

Zotter, Sanierungsplan: Der „neue Zwangsausgleich“ in der Praxis, ZIK 2012, 180

1.1.4. Richtlinien von Behörden und Interessenvertretungen

Kammer der Wirtschaftstreuhand, Leitfaden zum Erkennen von Unternehmenskrisen, ksw.or.at (Stand 23. 3. 2010)

Kammer der Wirtschaftstreuhand/Wirtschaftskammer Österreich/KMU Forschung Austria, Leitfaden Fortbestehensprognose Gemeinsame Stellungnahme, ksw.or.at (Stand März 2016)

Kammer der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, Fachgutachten des Fachsenats für Betriebswirtschaft der Kammer der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer zur Zahlungsunfähigkeit KFS/BW 7, ksw.or.at (Stand 10. 4. 2019) (kurz **Fachgutachten Zahlungsunfähigkeit**)

1.1.5. Onlinewerke

Alpenländischer Kreditorenverband, Stellungnahme des AKV zu Artikel 1 des RIRL-UG, parlament.gv.at (Stand 1. 4. 2021)

Altenburger/Marterbauer/Klement, KSW Stellungnahme zum Restrukturierungs- und Insolvenz-Richtlinie-Umsetzungsgesetz – RIRL-UG, parlament.gv.at (Stand 6. 4. 2021)

Bundeskanzleramt - Verfassungsdienst, Stellungnahme zum RIRL-UG, parlament.gv.at (Stand 2. 4. 2021)

Gassner/Welten/Wabl, Coronavirus - Insolvenzen vermeiden, Lexis Briefings Wirtschaftsrecht (Stand 15. 10. 2020, lexisnexis.at)

Gaul, Die lange Liste der Hypo-Schuldigen, kurier.at (Stand 22. 2. 2014)

Heiter, IV Stellungnahme zum Restrukturierungs- und Insolvenz-Richtlinie-Umsetzungsgesetz – RIRL-UG, parlament.gv.at (Stand 6. 4. 2021)

Isola/Weileder/Seidl/Schnur, Stellungnahme zum Ministerialentwurf für das RIRL-UG (96/ME XXVII. GP), parlament.gv.at (Stand 25. 3. 2021)

KSV1870, Jedes zweite Unternehmen scheitert an der Chefetage, ksv.at (Stand 16. 8. 2016)

KSV1870, Unternehmenspleiten 2018: Entwicklung deutlich abgeflacht, ksv.at (Stand 4. 1. 2019)

KSV1870, Trotz mehr Firmeninsolvenzen deutlicher Rückgang der Passiva, ksv.at (Stand 3. 1. 2020)

KSV1870, Insolvenzstatistik 1. Halbjahr 2021. Firmenpleiten in den ersten sechs Monaten weiter im Sinkflug, ksv.at (Stand 7. 7. 2021)

Mahrer/Kopf, Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich zum Ministerialentwurf eines Restrukturierungs- und Insolvenz-Richtlinie-Umsetzungsgesetzes (RIRL-UG), parlament.gv.at (Stand 29. 3. 2021)

Ritzberger, Stellungnahme der Raiffeisenlandesbank Oberösterreich AG zum Restrukturierungs- und Insolvenz-Richtlinie-Umsetzungsgesetz – RIRL-UG (96/ME), parlament.gv.at (Stand 25. 3. 2021).

Trenker/Lutschounig, Stellungnahme der Universität Innsbruck zum Ministerialentwurf betreffend ein Restrukturierungs- und Insolvenz-Richtlinie-Umsetzungsgesetz (RIRL-UG), parlament.gv.at (Stand 6. 4. 2021)

Verlag Österreich, Im Interview: Romana Weber-Wilfert & Martin Trenker. Insolvenzen durch Coronakrise, verlagooesterreich.at (Stand 28. 5. 2020)

Wabl, 12 12 12 – The European twelve-star flag in the centre of social, economic and politic reality, linkedin.com (Stand 12. 12. 2020)

Wabl/Gassner, RIRL-UG: Stellungnahme zum MEntw, parlament.gv.at (Stand 2. 4. 2021)

Wirtschaftskammer Österreich, Wirtschaftskraft KMU 2018, news.wko.at (Stand Dezember 2017)

Wolff, Stellungnahme des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages zum Restrukturierungs- und Insolvenz-Richtlinie-Umsetzungsgesetz (RIRL-UG) (Referent Stephan Riel), parlament.gv.at (Stand 6. 4. 2021)

1.2. Deutschland

1.2.1. Monografien

Kirschey, Die Haftung des Insolvenzverwalters. Zur Frage der Regelung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG als Grundlage einer Insolvency Judgement Rule (2018)

1.2.2. Kommentare, Handbücher, Lehrbücher

Bork/Schäfer (Hrsg), GmbHG⁴ (2019); zitiert als *Autor* in Bork/Schäfer, GmbHG⁴ § ... Rz ...

Goette/Habersack/Kalss (Hrsg), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz I⁵ (2019) u II⁵ (2018); zitiert als *Autor* in MüKo AktG I⁵ § ... Rz ...

Morgen (Hrsg), Präventive Restrukturierung. Kommentar und Handbuch zur Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen (2019); zitiert als *Autor* in Morgen, Restrukturierung, Art ... Rz ...

Fleischer/Goette (Hrsg), Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung II³ (2018); zitiert als *Autor* in MüKo GmbHG II³ § ... Rz ...

Paulus, Europäische Insolvenzverordnung⁵ (2017) (keine Verweise auf neueste 6. Auflage des Buchs)

Schmidt A. (Hrsg), Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht⁷ (2019); zitiert als *Autor* in HambKomm⁷ § ... InsO Rz ...

Uhlenbruck/Hirte/Vallender (Hrsg), Insolvenzordnung I¹⁵ (2018); zitiert als *Autor* in Uhlenbruck, InsO I¹⁵ § ... Rz ...

Wolgast/Grauer (Hrsg), Kommentar zum Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (Stand April 2021, starug.online) zu den §§ 1, 32, 42, 43 StaRUG; zitiert als *Autor* in Wolgast/Grauer, StaRUG § ... Rz ... (Stand April 2021, starug.online)

Konecny/Schubert (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (Stand 1. 9. 1999, rdb.at) zu den §§ 66, 67 KO sowie (Stand 1. 12. 2005, rdb.at) zu § 69 KO; zitiert als *Autor* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § ... KO Rz ... (Stand ..., rdb.at)

1.2.3. Beiträge in Zeitschriften, Festschriften und Sammelwerken

Abel/Gensbichler, Der neue Restrukturierungsrahmen für Österreich, INDat Report 2/2021, 32

BAKinsO, Stellungnahme zum Entwurf v. 22.11.2016 einer EU-Richtlinie zu vorbeugender Restrukturierung, Restschuldbefreiung und Effizienzsteigerung in Restrukturierungs- und Insolvenzverfahren (COM[2016], 723 final) vom 10.3.2017, ZInsO 2017, 690

- Bauer*, Keine Business Judgment Rule für Insolvenzverwalter. Zugleich Besprechung BGH v. 12. 3. 2020 IX ZR 127/17, ZIP 2020, 2272
- Bea/Dressler*, Business Judgment Rule versus Gläubigerschutz? – Praktische Erwägungen zur Organhaftung im Kontext des StaRUG, NZI 2021, 67
- Bitter*, Geschäftsleiterhaftung in der Insolvenz – Alles neu durch SanInsFoG und StaRUG? ZIP 2021, 321
- Bitter/Röder*, Insolvenz und Sanierung in Zeiten der Finanz- und Wirtschaftskrise, ZInsO 2009, 1283
- Blankenburg*, Umsetzungsbedarf aufgrund des Entwurfs zur Restrukturierungsrichtlinie, ZInsO 2017, 241
- Bork*, Präventive Restrukturierungsrahmen: „Komödie der Irrungen“ oder „Ende gut, alles gut“? ZIP 2017, 1441
- Bork*, Zum Stand der Diskussion um den Überschuldungstatbestand und zum Vorschlag einer Rückkehr zum Überschuldungstatbestand von 1999, Beilage zu ZIP 43/2019, 1
- Bork*, Die Regelungen zur Insolvenzanfechtung im StaRUG, ZInsO 2020, 2177
- BAKinso*, Stellungnahme zum Entwurf v. 22.11.2016 einer EU-Richtlinie zu vorbeugender Restrukturierung, Restschuldbefreiung und Effizienzsteigerung in Restrukturierungs- und Insolvenzverfahren (COM[2016], 723 final) vom 10.3.2017, ZInsO 2017, 690
- Brinkmann*, Die Haftung der Geschäftsleiter in der Krise nach dem Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG), ZIP 2020, 2361
- Brünkmans*, Geschäftsleiterpflichten und Geschäftsleiterhaftung nach dem StaRUG und SanInsFoG, ZInsO 2021, 1
- Brünkmans*, Geschäftsleiterpflichten und Geschäftsleiterhaftung nach dem StaRUG und SanInsFoG – Nachtrag zu ZInsO 2021, 1 ff, ZInsO 2021, 125
- Cranshaw/Portisch*, Paradigmen des Unternehmensstabilisierungs- und restrukturierungsgesetzes (StaRUG) nach dem Regierungsentwurf aus Gläubigersicht, ZInsO 2020, 2561 (Teil 1) u 2617 (Teil 2)
- Desch*, Der neue Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen nach dem Regierungsentwurf StaRUG in der Praxis, BB 2020, 2498
- Euler Hermes/ZIS*, Ursachen von Insolvenzen – Gründe für Unternehmensinsolvenzen aus der Sicht von Insolvenzverwaltern, Wirtschaft Konkret Nr 414 (2006)
- Euler Hermes/ZIS*, Insolvenzen in Zeiten der Finanzkrise – Befragung von Insolvenzverwaltern zu Entwicklung, Ursachen, Konsequenzen, Wirtschaft Konkret Nr 107 (2009)
- Fischer*, Fortbestehensprognose und Sanierung, NZI 2016, 665
- Flöther*, Anregungen zur Umsetzung der EU-Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen, ZInsO 2019, 1582
- Forum Europaeum Konzernrecht*, Konzernrecht für Europa, ZGR 1998, 672
- Freitag*, Grundfragen der Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen und ihrer Umsetzung in das deutsche Recht, ZIP 2019, 541
- Frind*, EU-Restrukturierungsrichtlinie: Der insolvenzrechtliche Überschuldungstatbestand als notwendiges „Frühwarnsystem“ bei der nationalen Umsetzung, BB 2019, 2381

- Fritz D.*, Die Restrukturierungsrichtlinie – vom Mut, die Möglichkeit der Sanierung rechtzeitig zu nutzen, BB 2019, 513
- Fritz D.*, Die Restrukturierungsrichtlinie hat die Weichen gestellt: Wohin fährt der Sanierungszug? INDat Report 1/2019, 68
- Fritz D./Scholtis*, Anregungen für eine mutige und praxistaugliche Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie, BB 2019, 2051
- Fuhrmann/Heinen/Schilz*, Gesetzliche Beurteilungs- und Ermessensspielräume als „spezialgesetzliche Business Judgement Rule“, NZG 2020, 1368
- Gehrlein*, Das Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (StaRUG) – ein Überblick, BB 2021, 66
- Goetker*, Pflichten der Geschäftsleitung im vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren, in *Flöther* (Hrsg), Sanierungsrecht. Einführung zur Richtlinie der Europäischen Kommission über präventive Restrukturierungsrahmen (2019) 273
- Goette*, Zur Frage, welche Anforderung an die Geschäftsleitung und ihre Berater bei der Fertigung einer Fortführungsprognose zu stellen sind (Teil II), DStR 2016, 1752
- Graewe/Pellens*, Überwachungspflicht, Delegation und Darlegungslast des Geschäftsführers in der Unternehmenskrise, BB 2019, 1478
- Grell/Holzmann/Bierbach*, Der präventive Restrukturierungsrahmen, DB 4/2018, 26
- Grell/Klockenbrink*, Auswirkungen der Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen auf Fremdkapitalgeber, DB 2019, 1489
- Gruber U.*, Drei Schritte zu einer deutsch-französischen Annäherung im Bereich Insolvenz und Restrukturierung, EuZW 2019, 181
- Haarmeyer*, Allgemeine Einführung, in *Haarmeyer/Huber/Schmittmann* (Hrsg), Praxis der Insolvenzanfechtung⁴ (2020) 2
- Haarmeyer*, Stellungnahme des Deutschen Instituts für angewandtes Insolvenzrecht (DIAI) e.V. zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Justiz und für Verbraucherschutz: Sanierungsrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG, ZInsO 2020, 2368
- Harder*, Keine Business Judgement Rule bei Haftung des Insolvenzverwalters, NJW-Spezial 2020, 469
- Harten*, Mehr Flexibilität angekündigt, aber auch rote Linien aufgezeigt (Schwerpunkt: RLE präventiver Restrukturierungsrahmen), INDat Report 1/2018, 62
- Hölzle*, Präventiver Restrukturierungsrahmen – Beitrag zu einer Verbesserung der Restrukturierungskultur in Europa und ergänzende Sanierungsoption oder „Schlachtbank“ für die Motive des ESUG? ZIP 2017, 1307
- Hölzle*, Zur Umsetzung des präventiven Restrukturierungsrahmens in Deutschland, ZIP 2020, 585
- Huber*, Keine Unschuldsvermutung im Anfechtungsrecht, ZInsO 2008, 929
- Institut der Wirtschaftsprüfer*, Anforderungen an Sanierungskonzepte (IDW S 6), IDW Life 2018, 813
- Jacobi*, Was ist (gutes) Recht? Neue Restrukturierungsregeln mit Blick auf die Rechtsphilosophie, ZInsO 2019, 1517
- Kayser*, Eingriffe des Richtlinienvorschlags der Europäischen Union in das deutsche Vertrags-, Insolvenz- und Gesellschaftsrecht, ZIP 2017, 1393

Kebekus/Zenker, Business Judgment Rule und Geschäftsleiterermessen – auch in Krise und Insolvenz? in *Grunewald/Westermann* (Hrsg), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag (2010) 319

Kirstein, Ausführungen zur real existierenden Situation bei Eröffnungs- und Befriedigungsquoten in Insolvenzverfahren, *ZInsO* 2006, 966

Klöhn, Interessenkonflikte zwischen Aktionären und Gläubigern der Aktiengesellschaft im Spiegel der Vorstandspflichten, *ZGR* 2008, 110

Korch, Sanierungsverantwortung von Geschäftsleitern. Krisenpflichten im Lichte des Art. 19 der Restrukturierungsrichtlinie, *ZGR* 2019, 1050

Korch, Restrukturierungsgesellschaftsrecht – Zur Überformung des Gesellschaftsrechts durch den StaRUG-Regierungsentwurf, *NZG* 2020, 1299

Kranzfelder/Ressmann, Geschäftsleiter im Fokus: Haftungserweiterung und Haftungserleichterung nach SanInsFoG, *ZInsO* 2021, 191

Kumpan/Pauschinger, Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts 2019 und 2020, *EuZW* 2020, 909

Kuntz, Geschäftsleiterhaftung bei drohender Zahlungsunfähigkeit nach StaRUG, *ZIP* 2021, 597

Lange/Swierczok, Neues aus Brüssel: der finale Text der Restrukturierungsrichtlinie lässt grüßen! *BB* 2019, 514

Loszynski, Hybrid, pragmatisch und privatwirtschaftlich (Bericht über 7. Europäischen Insolvenz- und Restrukturierungskongress in Brüssel vom 28. bis 29. 6. 2018), *INDat Report* 5/2018, 52

Lüke, Anm zu BGH IX ZR 125/17, *EWiR* 2020, 465

Madaus, Die Vorgaben der EU-Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen an den deutschen Gesetzgeber – Handlungsspielräume und -grenzen, *DB* 2019, 592;

Mohamed, Eine Polithistorie zum Gläubigerinteresse in der Gesellschaft nach SanInsFoG, *ZInsO* 2021, 1262

Mohr, Die Richtlinie in der Fassung der allgemeinen Ausrichtung, *INDat Report* 8/2018, 20

Morgen, Das StaRUG – Aufbau, Inhalt, erste Fragen und Einschätzungen. Lücke für die Praxis geschlossen? *INDat Report* 9/2020, 13

Müller, Sanierung nach der geplanten EU-Restrukturierungs-Richtlinie, *ZGR* 2018, 56

Müller, Die Umsetzung der EU-Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen, *ZIP* 2020, 2253

Paulus, Die Gunst der Stunde – oder: der präventive Restrukturierungsrahmen, *ZIP* 2017, 910

Paulus/Dammann, Prääsidentielle Vorgaben und Symbiosen im Insolvenzrecht: Annäherungen zwischen Deutschland und Frankreich, *ZIP* 2018, 249

Poertzgen, Die Haftung von Geschäftsführern in Eigenverwaltungsverfahren, *ZInsO* 2019, 2352

Rendels, Breite Leitplanken aus Brüssel (Bericht zur Jahrestagung Restrukturierung in Frankfurt Focus Day am 7. 5. 2019), *INDat Report* 5/2019, 62

Reuter, Was ihr wollt, *INDat Report* 2/2019, 34

Reuter, Im großen Ganzen den Rahmen geliefert, *INDat Report* 8/2020, 12

Reuter, StaRUG aus erster Hand – Webinar der Neue Insolvenzverwaltervereinigung Deutschlands e.V. (NIVD), INDat Report 9/2020, 76

Reuter, Geht gut Ding auch in Eile? INDat Report 10/2020, 13

Reuter, Das StaRUG-Verfahren hat erheblich an Attraktivität eingebüßt, INDat Report 1/2021, 66 (Interview mit *Lars Westphahl*)

Ringelspacher/Nitsche, Das StaRUG im Vergleich mit der Umsetzung der EU-Direktive in Österreich, ZRI 2021, 477

Sax/Ponseck/Swierczok, Ein vorinsolvenzliches Restrukturierungsverfahren für europäische Unternehmen, BB 2017, 323

Schmidt H., Der Richtlinienvorschlag für präventive Restrukturierungsrahmen aus Bankensicht, WM 2017, 1735

Schmidt K., Überschuldung und Unternehmensfortführung oder: per aspera ad astra, ZIP 2013, 485

Schmidt K., Konsistenzprobleme im gesellschafts- und insolvenzrechtlichen Pflichtenkreis, ZIP 2018, 853 (853)

Schmittmann, Die Neufassung des § 55 Abs. 4 InsO und die Geschäftsleiterhaftung nach § 15b InsO: Wechselwirkung zwischen insolvenzrechtlicher und steuerrechtlicher Haftung, ZInsO 2021, 211

Schnabl/Siemon, Die EU-Insolvenzrichtlinie zu vorinsolvenzlichen Verfahren aus ordnungspolitischer Perspektive, NZI 2018, 913

Scholz, Die Krisenpflichten von Geschäftsleitern nach Inkrafttreten des StaRUG, ZIP 2021, 219

Schulte-Kaubrügger, Die Haftung der Beteiligten in der Eigenverwaltung, ZIP 2019, 345

Seibt, Pflichten der Geschäftsleitung bei Eingehung von Finanzierungsgeschäften – in Normal- und Krisenzeiten des Unternehmens, ZIP 2013, 1597

Seibt/von Treuenfeld, Gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche Aspekte der EU-Restrukturierungsrichtlinie, DB 2019, 1190

Seibt/Bulgrin, Entwurf zum Unternehmensstabilisierungs- und Restrukturierungsgesetz (StaRUG) – Kritische Analyse aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, DB 2020, 2226

Skauradszun/Amort, Krisenfrüherkennung und –management, Organkompetenzen und die Frage nach der Restrukturierungsverschleppungshaftung, DB 2021, 1317

Smid, Après nous de déluge, oder doch: Pflichtenstellung von Unternehmensleitung und Berater im künftigen Restrukturierungsverfahren, ZInsO 2019, 2081

Smid, Innen- und Außenhaftung des Geschäftsleiters bei Inanspruchnahme des Restrukturierungsrahmens durch die schuldnerische Gesellschaft nach § 43 StaRUG, ZInsO 2021, 117

Staps, Fresh money und neue Finanzierung verlangen nach kreativen Ideen, INDat Report 10/2019, 51

Thole, Der Richtlinienvorschlag zum präventiven Restrukturierungsrahmen, ZIP 2017, 101

Thole, Anm zu BGH IX ZR 125/17, BB 2020, 1359

Thole, Der Entwurf des Unternehmensstabilisierungs- und restrukturierungsgesetzes (StaRuG-RefE), ZIP 2020, 1985

Thole, Die Geschäftsleiterhaftung im StaRUG und nach § 15b InsO n.F., BB 2021, 1347

Walker/Mielke/Bombe, Vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren oder SoA, ZIP 2018, 815

Weitzmann, Die ESUG-Studie: Ordnungspolitische Weichenstellungsentscheidungen ante portas, BB 2019, 521

Woltersdorf/Reuter, Sanierungserwartung zu hoch geschraubt? INDat Report 9/2019, 17

Ziegenhagen, Präventiver Restrukturierungsrahmen. Erste Anregungen durch Verbände an den Gesetzgeber zur deutschen Umsetzung, ZInsO 2020, 2

1.2.4. Onlinewerke

Die Deutsche Kreditwirtschaft, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts, die-dk.de (Stand 2. 10. 2020)

Gesellschaft für Restrukturierung – TMA Deutschland e.V., Stellungnahme zum Referentenentwurf v. 18.9.2020 eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungsrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG), tma-deutschland.org (Stand 2. 10. 2020)

Heidenfelder, Stellungnahme als Sachverständige zur öffentlichen Anhörung am 25. November 2020 im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zu dem Gesetzesentwurf des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG) (BT-Drs. 19/24181, BR-Drs. 619/20), zum Antrag der FDP (BT-Drucks. 19/20560) sowie zum Antrag der Fraktion der BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 19/24379), bundesrat.de (Stand 23. 11. 2020)

Institut der Wirtschaftsprüfer, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts, idw.de (Stand 2. 10. 2020)

Institut der Wirtschaftsprüfer, IDW fordert explizite Planungspflicht für Unternehmen, idw.de (Stand 29. 10. 2020)

Jacoby/Madaus/Sack/Schmidt/Thole, Evaluierung Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7. Dezember 2011, bmjv.de (Stand 10. 10. 2018), kurz **ESUG-Evaluierung**

Madaus, A Giant Leap for German Restructuring Law? The New Draft Law for Preventive Restructuring Procedures in Germany, law.ox.ac.uk/business-law-blog (Stand 26. 10. 2020)

Madaus, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG) sowie zum diesbezüglichen Antrag der Fraktion der FDP, bundesrat.de (Stand 12. 11. 2020)

Madaus, Österreichs Entwurf einer Restrukturierungsordnung – das Planverfahren der InsO 1999, stephanmadaus.de (Stand 24. 2. 2021)

Niering, Stellungnahme des Vorsitzenden des VID im Rahmen der Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 25. 11. 2020 zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG) BT-Drucksache 19/24181, bundesrat.de (Stand 23. 11. 2020)

Paschen, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am 25. November 2020 im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, bundesrat.de (Stand 18. 11. 2020)

Thole, Stellungnahme als Sachverständiger zur öffentlichen Anhörung am 25. 11. 2020 im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags zu dem Gesetzesentwurf des SanInsFoG (BRDrucks. 619/20) und dem Antrag der FDP-Fraktion (BT-

Drucks. 19/20560) sowie zum Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drucks. 19/24379), bundesrat.de (Stand 18. 11. 2020)

Verband Insolvenzverwalter Deutschlands, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts vom 2. 10. 2020, vid.de (Stand 2. 10. 2020), kurz **VID-Stellungnahme zum RefE SanInsFoG**

1.3. EU / International

1.3.1. Monografien

Cork, Insolvency Law and Practice: Report of the Review Committee (1982), kurz **Cork-Report**

INSOL International, Directors in the Twilight Zone⁵ (2017)

Hess/Oberhammer/Pfeiffer, European insolvency law: the Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report on the application of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings (External Evaluation JUST/2011/JCIV/PR/0049/A4) (2014), kurz **Heidelberg-Luxembourg-Wien Report**

1.3.2. Kommentare, Handbücher, Lehrbücher

Olivares-Caminal/Douglas/Guynn/Kornberg/Paterson/Singh, Debt Restructuring² (2016)

1.3.3. Beiträge in Zeitschriften, Festschriften und Sammelwerken

Bachner, Wrongful Trading – A New European Model for Creditor Protection? EBOR 2004, 293

Baird/Crinson/Tett, What Restructuring Lawyers wanted from Santa: the proposed directive on “preventive restructuring frameworks and second chance for entrepreneurs”, CRI 2017, 3

Boon, Harmonising European Insolvency Law: The Emerging Role of Stakeholders, IIR 2018, 150

Cook, Wrongful Trading – Is it a Real Threat to Directors or a Paper Tiger, Insolvency Lawyer 1999, 99

Crinson/Tett, EU Directive on Insolvency, Restructuring and Second Chance, ICR 2019, 137

Davies, Directors’ creditor-regarding duties in respect of trading decisions taken in the vicinity of insolvency, EBOR 2006, 301

Gassner/Wabl, The new EU Directive on restructuring and insolvency and its implications for Austria, IRI 2019/13/2, 5

Gerner-Beuerle/Schuster, The evolving structure of directors’ duties in Europe, EBOR 2014, 192

Key, The Director’s Duty to Take into Account the Interests of Company Creditors: When Is It Triggered? MULR 2001, 315

Key, Formulating a Framework for Directors’ Duties to Creditors: An Entity Maximisation Approach, CLJ 2005, 614

Key, Directors’ duties and creditors’ interests, LQR 2014, 443

Key, Wrongful Trading: Problems and Proposals, NILQ 2014, 64

Keay, The Shifting of Directors' Duties in the Vicinity of Insolvency, IIR 2015, 142

Lantos, Wrongful trading in Europe, *eurofenix* 2018/73, 30

Spindler, Trading in the vicinity of insolvency, *EBOR* 2006, 339

Strohmaier/Pluut/van den Bos/Adriaanse/Vriesendorp, Hindsight bias and outcome bias in judging directors' liability and the role of free will beliefs, *JASP* 2021, 141

Wabl, Preventive Restructuring Mechanisms in Austria? More Flexibility Needed? A Practical Analysis of Existing Tools and Possible International Impacts, *ICR* 2017, 245

Wabl, To File, or Not to File: That Is the Question. Directors' Duties in the Company Crisis, *BULA* 2019, 49

Wabl, Duties of Directors Where there is a Likelihood of Insolvency, in *Gant* (Hrsg), Harmonisation of Insolvency and Restructuring Laws in the EU. Papers from the INSOL Europe Academic Forum Annual Conference 2019 (2020) 206

Werdnik, Wrongful trading provision – is it efficient? *Insolvency Intelligence* 2012, 81

1.3.4. **Onlinewerke**

Deloitte Touche Tohmatsu Limited, The Companies Act. When is a company financially distressed, and what does it mean? *deloitte.com* (Stand 15. 5. 2014) (nur auf Englisch verfügbar)

INSOL Europe, Harmonisation of Insolvency Law at EU Level, *eesc.europa.eu* (Stand April 2010), kurz **INSOL-Studie 2010** (nur auf Englisch verfügbar)

INSOL Europe, Revision of the European Insolvency Regulation, *insol-europe.org* (Stand Mai 2012), kurz **INSOL-Revision 2012** (nur auf Englisch verfügbar)

INSOL Europe, Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices, *insol-europe.org* (Stand 12. 5. 2014), kurz **INSOL-Studie 2014** (nur auf Englisch verfügbar)

London School of Economics, Study on Directors' Duties and Liability, *eprints.lse.ac.uk* (Stand April 2013), kurz **LSE-Studie**

Madaus, The new UK Reconstruction Plan – No APR? No problem! *stephanmadaus.de* (Stand 24. 6. 2020)

Strupczewski, EU mulls more unified insolvency laws as wave of bankruptcies approaches, *reuters.com* (Stand 16. 4. 2021)

UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law Part Two: Core provisions for an effective and efficient insolvency law, *uncitral.org* (Stand 25. 6. 2004), kurz **UNCITRAL Guide II**

UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law Part four: Directors' obligations in the period approaching insolvency (including in enterprise groups), *uncitral.org* (Second edition, Stand Juli 2019), kurz **UNCITRAL Guide IV**

University of Leeds, Study on a new approach to business failure and insolvency. Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices, *ec.europa.eu* (Stand Jänner 2016), kurz **Leeds-Studie**

1.3.5. **Onlinequellen zu englischer und EU-Gesetzgebung**

Explanatory Notes to the Companies Act 2006, *legislation.gov.uk* (Stand November 2006)

Allgemeine Ausrichtung des Rats vom 1. 10. 2018 (Dok 12356/18), eur-lex.europa.eu (Stand 1. 10. 2018), kurz **AAR**

Aktionsplan der Kommission zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und zur Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union vom 21. 5. 2003, KOM (2003) 284 endg

Note from the Bulgarian Presidency and the incoming Austrian Presidency vom 16. 3. 2018 (Dok 7150/18), data.consilium.europa.eu (Stand 16. 3. 2018)

Partielle allgemeine Ausrichtung des Rats vom 16. 5. 2018 (Dok 8830/18, data.consilium.europa.eu (Stand 16. 5. 2018)

Bericht der hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa vom 4. 11. 2002, ec.europa.eu (Stand 4. 11. 2002); aufgrund der Leitung von Jaap Winter auch „Winter-Report“ genannt, kurz **Winter-Report**

Report of the Parliament on recent developments and prospects in relation to company law vom 26. 6. 2006 (Dok A6-0229/2006), europaparl.europa.eu (Stand 26. 6. 2006)

Summary Report des Directorate General for Internal Market and Services, Consultation and Hearing on future Priorities for the Action Plan on Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union, ec.europa.eu (jedoch zum Zeitpunkt der Einreichung nicht mehr online abrufbar) (Stand Mai 2006)

Bericht des Europäischen Parlaments mit Empfehlungen an die Kommission zum Statut der Europäischen Privatgesellschaft vom 29. 11. 2006 (Dok A6-0434/2006), europaparl.europa.eu (Stand 29. 11. 2006)

Mitteilung der Europäischen Kommission „EUROPA 2020 Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum“ vom 3. 3. 2010, KOM (2010) 2020 endg

Grünbuch „Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik“ vom 2. 6. 2010, KOM (2010) 284 endg

Aktionsplan „Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance – ein moderner Rechtsrahmen für engagiertere Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen“ vom 12. 12. 2012, KOM (2012) 740 endg

Bericht zur 2266. Tagung des Rates – JUSTIZ UND INNERES – vom 29. 5. 2000 (Conseil/00/183), ec.europa.eu (Stand 29. 5. 2000)

Report of the Parliament with recommendations to the Commission on insolvency proceedings in the context of EU company law vom 17. 10. 2011 (Dok A7-0355/2011), europaparl.europa.eu (Stand 17. 10. 2011), kurz **EP Report** (nur auf Englisch verfügbar)

Briefing Note of the Parliament DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS LEGAL AFFAIRS “Harmonisation of insolvency law at EU level with respect to opening of proceedings, claims filing and verification and reorganisation plans” aus März 2011 (Dok PE 432.766), europaparl.europa.eu (Stand März 2011), kurz **EP Briefing Note** (nur auf Englisch verfügbar)

Mitteilung der Kommission „Binnenmarktakte II Gemeinsam für neues Wachstum“ vom 3. 10. 2012, KOM (2012) 573 endg

Bericht der Kommission über die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren vom 12. 12. 2012, KOM (2012) 743 endg

Mitteilung der Kommission „Ein neuer europäischer Ansatz zur Verfahrensweise bei Firmenpleiten und Unternehmensinsolvenzen“ vom 12. 12. 2012, KOM (2012) 742 endg

Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren vom 12. 12. 2012, KOM (2012) 744 endg.

Vermerk des Rates vom 21. 5. 2013 (Dok 9080/13 ADD 4), data.consilium.europa.eu (Stand 21. 5. 2013) (nur auf Englischen verfügbar)

Vermerk des Rates vom 7. 6. 2013 (Dok 9080/13 ADD 8), data.consilium.europa.eu (Stand vom 7. 6. 2013) (nur auf Englischen verfügbar)

Vermerk des Rates vom 25. 6. 2013 (Dok 9080/13 ADD 11), data.consilium.europa.eu (Stand 25. 6. 2013) (nur auf Englisch verfügbar)

Vermerk des Rates vom 28. 6. 2013 (Dok 11734/13), data.consilium.europa.eu (Stand 28. 6. 2013) (nur auf Englisch verfügbar)

Vermerk des Rates vom 22. 10. 2013 (Dok 14910/13), data.consilium.europa.eu (Stand 22. 10. 2013) (nur auf Englisch verfügbar)

Stellungnahme des EWSA zur Mitteilung KOM (2012) 742 endg sowie dem Vorschlag KOM (2012) 744 endg vom 19. 9. 2013 (Dok C 271/55), eur-lex.europa.eu (Stand 19. 9. 2013)

Vermerk des Rates vom 19. 12. 2013 (Dok 17929/13), data.consilium.europa.eu (Stand 19. 12. 2013) (nur auf Englisch verfügbar)

Vermerk des Rates vom 4. 2. 2014 (Dok 5983/14), data.consilium.europa.eu (Stand 4. 2. 2014) (nur auf Englisch verfügbar)

Vermerk des Rates vom 4. 3. 2014 (Dok 7217/14), data.consilium.europa.eu (Stand 4. 3. 2014) (nur auf Englisch verfügbar)

Vermerk des Rates vom 16. 5. 2014 (Dok 9776/14), data.consilium.europa.eu (Stand 16. 5. 2014)

Vermerk des Rates vom 3. 6. 2014 (Dok 10284/14), data.consilium.europa.eu (Stand 3. 6. 2014)

Vermerk des Rates vom 19. 9. 2014 (Dok 13276/14), data.consilium.europa.eu (Stand 19. 9. 2014)

Vermerk des Rates vom 20. 11. 2014 (Dok 15414/14), data.consilium.europa.eu (Stand 20. 11. 2014)

Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen „Ein unternehmerisches Europa schaffen. Die Aktivitäten der Europäischen Union zur Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU)“ vom 21. 1. 2003 (Dok SEK [2003] 58), data.consilium.europa.eu (Stand 21. 1. 2003)

Mitteilung der Kommission „Die Stigmatisierung des unternehmerischen Scheiterns überwinden – für eine Politik der zweiten Chance. Umsetzung der Lissabonner Partnerschaft für Wachstum und Beschäftigung“ vom 12. 10. 2007, KOM (2007) 584 endg

Empfehlung 2014/135/EU der Kommission für einen neuen Ansatz im Umgang mit unternehmerischem Scheitern und Unternehmensinsolvenzen vom 12. 3. 2014, ABl L 74/65

Der Bericht der fünf Präsidenten: Die Wirtschafts- und Währungsunion Europas vollenden vom 22. 6. 2015, ec.europa.eu (Stand 22. 6. 2015)

Evaluation of the Commission on the implementation of the Commission Recommendation of 12. 3. 2014 on a new approach to business failure and insolvency vom 30. 9. 2015, ec.europa.eu (jedoch zum Zeitpunkt der Einreichung nicht mehr online abrufbar) (Stand 30. 9. 2015)

Economic Analysis of the Commission accompanying the document "Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Action Plan on Building a Capital Markets Union" vom 30. 9. 2015, SWD (2015) 183 final (nur auf Englisch verfügbar)

Mitteilung der Kommission „Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion“ vom 30. 9. 2015, KOM (2015) 468 endg

Mitteilung der Kommission „Den Binnenmarkt weiter ausbauen: mehr Chancen für die Menschen und die Unternehmen“ vom 28. 10. 2015, KOM (2015) 550 endg

Mitteilung der Kommission „Auf dem Weg zur Vollendung der Bankenunion“ vom 24. 11. 2015, KOM (2015) 587 endg

Feedback Statement of the Commission on the Green Paper “Building a Capital Markets Union” accompanying the document "Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Action Plan on Building a Capital Markets Union" vom 30. 9. 2015, SWD (2015) 184 final (nur auf Englisch verfügbar)

Working Document der Expertengruppe zum ersten Meeting vom 13. 1. 2016, ec.europa.eu (Stand 13. 1. 2016) (nur auf Englisch verfügbar).

Bericht der Kommission zum ersten Meeting der Expertengruppe vom 13. 1. 2016, ec.europa.eu (Stand 13. 1. 2016) (nur auf Englisch verfügbar)

Bericht der Kommission zum fünften und sechsten Meeting der Expertengruppe vom 24. und 25. 6. 2016, ec.europa.eu (Stand 25. 6. 2016) (nur auf Englisch verfügbar)

Bericht der Kommission zum siebenten Meeting der Expertengruppe vom 14. 6. 2016, ec.europa.eu (Stand 14. 6. 2016) (nur auf Englisch verfügbar)

Bericht der Kommission zum neunten Meeting der Expertengruppe vom 11. 7. 2016, ec.europa.eu (Stand 11. 7. 2016) (nur auf Englisch verfügbar)

Bericht der Kommission zum zweiten Meeting der informellen Stakeholder-Gruppe vom 27. 5. 2016, ec.europa.eu (jedoch zum Zeitpunkt der Einreichung nicht mehr online abrufbar) (Stand 27. 5. 2016) (nur auf Englisch verfügbar)

Bericht der Kommission zum dritten Meeting der informellen Stakeholder-Gruppe vom 18. 7. 2016, ec.europa.eu (jedoch zum Zeitpunkt der Einreichung nicht mehr online abrufbar) (Stand 18. 7. 2016) (nur auf Englisch verfügbar)

Inception Impact Assessment der Kommission vom 2. 3. 2016 zu “Initiative on insolvency“, ec.europa.eu (Stand 2. 3. 2016) (nur auf Englisch verfügbar)

Impact assessment study of the Commission on policy options for a new initiative on minimum standards in insolvency and restructuring law – Final Report aus November 2016, publications.europa.eu (Stand November 2016), kurz **Impact Assessment Final Report** (nur auf Englisch verfügbar)

Commission Impact Assessment zum Proposal COM (2016) 723 final vom 22. 11. 2016, SWD (2016) 357 final (nur auf Englisch verfügbar)

Zusammenfassung der Folgenabschätzung zum RL-Vorschlag KOM (2016) 723 endg vom 22. 11. 2016, SWD (2016) 358 endg

Stellungnahme der Europäischen Zentralbank vom 7. 6. 2017 zu einem Vorschlag des Europäischen Parlaments und des Rates für eine Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU, ABl C 236/2

Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 29. 3. 2017 zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU, ABl C 209/21

Stellungnahme des Europäischen Ausschusses der Regionen, Förderung von Start-up und Scale-up-Unternehmen in Europa: die regionale und lokale Perspektive vom 12. 7. 2017 zu einem Vorschlag des Europäischen Parlaments und des Rates für eine Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU, ABl C 342/43

Compilation of Member States' written comments on Article 1, Article 2(1)-(5) & (13)-(15) & Article 3-7 - Comments from CZ, DK, EL, IT, CY, LT, LU, NL, SE, UK vom 4. 5. 2017 (Dok 8774/17), consilium.europa.eu (Stand 4. 5. 2017) (nur auf Englisch verfügbar)

Compilation of Member States' written comments on Article 2(6)-(12), Article 8-18 - Comments from DK, ES, HR, IT, CY, LT, LU, NL, FI, UK & SE vom 11. 10. 2017 (Dok 13121/17), consilium.europa.eu (Stand 11. 10. 2017) (nur auf Englisch verfügbar)

Bericht des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments vom 21. 8. 2018 über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU (Dok A8-0269/2018) (Berichterstatlerin Angelika Niebler), europarl.europa.eu (Stand 21. 8. 2018), kurz **Niebler-Bericht**

Council Confirmation of the final compromise text with a view to agreement vom 17. 12. 2018 (Dok 15556/18), consilium.europa.eu (Stand 17. 12. 2018) (nur auf Englisch verfügbar)

Bericht des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments vom 21. 3. 2019 über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU (Dok A8-0269/109) europarl.europa.eu (Stand 21. 3. 2019)

Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung am 28. 3. 2019 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie (EU) 2019/... des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz), europaparl.europa.eu (Stand 28. 3. 2019)

2. Judikaturverzeichnis

2.1. Österreich

2.1.1. OGH-Entscheidungen

OGH 2. 7. 1969, 6 Ob 159/69, SZ 42/104 = EvBl 1970/63 = JBl 1972/141 (*Ostheim*) = GesRZ 1972, 30 (*Schuppich*) = ÖJZ 1973, 311 (*Pfersmann*) = JBl 1972, 120 (*Doralt*)

OGH 31. 10. 1973, 1 Ob 179/73, EvBl 1974, 182 = NZ 1974, 190 = SZ 46/113

OGH 10. 1. 1978, 3 Ob 536/77, GesRZ 1978, 36

OGH 11. 7. 1979; 3 Ob 622/78, SZ 52/116 = EvBl 1980, 14 = JBl 1980, 38

OGH 26. 3. 1980, 1 Ob 545/80, SZ 53/53 = GesRZ 1982, 243 (*Kutschera*)

OGH 10. 11. 1983, 12 Os 97/83, SSt 54/82

OGH 10. 5. 1984, 7 Ob 565/84, GesRZ 1984, 218 = RdW 1985, 44 = NZ 1985, 95

OGH 9. 1. 1985, 3 Ob 521/84, EvBl 1986, 308 = GesRZ 1986, 97 (Anm: In den RIS-RS ist teilweise das Datum fehlerhaft mit 9. 1. 1986 genannt)

OGH 5. 2. 1985, 4 Ob 5/85, EvBl 1985/80, 403 = ÖBl 1985, 124 (*Collin*)

OGH 14. 7. 1986, 1 Ob 571/86, *EUMIG I*, JBl 1986, 713 (*J. Reich-Rohrwig*) = JBl 1987, 146 (*Honsell*)

OGH 11. 11. 1986, 2 Ob 532, 533/86, ÖBA 1987, 341 (krit *Koziol*)

OGH 3. 12. 1986, 1 Ob 655/86, ÖBA 1987, 332 = wbl 1987, 74 (zust *Wilhelm*)

OGH 15. 10. 1987, 6 Ob 701/86, ÖBA 1988, 276 (*Koziol*)

OGH 20. 10. 1987, 11 Os 51/87

OGH 17. 11. 1987, 3 Ob 520/86, SZ 60/244 = RdW 1988, 44 = wbl 1988, 96 = ÖBA 1988, 397

OGH 12. 4. 1989, 2 Ob 566/88

OGH 4. 10. 1989, 3 Ob 519/89, JBl 1990, 322 (*P. Bydlinski*) = ÖBA 1990, 554 (*Apathy*)

OGH 19. 12. 1989, 2 Ob 143/89

OGH 29. 3. 1990, 6 Ob 532/90, ÖBA 1990, 942 (*Karollus*) = wbl 1990, 345 (*Dellinger*)

OGH 1. 6. 1990, 11 Os 75/89, JBl 1991, 465

OGH 28. 6. 1990, 8 Ob 624/88, wbl 1990, 348 (*Dellinger*)

OGH 10. 12. 1990, 15 Os 120/90, EvBl 1991, 353

OGH 20. 2. 1991, 11 Os 87/90, ÖBA 1991, 680

OGH 20. 11. 1991, 1 Ob 617/91, JBl 1992, 444 (*Ostheim*)

OGH 20. 5. 1992, 1 Ob 562/92, wbl 1992, 333

OGH 14. 7. 1994, 1 Ob 553/94, ÖBA 1995, 95 (*Schumacher*)

OGH 22. 12. 1994, 2 Ob 591/94, *ecolex* 1996, 527, 538 FN 62 (krit *Hügel*) = RdW 1995, 132 (*C. Nowotny*)

OGH 12. 7. 1995, 13 Os 67/95

OGH 11. 9. 1997, 6 Ob 244/97v
 OGH 22. 10. 1997, 7 Ob 2339/96p, SZ 70/215
 OGH 29. 4. 1998, 9 ObA 416/97k, ecolex 1998, 767 (*J. Reich-Rohrwig*)
 OGH 24. 6. 1998, 3 Ob 34/97i, ecolex 1998, 774 (zust *J. Reich-Rohrwig*)
 OGH 28. 6. 2000, 6 Ob 162/00t
 OGH 23. 11. 2000, 6 Ob 59/00w, wobl 2001, 87 (*Dirnbacher*) = *Pittl*, immolex 2001, 268 = Zak 2010, 323 (*Nademleinsky/Kolmasch*, tabellarische Übersicht) = *Schinnagl/Groeschl*, Der Mieter 2015, 44 (Rechtsprechungsübersicht)
 OGH 23. 11. 2000, 6 Ob 110/00w, SZ 73/182 = ÖBA 2002, 238 (*Schummer* 173) = ecolex 2001, 369 (*Widhalm*)
 OGH 26. 4. 2001, 6 Ob 37/01m
 OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k, *Intercontinentale*, RdW 2002, 342 = ZIK 2002, 92 = GesRZ 2002, 86 = wbl 2002, 325 = ecolex 2003, 34 = SZ 2002/26
 OGH 28. 3. 2002, 8 Ob 221/01k
 OGH 12. 12. 2002, 6 Ob 17/02x, RdW 2003, 262
 OGH 24. 4. 2003, 3 Ob 288/02b, ecolex 2004/18 (*Völkl*)
 OGH 22. 5. 2003, 8 Ob 262/02s
 OGH 22. 10. 2003, 3 Ob 287/02f, SZ 2003/133
 OGH 19. 2. 2004, 6 Ob 282/03v, ZIK 2004, 171
 OGH 15. 9. 2004, 9 Ob 33/04z, RdW 2005, 98 = ecolex 2005/ 296 = ZIK 2005, 75
 OGH 17. 11. 2004, 9 Ob 24/04a, ÖBA 2005, 683 (*Bollenberger*)
 OGH 8. 6. 2005, 7 Ob 288/04k, JBl 2006, 122 (*König*)
 OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 269/05k, GesRZ 2006, 92
 OGH 13. 6. 2006, 11 Os 52/05i, ecolex 2007, 407 (*Spornberger*)
 OGH 9. 11. 2006, 6 Ob 72/06s
 OGH 16. 3. 2007, 6 Ob 34/07d, GesRZ 2007, 271 (*U. Torggler*)
 OGH 20. 3. 2007, 4 Ob 31/07y, RWZ 2007, 169 (*Wenger*) = GesRZ 2007, 266 (*Schopper*) = ÖBA 2007, 998 (*Koziol*) = GES 2008, 4 (*Schopper*) = GesRZ 2009, 317 (mit ausf Begründung *Schmidt*)
 OGH 9. 5. 2007, 7 Ob 84/07i, ZIK 2008, 66
 OGH 23. 5. 2007, 3 Ob 59/07h, GesRZ 2008, 22 (*Linder*)
 OGH 12. 7. 2007, 2 Ob 241/06i, ecolex 2007, 856
 OGH 28. 9. 2007, 9 ObA 28/07v, DRdA 2009/45 (*Jabornegg*)
 OGH 22. 10. 2007, 1 Ob 134/07y, ZIK 2008, 30 = GES 2008, 4 (*Schopper*)
 OGH 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p, RWZ 2008, 260 (*Wenger*) = GesRZ 2008, 310 (*Stingl*) = GES 2008, 315 (*Bauer*) = JAP 2008/2009, 100 (*Rauter*) = ÖBA 2009, 50 (*Bollenberger*) = GesRZ 2009, 65 (*Kalss/Eckert/Schörghofer*) = RdW 2009, 326 (*Nowotny*) = GesRZ 2014, 340 (*Bergmann/Schörghofer*) = RdW 2018, 615 (*Payer*) = GES 2019, 3 (*Aburumieh/Foglar-Deinhardstein*)

OGH 11. 6. 2008, 7 Ob 58/08t, RWZ 2008, 284 (*Wenger*) = GeS 2008, 356 (*Schopper/Kapsch*) = GesRZ 2008, 378 (*Kalss/Zollner*) = wbl 2008/287 (*Torggler*) = ecolex 2008, 926 (*J. Reich-Rohrwig*)

OGH 19. 11. 2008, 3 Ob 173/08z, ZIK 2009, 38 (*Widhalm-Budak*)

OGH 16. 12. 2008, 8 Ob 133/08d, RdW 2009/199

OGH 23. 2. 2009, 8 Ob 108/08b, ecolex 2009, 682 (*Ruhm/Toms*) = GES 2009, 269 (*Jaufer*) = ÖBA 2010, 681 (*Dellinger*)

OGH 4. 8. 2009, 9 ObA 149/08i, GesRZ 2000, 55 (*Artmann*)

OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w, EvBl 2011, 726 (*Konecny*) = ZIK 2011, 85 (*Widhalm-Budak*) = ÖBA 2011/1747 (*Bartlmä*) = ÖBA 2012, 816 (*Schumacher*) = SV 2015, 18 (*Bachl*) = ÖBA 2019, 188 (*Aigner/Fellner*)

OGH 1. 3. 2011, 10 Ob 5/11z, ZIK 2011, 112

OGH 22. 11. 2011, 8 Ob 118/11b, RdW 2012/168

OGH 11. 10. 2012, 2 Ob 117/12p, ZIK 2013, 117 = RdW 2013, 140 = ZVR 2013, 76 = NZ 2014, 104

OGH 16. 11. 2012, 6 Ob 209/12x, GesRZ 2013, 101 (*Kalss*) = ecolex 2013/122 (*Limberg*) = RWZ 2015/14 (*Wenger*)

OGH 21. 2. 2013, 9 ObA 138/12b

OGH 19. 2. 2015, 6 Ob 19/15k, RdW 2015, 372 = GES 2015, 173 = ZIK 2015, 144 = ecolex 2015, 874

OGH 3. 3. 2015, 1 Ob 248/14y, ecolex 2015, 652 = Zak 2015, 224 (*Harrer*)

OGH 18. 3. 2015, 3 Ob 181/14k, ZIK 2015/227 (*Derntl*)

OGH 25. 11. 2015, 8 Ob 117/15m, ecolex 2016/93 = RdW 2016/251 = ÖBA 2016/2247 = ZIK 2016/197

OGH 25. 11. 2015, 8 Ob 118/15h, ecolex 2016/100 = ZIK 2016, 192

OGH 26. 11. 2015, 6 Ob 210/15y, RdW 2016/191

OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 160/15w, GesRZ 2016, 113 (*Konwitschka*) = ZfS 2016, 58 (*Karollus*) = JEV 2016, 74 (*Schima/Toscani*) = ecolex 2016, 695 (*J. Reich-Rohrwig*) = PSR 2017, 18 (*Hartlieb*, *Judikaturübersicht*) = ecolex 2017, 1073 (*Welser*)

OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15p = RWZ 2016, 125 (*Wenger*) = NZ 2016, 163 (*Schopper/Walch*) = GesRZ 2016, 281 (*Schörghofer*) = JAP 2016/2017, 25 (*Rauter*) = GES 2017, 20 (*Bergmann/Schörghofer*) = ÖBA 2017/2380 (*Dellinger*) = GES 2019, 3 (*Aburumieh/Foglar-Deinhardstein*)

OGH 18. 3. 2016, 9 ObA 58/15t, RWZ 2016/36 (*Wenger*)

OGH 30. 8. 2016, 6 Ob 198/15h, NZ 2016, 413 (*Brugger*) = GES 2017, 20 (*Bergmann/Schörghofer*) = ecolex 2017, 1073 (*Welser*) = GES 2019, 3 (*Aburumieh/Foglar-Deinhardstein*)

OGH 25. 10. 2016, 8 Ob 10/16b, ZIK 2017/196

OGH 30. 8. 2016, 8 Ob 62/16z, RWZ 2016, 350 (*Wenger*) = EvBl 2017, 326 (*Burtscher*)

OGH 30. 1. 2017, 6 Ob 84/16w, RWZ 2017, 105 (*Wenger*) = *Rauter*, JAP 2016, 240 = *Grossmayer*, ecolex 2017, 424 = GesRZ 2017, 177 (*Babinek*) = *Riedler*, ÖJZ 2017, 1101 = JAS 2018, 155 (*Herda*)

OGH 24. 5. 2017, 1 Ob 235/16i, ZIK 2017/297

OGH 29. 5. 2017, 6 Ob 99/17b, GES 2017, 254

OGH 26. 9. 2017, 6 Ob 164/16k, GES 2017, 367 = GesRZ 2017, 402 (*Feltl*) = ecolex 2017/487 (*J. Reich-Rohrwig*) = *Rauter*, JAP 2017/2018/19 = *Csoklich*, ZIK 2018/4 = *Trenker*, JBl 2018, 354 = *Robertson*, ecolex 2018, 150 = *Trenker*, JBl 2018, 434 = *Jaufer/Painsi*, GES 2018, 172 = ÖBA 2018/2505 (*Dellinger*) = *Gassner/Wabl*, ecolex 2018, 908

OGH 25. 10. 2017, 6 Ob 250/16g, GesRZ 2018, 61 (*Engin-Deniz*)

OGH 28. 2. 2018, 6 Ob 244/17a, wbl 2018/109 = ZIK 2018, 202

OGH 28. 3. 2018, 6 Ob 41/18z, GesRZ 2018, 346 (*Bauer*)

OGH 24. 10. 2018, 8 ObA 58/18i, ARD 6636/12/2019

OGH 20. 5. 2020, 6 Ob 69/20w, GesRZ 2020, 422 (*Maier*)

OGH 26. 8. 2020, 9 ObA 136/19v

OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b

OGH 16. 9. 2020, 6 Ob 64/20k, *Wilfinger*, ZIK 2020, 215 = *Gonaus/Schmidsberger*, RdW 2020, 896 = NZ 2021, 36 (*Brugger*)

OGH 25. 11. 2020, 6 Ob 218/20g

OGH 25. 11. 2020, 6 Ob 209/20h, JAP 2020/2021/18, 169 (*Rauter*) = wbl 2021, 346/97 (*Koppensteiner*) = ecolex 2021/487 (*Zimmermann*)

OGH 19. 5. 2021, 17 Ob 5/21s

OGH 3. 8. 2021, 8 ObA 109/20t, GES 2021, 303

2.1.2. OGH-Rechtssätze

RS0006361

RS0019726

RS0023910

RS0023933

RS0026773

RS0027364

RS0027441

RS0027475

RS0034493

RS0049378

RS0049458

RS0049459

RS0049482

RS0059432

RS0059449

RS0059469
RS0059491
RS0059498
RS0059528
RS0059532
RS0059576
RS0059592
RS0059670
RS0059774
RS0060000
RS0060019
RS0064528
RS0064962
RS0064989
RS0065125
RS0065129
RS0065132
RS0065209
RS0065416
RS0105518
RS0105532
RS0110282
RS0110545
RS0116166
RS0116167
RS0116174
RS0117571
RS0118177
RS0120441
RS0122035
RS0126559
RS0130657
RS0131905

2.1.3. OLG-Entscheidungen

OLG Wien 26. 5. 2003, 3 R 49/03b

OLG Wien 13. 1. 2014, 28 R 470/13p, ZIK 2014, 230

OLG Graz 5. 9. 2014, 3 R 137/14p, ZIK 2015, 70

OLG Wien 5. 10. 2016, 28 R 202/16f, ZIK 2017, 67

OLG Linz 7. 6. 2017, 2 R 77/17g, ZIK 2018, 118

OLG Graz 2. 10. 2020, 2 R 81/20d, ZIK 2021/36

2.1.4. Sonstige Entscheidungen

BFG 27. 2. 2020, RV/7101642/2019

2.2. Deutschland

2.2.1. BGH-Entscheidungen

BGH 9. 7. 1979, II ZR 118/77, *Herstatt-Bank*, BGHZ 75, 96

BGH 6. 6. 1994, II ZR 292/91, BGHZ 126, 181

BGH 8. 1. 2001, II ZR 88/99, BGHZ 146, 264

BGH 18. 3. 1974, II ZR 2/72, NJW 1974, 1088

BGH 1. 3. 1993, II ZR 81/94, ZIP 1994, 891

BGH 21. 4. 1997, II ZR 175/95, *ARAG/Garmenbeck*, BGHZ 135, 244

BGH 31. 1. 2000, II ZR 189/99, NJW 2000, 1571

BGH 14. 5. 2007, II ZR 48/06, ZIP 2007, 1265

BGH 14. 7. 2008, II ZR 202/07, NZG 2008, 751 = ZIP 2008, 1675

BGH 20. 9. 2011, II ZR 234/09, *Ison*, ZIP 2011, 2097 = ecolex 2012/446

BGH 26. 6. 2014, IX ZR 162/13, WM 2014, 1434

BGH 15. 10. 2015, IX ZR 296/14, NZI 2016, 52

BGH 26. 1. 2016, II ZR 394/13, ZIP 2016, 1119

BGH 12. 10. 2016, 5 StR 134/15, ecolex 2017/231 (*J. Reich-Rohrwig*)

BGH 16. 3. 2017, IX ZR 253/15, BGHZ 214, 2020

BGH 4. 7. 2017, II ZR 319/15, NZI 2017, 809 (*Schädlich*)

BGH 23. 1. 2018, II ZR 246/15, ZIP 2018, 576 = EWiR 2018, 425 (*Wackerbarth*)

BGH 26. 4. 2018, IX ZR 238/17, ZIP 2018, 977

BGH 14. 6. 2018, IX ZR 22/15, ZIP 2018, 1794 = NZI 2018, 840 = EWiR 2018, 755 (*Egerlandt*)

BGH 24. 9. 2019, II ZR 247/17, ZIP 2004, 1047

BGH 24. 9. 2019, II ZR 248/17, ZIP 2020, 1239

BGH 12. 3. 2020, IX ZR 125/17, ZIP 2020, 1080

2.2.2. OLG-Entscheidungen

OLG Düsseldorf 9. 12. 2009, I-6 W 45/09, ZIP 2010, 28 = CCZ 2010, 117 (*Böhmer*) = *Lutter*, ZIP 2009, 197

OLG Hamm 2. 12. 2009, I-11 U 151/08, ZInsO 2010, 527

OLG Schleswig 11. 2. 2010, 5 U 60/09, ZIP 2010, 516

2.3. International und EuGH

2.3.1. International Entscheidungen

English High Court of Justice 5. 11. 1968, [1970] Ch 62, *Charterbridge Corp Ltd v Lloyds Bank Ltd*

High Court of Australia 3. 3. 1976, [1975-1976] 137 CLR, *Walker v Wimborne*

English Court of Appeal 30. 7. 1980, [1982] Ch 442, *Re Horsley & Weight Ltd*

New Zealand Court of Appeal [1985] 1 NZLR 242, *Nicholson v Permakraft (NZ) Ltd*

New South Wales Court of Appeal [1986] 4 NSWLR 722, *Kinsela v Russell Kinsela Pty Ltd (in liq)*

English Court of Appeal 19. 11. 1987, [1988] BCLC 250, *West Mercia Safetywear Ltd v Dodd*

English High Court of Justice 30. 7. 1997, [1998] 1 BCLC 218, *Facia Footwear Ltd v Hinchcliffe*

English High Court of Justice 27. 4. 2001, [2001] BPIR 733, *Re Continental Assurance of London Plc*

English High Court of Justice 13. 12. 2002, [2003] BCC 885, *Colin Gwyer & Associates Ltd v London Wharf (Limehouse) Ltd*

English High Court of Justice 27. 3. 2006, [2006] EWHC 580, *The Liquidator of Wendy Fair (Heritage) Ltd v Hobday*

Delaware Supreme Court 18. 5. 2007, 2006/521, *Gheewalla*

English High Court of Justice 31. 3. 2011, [2012] BCC 315, *Re Idessa (UK) Ltd (In Liquidation)* sub nom *Burke v Morrison*

UK Supreme Court 9. 5. 2013, [2013] UKSC 28 = [2013] 1 WLR 1408, *BNY Corporate Trustee Services Ltd v Eurosail-UK 2007-3BL plc*

English High Court of Justice 25. 9. 2013, [2013] EWHC 2876 (Ch), *Re HLC Environmental Projects Ltd*

English High Court of Justice 11. 2. 2016, [2016] EWHC 243 (Ch) und 20. 7. 2016, [2016] EWHC 1812 (Ch), *Ralls Builders Ltd (In Liquidation), Re*

English High Court of Justice 16. 1. 2017, [2017] EWHC 28 (Ch), *Dickinson v NAL Realisations (Staffordshire) Ltd*

English Court of Appeal 6. 2. 2019, [2019] EWCA Civ 112, *BTI 2014 LLC v Sequana SA and others*

English High Court of Justice 21. 1. 2020, [2020] EWHC 54 (Ch), *Re System Building Services Group Ltd*

2.3.2. EuGH-Entscheidungen

EuGH 12. 11. 1969, 29/69, *Stauder/Stadt Ulm*, ECLI:EU:C:1969:57

EuGH 8. 4. 1976, 48/75, *Royer*, ECLI:EU:C:1976:57

EuGH 10. 1. 1980, 69/79, *Jordens-Vosters/Bedrijfsvereniging voor de Leder- en Lederverwerkende Industrie*, ECLI:EU:C:1980:7

EuGH 26. 10. 1983, 163/82, *Kommission/Italien*, ECLI:EU:C:1983:295

EuGH 9. 4. 1987, 363/85, *Kommission/Italien*, ECLI:EU:C:1987:196

EuGH 20. 3. 1997, C-96/95, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:1997:165

EuGH 9. 10. 1997, C-137/96, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:1997:566

EuGH 2. 4. 1998, C-296/95, *EMU Tabac ua/Commissioners of Customs and Excise*, ECLI:EU:C:1998:152

EuGH 21. 2. 2008, C-426/05, *Tele2 Telecommunication/Telekom-Control-Kommission*, ECLI:EU:C:2008:103

A. EINLEITUNG

1. Problemdarstellung

1.1. Geschäftsleiter als Schlüsselperson in der Unternehmenskrise

In Europa und auch hierzulande ist anerkannt, dass Geschäftsleitern *gerade* in der Krise und im Vorfeld der Insolvenz eine Schlüsselrolle zukommt. Wie einzelne Gesetzgeber und Rechtstraditionen mit dieser Rolle umgehen, unterscheidet sich in den Details aber teils doch erheblich.¹⁰ Anders als Österreich (oder auch Deutschland) sehen etwa vom Richterrecht geprägte Länder wie England keine explizite Insolvenzantragspflicht, sondern idR Konzepte eines „*insolvent*“ oder „*wrongful trading*“ vor.¹¹ Die (Mentalitäts-)Unterschiede gehen so weit, dass englische Gerichte den vermeintlich frühzeitigen Gang zum Insolvenzrichter mitunter gar als „Ausweg des Feiglings“ bezeichnen,¹² während in Österreich die gesetzliche Insolvenzantragsfrist nach völlig hA als zwingende und *absolute* Höchstfrist gesehen wird.¹³

Regelungen zu Geschäftsleiterpflichten sollen gemeinhin im besten Fall die (frühzeitige) Sanierung lebensfähiger Unternehmen ermöglichen und unterstützen, andererseits aber in dieser Phase besonders gefährdete Interessen vor einer Verringerung des Gesellschaftsvermögens schützen.¹⁴ Insgesamt sollen Geschäftsleiter im Insolvenzzusammenhang einerseits via durch entsprechende Sanierungsmöglichkeiten positive Anreize für frühzeitiges Handeln bekommen, andererseits aber auch negativen Anreizen in Form einer Haftungsdrohung unterliegen.¹⁵ Die Idee erinnert an das Konzept „Zuckerbrot und Peitsche“, oder im internationalen Kontext etwas uncharmant: „*carrot and stick to make the donkey move*“.¹⁶

Auch die RIRL ist diesem Schema im Grundsatz gefolgt, indem durch präventive Restrukturierungsrahmen Anreize geschaffen, diese jedoch gleichzeitig mit besonderen Pflichtenvorgaben für Leitungsorgane verknüpft werden. Letztere gilt es in dieser Arbeit zu untersuchen.

¹⁰ Einen guten Überblick gibt eine von der EK beauftragte und im Jänner 2016 von der *University of Leeds* veröffentlichte Studie (Hervorhebungen durch den Autor): „*When a company is insolvent then in all Member States there is a need for directors to do something different from what they have been doing. What that involves varies across the EU.*“ (s S 74 der Studie, die noch ausf unten Pkt C 4.3.1.5 analysiert wird).

¹¹ Eine mögliche Übersetzung für „*wrongful trading*“ ist „unrechtmäßige Geschäftspraktiken“, in der gegenständlichen Arbeit wird aber weitestgehend der englische Begriff verwendet.

¹² Siehe English High Court of Justice [2001] BPIR 733 Rz 281, *Re Continental Assurance of London Plc*; zu dieser E s auch *Davies*, EBOR 2006, 301 (313) sowie *Wabl*, BULA 2019, 49 (50).

¹³ Siehe nur OGH 6 Ob 19/15k RdW 2015, 372, sowie ausf unten Pkt B 6.3.2.1.

¹⁴ Siehe dazu auch ausf unten Pkt C 5 zum dort behandelten UNCITRAL Guide IV; ebenso *Wabl*, BULA 2019, 49 (49 f, 58 f).

¹⁵ Für viele *K. Schmidt*, JBl 2000, 477 (477).

¹⁶ Siehe auch das Vorwort von *Neil Cooper*, ehemaliger Präsident von *INSOL International* im Vorwort in *INSOL International, Directors*⁵ ix.

1.2. EU-Harmonisierung zu Geschäftsleiterpflichten

Präventive Restrukturierung ist das Modewort aktueller insolvenzrechtlicher Harmonisierungsinitiativen auf EU-Ebene. Auch hierzulande ist anerkannt, dass frühzeitige Sanierungsschritte idR vorteilhaft für alle Beteiligten sind und zumeist (erheblich) höhere Erfolgs- und Zahlungsquoten mit sich bringen als Sanierungen oder Zerschlagungen in einem Insolvenzverfahren.¹⁷

Das internationale Insolvenzrecht ist in Österreich aber bereits im Jahr 2000 mit der Ursprungsfassung der EuInsVO zum Leben erwacht.¹⁸ Mit dieser wurden erstmals ausgewählte Aspekte des Insolvenzrechts europaweit harmonisiert, wobei der Schwerpunkt auf formalrechtlichen Aspekten wie Zuständigkeits- und Anerkennungsfragen lag. Seitdem hat sich im europäischen Insolvenzrecht einiges getan und ein grds Perspektivwechsel zieht mittlerweile im Interesse aller Beteiligten eine frühzeitige, präventive Sanierung einer Zerschlagung des schuldnerischen Vermögens vor. Nicht zuletzt deswegen wurde 2015 eine Neufassung der EuInsVO¹⁹ verabschiedet, mit welcher auch präventive, moderne Verfahrenstypen in den sachlichen Anwendungsbereich der VO mitaufgenommen wurden.

Die nun in den Anwendungsbereich der EuInsVO 2015 aufgenommenen Verfahren müssen aber auch tatsächlich existieren. Hier kommt die RIRL ins Spiel, die den MS mit einem präventiven Restrukturierungsrahmen Mindeststandards zur Einführung entsprechender Verfahren vorgibt. Angeknüpft wird sowohl in der EuInsVO 2015 als auch der RIRL an einen vor-insolvenzlichen Zeitpunkt, der mit „Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz“ bzw. „*likelihood of insolvency*“ definiert wird (s dazu unten Pkt C 2.4).

Trotz oder vi *gerade* aufgrund der in Pkt 1.1 dargestellten Unterschiede zwischen den nationalen Regimen gab es auch schon vor der RIRL eine Vielzahl europäischer Harmonisierungsinitiativen im Bereich der Geschäftsleiterpflichten im Krisen- und Insolvenzzusammenhang (s dazu unten Pkt C 3). Erst mit der RIRL wurden aber tatsächlich und erstmals verbindliche Harmonisierungsvorgaben gemacht. Wie unten in Pkt C 7 gezeigt, scheinen diese zumindest teilweise an englische Konzepte wie etwa das *wrongful trading* oder den sog *shift of fiduciary duties* zu Gunsten der Gläubiger, aber auch an Vorarbeiten *UNCITRAL's* (dies bestätigt etwa eindrucksvoll die Gegenüberstellung in **Annex 6**) angelehnt. Konzepte, die der österr Rechtsmentalität auf den ersten Blick eher fremd erscheinen mögen. Konzepte, mit denen sich der österr Gesetzgeber aufgrund der RIRL aber auseinandersetzen muss.

¹⁷ Dies bestätigen auch die in Pkt B 9.2.2.2 dargestellten empirischen Studien.

¹⁸ *Konecny* in *Mayr* 973 (Rz 17.1).

¹⁹ VO (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 5. 2015 über Insolvenzverfahren (Neufassung), ABl L 141/19 (im Folgenden **EuInsVO 2015**).

1.3. Schnittstelle zwischen Insolvenz- und Gesellschaftsrecht

Die meisten der gegenständlich relevanten Fragen stellen sich zuallererst im Recht haftungsbeschränkter Rechsträger. Am meisten von einer erfolgreichen Sanierung profitieren dort oft die Anteilsinhaber; am meisten zu schützen gilt es idR die Interessen der Gläubiger. Nicht zuletzt dieser Gedanke steht auch hinter Konzepten wie dem englischen *shift of fiduciary duties* (s unten Pkt C 6.3). Einen Balanceakt zwischen den dargestellten Interessen zu finden, stellt nicht nur Geschäftsleiter, sondern auch Gesetzgeber vor Herausforderungen.

Wie bei allen Pflichtentatbeständen dürfen auch hier zivil- und schadenersatzrechtliche Grundprinzipien nicht aus den Augen verloren werden. Eine Auseinandersetzung mit Geschäftsleiterpflichten im Krisen- und Insolvenzzusammenhang bewegt sich aber auch stets an der Schnittstelle zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht. Das Verhältnis dieser beiden Rechtsbereiche rückt nicht zuletzt aufgrund einer immer dynamischeren Geschäftswelt vermehrt in den Fokus.²⁰ Auch in der gegenständlichen Arbeit zeigt sich, dass das Aufeinandertreffen dieser Rechtsmaterien oft zu besonderen Herausforderungen führt, deren Lösung einer sorgfältigen Abwägung der jeweils entscheidenden Wertungen bedarf. Weil diese Wertungen im Einzelfall doch sehr unterschiedlich sein können, mögen diese beiden Materien schon einmal wie „zwei eifersüchtige Schwestern unter gemeinsamem Dach“ erscheinen.²¹ Das daraus entspringende Spannungsverhältnis wird sich wie ein roter Faden durch die gesamte Arbeit ziehen. Mit *K. Schmidt* bleibt nur noch zu sagen: „Juristenherz, was willst du mehr“!²²

2. Untersuchungsgegenstand

2.1. Pflichten bei wahrscheinlicher Insolvenz

Die RIRL und der darin enthaltene präventive Restrukturierungsrahmen haben in Art 19 (Pflichten der Unternehmensleitung bei einer wahrscheinlichen Insolvenz) ausdrücklich auch mit präventiver Restrukturierung zusammenhängende Organpflichten in den Mittelpunkt der Diskussion gestellt. Auch an anderer Stelle der RIRL werden Organpflichten direkt oder indirekt berührt (s insb Pkt 2.2), jedoch dreht sich die gegenständliche Untersuchung im Kern zuallererst um Art 19.

²⁰ Vgl schon den Themenschwerpunkt: Insolvenz- und Gesellschaftsrecht in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2008 (2009), die Aufarbeitung des Verhältnisses zwischen Insolvenzanfechtung und gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen in *Trenker*, Insolvenzanfechtung, aber auch die jüngst ergangene OGH-Rsp zum gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverbot (s dazu noch ausf unten Pkt B 7) oder zu Aufgriffsrechten in der *Gesellschafterinsolvenz* (OGH 6 Ob 64/20k NZ 2021, 36 [*Brugger*]).

²¹ *K. Schmidt*, ZIP 2018, 853 (853).

²² *K. Schmidt*, JBl 2000, 477 (478) in seiner Auseinandersetzung mit der Insolvenzverschleppungshaftung zwischen Gesellschafts-, Insolvenz- und Zivilrecht.

Nach Art 19 RIRL soll die Unternehmensleitung bei einer wahrscheinlichen Insolvenz mindestens Folgendes gebührend berücksichtigen:

- lit a) die Interessen der Gläubiger, Anteilsinhaber und sonstiger Interessenträger,
- lit b) die Notwendigkeit, Schritte einzuleiten, um eine Insolvenz abzuwenden, und
- lit c) die Notwendigkeit, vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten zu vermeiden, das die Bestandsfähigkeit²³ des Unternehmens gefährdet.

Im Kontext dieser Arbeit werden diese Pflichten noch als „Pflicht zur Interessenberücksichtigung“, „Pflicht zur Insolvenzabwendung“ und „Pflicht zur Sicherstellung der Bestand(s)fähigkeit“ bezeichnet werden (s dazu noch unten Pkt C 2.9 sowie Pkt D 7).

Die in Art 19 RIRL gemachten Vorgaben finden sich auch in § 1 Abs 3 ReO ähnlich, aber in etwas abgewandeltem Wortlaut wieder (s dazu unten Pkt D 7). Die Untersuchung von Art 19 RIRL und die Analyse der in der ReO erfolgten Umsetzung werden den meisten Raum in dieser Arbeit in Anspruch nehmen. Dabei werden mithilfe einer umfassenden Aufarbeitung der europäischen Gesetzgebung (s sogleich Pkt 4.2) insb folgende Aspekte untersucht werden:

- (a) Welche Wertungen stehen hinter den in Art 19 RIRL vorgesehenen Pflichtenvorgaben?
- (b) Was bedeuten die in Art 19 verwendeten Begriffe „Unternehmensleitung“, „wahrscheinliche Insolvenz“ und die einzelnen Pflichtentatbestände? Dabei wird neben dem Pflichteninhalt insb auch ein Schwerpunkt auf den Begriff der wahrscheinlichen Insolvenz gelegt, an diesen nicht nur Art 19, sondern generell der Zugang zum präventiven Restrukturierungsrahmen geknüpft ist.
- (c) Ist die durch das RIRUG und insb § 1 Abs 3 ReO erfolgte Umsetzung richtlinienkonform? Dies wird insb in Gegenüberstellung zu den bereits vor Einführung der ReO bestehenden, vor-insolvenzlichen und iW gesellschaftsrechtlichen Pflichten analysiert.
- (d) Sollten Zweifel an der Richtlinienkonformität (einzelner Aspekte) bestehen, werden schließlich Überlegungen zu einer Herstellung selbiger getätigt.

²³ In der RIRL (und auch im deutschen Recht) wird der Begriff der Bestandsfähigkeit mit einem „s“ geschrieben. Im österr Recht und insb auch in der österr Umsetzung der RIRL wird Bestandsfähigkeit hingegen ohne „s“ geschrieben. Soweit nicht explizit auf die RIRL oder deutsches Recht Bezug genommen wird, wird in der gegenständlichen Arbeit ebenso letztere Schreibweise (ohne „s“) verwendet.

2.2. Ruhen der Insolvenzantragspflicht

Art 7 RIRL ermöglicht Schuldern mit Hilfe eines Antrags auf Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen ein Moratorium, um einen Restrukturierungsplan in einer möglichst stabilen Lage verhandeln und umsetzen zu können (s dazu noch Pkt C 2.5). Nach Art 7 Abs 1 RIRL soll in dieser Phase eine nach nationalem Recht entstehende Verpflichtung zur Stellung eines Antrags auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens *ruhen*. Infolge dieser Vorgabe soll auch gem § 24 Abs 1 ReO die an die Überschuldung geknüpfte Insolvenzantragspflicht während einer Vollstreckungssperre ruhen. Weiters knüpft § 25 Abs 1 ReO daran gewisse Haftungserleichterungen für Organe.

Auch hier werden infolge einer Aufarbeitung der europäischen Gesetzwerdung insb folgende Aspekte untersucht werden:

- (a) Welche Wertungen stehen hinter Art 7 Abs 1 RIRL?
- (b) Ist die durch das RIRUG und insb §§ 24 Abs 1, 25 Abs 1 ReO erfolgte Umsetzung richtlinienkonform? Dies wird insb in Gegenüberstellung zu den bereits vor Einführung der ReO bestehenden, an die materielle Insolvenz des Schuldners geknüpften Pflichten analysiert.
- (c) Sollten Zweifel an der Richtlinienkonformität (einzelner Aspekte) bestehen, werden schließlich Überlegungen zu einer Herstellung selbiger getätigt.

2.3. Fokus auf Geschäftsleiter von GmbH und AG

Sowohl in der RIRL als auch der ReO wird der Begriff der „Unternehmensleitung“ verwendet. In dieser Arbeit wird zwar ebenso untersucht, was unter diesem Begriff zu verstehen ist, inhaltlich wird aber der Fokus auf GmbH-Geschäftsführer und AG-Vorstände gelegt (im Folgenden, angelehnt an den in § 84 Abs 1 AktG verwendeten Terminus, gemeinsam **Geschäftsleiter** bzw **Geschäftsleitung**). Einerseits folgt dies aus deren praktischer Relevanz und der notwendigen Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands. Andererseits legt eine Detailanalyse der RIRL aber auch nahe, dass die EU bei den Pflichten der Unternehmensleitung *gerade* Entscheidungsträger haftungsbeschränkter Rechtsträger vor Augen hatte (s dazu noch unten Pkt C 7.1). Wenn in dieser Arbeit dennoch der Begriff Unternehmensleitung verwendet wird, erfolgt dies somit weitestgehend iZm der (Entstehung der) RIRL und der ReO.

Potentiell ebenso unter den Begriff „Unternehmensleitung“ fallende Leitungsorgane anderer Unternehmensformen (wie etwa Personengesellschaften, Einzelunternehmen etc) und generell Pflichten anderer Gesellschaftsorgane (insb Aufsichtsräte) sind daher nicht Teil des

Untersuchungsgegenstands. Dasselbe gilt für Spezialaspekte wie eine mögliche faktische Geschäftsleitung,²⁴ Fragen zu Kollegialorganen, Vertretungsfragen etc.

2.4. Ausgeklammerte Aspekte

Untersucht werden ausschl die zuvor in den Pkten 2.1 u 2.2 genannten Aspekte und in diesem Zusammenhang zu behandelnde Fragestellungen.

Die RIRL enthält großteils eher allgemein gehaltene Regelungen zum Inhalt der Pflichten der Unternehmensleitung. In der Praxis äußerst relevante Aspekte wie etwa die Folgen von Pflichtverletzungen, Beweislast, Schadensberechnung oder Verjährung werden nicht adressiert. Auch aus Platzgründen sind daher diese und ähnliche Aspekte aus dem Untersuchungsgegenstand ebenso ausgeklammert, jedoch wird vereinzelt wo erforderlich dennoch auf diese Bezug genommen. Dasselbe gilt für das Verhältnis der Pflichten der Unternehmensleitung zum Zugang zu einer Entschuldung nach Titel III der RIRL.

Schließlich werden in der Praxis ebenso relevante Aspekte wie gesellschaftsrechtliche Sonderpflichten (zB Berichts-, Einberufungs- oder Buchführungspflichten), verfahrensrechtliche Pflichten (va Mitwirkungs- und Informationspflichten), strafrechtliche Pflichtentatbestände,²⁵ weitere verwandte Themen (*culpa in contrahendo*, steuer- und sozialversicherungsrechtliche Bestimmungen, kapitalmarktrechtliche Pflichten, Anfechtungsrecht, Disqualifikation/Berufsverbote und ähnliches) oder auch allfällige aufgrund des Anstellungs- bzw Auftragsverhältnisses vertraglich geschuldete Organpflichten weitestgehend vom Untersuchungsgegenstand ausgeklammert.

3. Relevanz der Arbeit

Aufgrund der umfassenden Umsetzungsarbeiten iZm der RIRL und der kurz vor Fertigstellung dieser Arbeit in Kraft getretenen ReO sollte sich die Relevanz dieser Arbeit grds bereits aus deren Aktualität ergeben. Neben der Bedeutung präventiver Restrukturierungsinitiativen steht auch die Rolle der handelnden Organe im Mittelpunkt. *Mohr* betonte mit Hinweis auf die in der RIRL vorgesehenen Frühwarnsysteme völlig zutr, dass bei der RL-Umsetzung ein „entscheidender Faktor“ sein werde, „ob Schuldner die Chancen einer Restrukturierung erkennen und nützen werden.“²⁶ Andere bezeichneten Art 19 RIRL gar als die „geheime Schlüsselnorm“ der RIRL.²⁷ Die Geschäftsleiter, deren

²⁴ Zu deren Rolle insb auch im Insolvenzzusammenhang s jüngst *Koppensteiner*, RdW 2020, 498 (insb 500 f) sowie OGH 19. 5. 2021, 17 Ob 5/21s (zur GmbH).

²⁵ Dass Wirtschaftsstrafdelikte im letzten Jahrzehnt nicht gerade weniger wurden, zeigt etwa die Wirtschaftspresse, wo zu lesen war: „Vorstände begreifen nur langsam, dass das Problem künftig nicht ‚Haftung‘, sondern ‚Haft‘ heißen wird“ (*Preuschl*, BAWAG reloaded – der neue Trend im Strafrecht, Wirtschaftsblatt 4. 3. 2010); s zur strafrechtlichen Aspekten iZm der Insolvenzverschleppung auch *Jaufer*, Unternehmen³ 186 ff.

²⁶ *Mohr* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer* 15 (39).

²⁷ *D. Fritz*, BB 2019, 513 (513) (noch bezugnehmend auf den ursprünglich von der EK gemachten Formulierungsvorschlag) (*Fritz* war Mitglied der privaten Expertengruppe, welche die EK iZm der RL-Initiative beraten hat, s dazu noch unten Pkt C 4.3.2).

Mut als zentrale Player der Restrukturierung verlangt werde, müssten durch eine funktionierende Umsetzung auch „belohnt“ werden.²⁸

Wie sich in dieser Arbeit zeigen wird, wurde Art 19 RIRL im Zuge des europäischen Gesetzwerdungsprozesses (teils heftig) kritisiert und vielfach wurde gefordert, auf ihn zu verzichten oder ihn zumindest anzupassen. Tatsächlich wurde er zwischenzeitlich aufgrund „vehementen Kritik“ sogar gestrichen.²⁹ Hauptpunkt der Kritik war, dass die in den einzelnen MS bestehenden Regelungen *gerade* in diesem Bereich sehr unterschiedlich seien und eine Harmonisierung insb auch Eingriffe in komplexe und verschränkte Rechtsmaterien wie Insolvenz-/Gesellschafts-/Unternehmens-/Zivil-, aber auch Strafrecht erfordere (s dazu insb unten Pkt C 4.3.4.4). *Gerade* Anstregungen in einer solch mehrdimensionalen, zum Nachdenken zwingenden Materie können aber auch zu überaus bedeutsamen Folgen praktischer und rechtspolitischer Art führen.³⁰

Der in Pkt 2 dargestellte Untersuchungsgegenstand und die daraus erzielten Erkenntnisse können daher sowohl für die Wissenschaft als auch die Praxis bedeutsam sein.

4. Methodik und Gang der Untersuchung

4.1. Analyse des bestehenden Pflichtenregimes

In Pkt B dieser Arbeit erfolgt eine umfassende Bestandsaufnahme zum bis zum Inkrafttreten des RIRUG bestehenden österr Pflichtenregime für Geschäftsleiter im Krisen- und Insolvenzzusammenhang. Dieses bildet das Fundament für die weitere Untersuchung. Dabei werden die einzelnen Pflichtentatbestände auf Basis bestehender Rsp und Lit kompakt, aber aufgrund der Vielzahl der Tatbestände dennoch in gebotener Länge dargestellt. Nachdem Art 19 RIRL wie sich zeigen wird eine Vielzahl allgemeiner gesellschaftsrechtlicher Grundprinzipien wie das unternehmerische (Leitungs-)Ermessen, die *Business Judgement Rule*, Treuepflichten und ähnliches berührt, darf in dieser Arbeit auch eine Analyse der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Pflichtenregelungen nicht fehlen (s dazu Pkt B 2). Wo erforderlich, wird auch auf Rsp und Lit aus Deutschland Bezug genommen.

Abgerundet wird diese Bestandsaufnahme durch eine im ersten Halbjahr 2019 durchgeführte empirische Befragung von insgesamt 107 österr Insolvenzverwaltern, aus der mE sehr aufschlussreiche Aussagen und Erkenntnisse zum bestehenden Pflichtenregime gewonnen werden konnten. Die Methodik und die Ergebnisse dieser Studie werden im Detail in Pkt B 9) behandelt und fließen auch in die Analyse des RIRUG und der ReO mit ein.³¹

²⁸ D. Fritz/Scholtis, BB 2019, 2051 (2056 f).

²⁹ Mohr, INDat Report 8/2018, 20 (29).

³⁰ K. Schmidt, JBl 2000, 477 (478).

³¹ Die wesentlichsten Ergebnisse der Studie wurden bereits in Wabl, ZIK 2019, 178, sowie international in ders in Gant 206, veröffentlicht.

In der empirischen Befragung wurden insb folgende Aspekte zum bestehenden österr Pflichtenregime untersucht:

- (a) Bestandsaufnahme zur Verletzung krisenbedingter Pflichten
- (b) Sind die bestehenden krisenbedingten Geschäftsleiterpflichten geeignet, um frühzeitiges Handeln zu fördern?
- (c) Sind die bestehenden krisenbedingten Geschäftsleiterpflichten geeignet, entstandene Nachteile (insb für die Gläubiger) wiedergutzumachen?
- (d) Wie soll Art 19 RIRL in das österr Recht umgesetzt werden?

4.2. Analyse europäischer Harmonisierungsinitiativen

In Pkt C erfolgt eine umfassende Aufarbeitung relevanter europäischer Harmonisierungsinitiativen im Kontext des Insolvenzrechts, wobei eingangs in Pkt C 2 der Rahmen durch einen kompakten Überblick zur verabschiedeten RIRL gesteckt wird. Da die EU die Harmonisierung von Geschäftsleiterpflichten zuerst im Bereich gesellschaftsrechtlicher Initiativen diskutierte, wird in Pkt C 3 auch auf diese kurz eingegangen. Da die RIRL Teil einer weitergehenden Initiative zur Modernisierung des Insolvenzrechts in der EU ist, zu der auch die EuInsVO 2015 gehört, ist auch letztere kompakt zu analysieren (Pkt C 4.2). Dabei wird sich zeigen, dass insb für die Bedeutung des Begriffs der wahrscheinlichen Insolvenz eine gesamthafte Betrachtung hilfreich bzw geboten ist. Schließlich erfolgt in Pkt C 4.3 eine umfassende Analyse der Entstehung und Verabschiedung der relevanten Bestimmungen der RIRL.

Der europäischen Gesetzgebung wird dabei bewusst viel Raum gegeben. Erst dadurch zeigen sich mE die umfassenden Erwägungen des RIRL-Gesetzgebers und gleichzeitig die iZm einer Harmonisierung von Geschäftsleiterpflichten zwangsläufig verbundenen, und bis zuletzt für Diskussionen sorgenden Herausforderungen.

Bei der Untersuchung wird auf die klassischen Auslegungsmethoden der grammatikalischen, systematischen, historischen und teleologischen Auslegung zurückgegriffen.³² Begriffe des Gemeinschaftsrechts sind dabei nach stRsp des EuGH grds aus sich selbst heraus und daher autonom und ohne Rückgriff auf die Rechtsvorschriften der MS auszulegen.³³ Auslegungshilfe und Leitschnur bieten zuallererst die gem Art 296 Abs 2 AEUV verpflichtend in Rechtsakte aufzunehmenden Begründungen, die auf die im Gesetzwerdungsprozess einzuholenden Vorschläge, Initiativen, Empfehlungen, Anträge oder Stellungnahmen Bezug zu nehmen haben.³⁴ Inwieweit die idR umfassenden

³² Zu alldem *Heinrich*, ÖJZ 2011, 1068 (1069 ff mwN).

³³ Vgl etwa EuGH 69/79, *Jordens-Vosters/Bedrijfsvereniging voor de Leder- en Lederverwerkende Industrie*, ECLI:EU:C:1980:7; EuGH C-296/95, *EMU Tabac ua/Commissioners of Customs and Excise*, ECLI:EU:C:1998:152; EuGH C-426/05, *Tele2 Telecommunication/Telekom-Control-Kommission*, ECLI:EU:C:2008:103; s generell zur Auslegung europäischer Sekundärrechtsakte *Heinrich*, ÖJZ 2011, 1068.

³⁴ *Vcelouch* in *Jaeger/Stöger IV*¹⁹⁶. Lfg Art 296 AEUV Rz 12.

Vorarbeiten und Mat bei der Auslegung tatsächlich zu berücksichtigen sind, ist daher im Einzelfall zu prüfen.³⁵ Im Bereich der Geschäftsleiterpflichten zeigt sich aus der Gesetzwerdung, dass insb auch Aspekte aus dem englischen Recht³⁶ (s unten Pkt C 6) sowie relevante Vorarbeiten von *UNCITRAL* (s unten Pkt C 5) sehr wahrscheinlich prägend für die in der RIRL enthaltenen Bestimmungen waren. Für ein umfassendes Verständnis der RL-Vorgaben und eine Bewertung von Umsetzungsarbeiten darf daher auch ein Blick auf diese Aspekte nicht fehlen. Ob diese als „Vorbildrecht“ bei der Auslegung mitzubersichtigen sein können, ist vor dem Hintergrund des zuvor genannten Grundsatzes der unionsautonomen Auslegung zu prüfen.³⁷

Aufgrund einer bei europäischen Rechtsakten oft zu beobachtenden gewissen begrifflichen Inkonsistenz ist es schließlich umso wichtiger, dass bei der Auslegung *alle* Sprachfassungen als gleichrangig anzusehen und daher auch alle sprachlichen Fassungen zu berücksichtigen sind.³⁸

4.3. Analyse der Umsetzung durch das RIRUG

In Pkt D wird auf Basis der bis dahin gewonnenen Erkenntnisse die im RIRUG erfolgte Umsetzung in den relevanten Aspekten analysiert. Die Analyse behandelt einerseits die Richtlinienkonformität der relevanten Bestimmungen nach den Vorgaben des europäischen Rechts für die Umsetzung von Sekundärrechtsakten (s zuvor Pkt 4.2). Andererseits wird die Praxistauglichkeit der relevanten Bestimmungen kritisch analysiert, wofür insb auch ein Vergleich zur bereits Anfang 2021 in Kraft getretenen deutschen Umsetzung der RIRL gezogen wird.

Die Umsetzung durch das RIRUG wird auch vor dem Hintergrund des *effet utile* Grundsatzes bewertet, wonach die MS bei der Wahl der Umsetzungsakte jene Schritte zu setzen haben, die zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts am besten geeignet sind.³⁹ Generell sind die MS bei der Auswahl von Form und Mittel der Umsetzung frei.⁴⁰ Ein bloßer Verweis auf das Unionsrecht genügt für die RL-Umsetzung zwar regelmäßig nicht,⁴¹ die Umsetzungspflicht verlangt aber auch nicht zwingend eine förmliche und wörtliche

³⁵ Äußerungen und Stellungnahmen von EU-Organen sind für die Ermittlung des Gesetzgeberwillens grds nur dann bedeutsam, wenn sie im Sekundärrechtsakt selbst genannt sind (insb in den Erläut gem Art 296 Abs 2 AEUV); s dazu *Heinrich*, ÖJZ 2011, 1068 (1070 f mwN).

³⁶ Wenn im Rahmen dieser Arbeit von englischen Konzepten bzw vom englischen Regelwerk gesprochen wird, sind die für England und Wales gültigen Regeln gemeint, die gemeinsam mit dem nordirischen und dem schottischen Regelwerk (die beide teilweise vom englischen Recht abweichen) gesammelt das Regelwerk des Vereinigten Königreichs bilden.

³⁷ Siehe auch *Heinrich*, ÖJZ 2011, 1068 (1070 f).

³⁸ EuGH 29/69, *Stauder/Stadt Ulm*, ECLI:EU:C:1969:57; *Heinrich*, ÖJZ 2011, 1068 (1070 mwN); s zur begrifflichen Inkonsistenz iZm einer EU-weiten Diskussion zu einem harmonisierten „wrongful trading“-Modell bereits *Bachner*, GesRZ 2007, 410 (410 f); solche Inkonsistenzen waren und sind wie insb in Pkt C gezeigt auch gegenständlich zu beobachten.

³⁹ *Vcelouch* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV (2017) Art 288 AEUV Rz 37; EuGH 48/75, *Royer*, ECLI:EU:C:1976:57; EuGH C-463/11, *L/M*, ECLI:EU:C:2013:247.

⁴⁰ *Vcelouch* in *Jaeger/Stöger* IV¹⁹⁷. Lfg Art 288 AEUV Rz 49.

⁴¹ EuGH C-96/95, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:1997:165.

Umsetzung in einer ausdrücklichen, besonderen Gesetzesvorschrift. Im Einzelfall reicht auch ein allgemeiner rechtlicher Rahmen⁴² oder eine Generalklausel⁴³ aus, sofern die Verwirklichung der Ziele gewährleistet ist. Wenn das nationale Recht bereits den RL-Vorgaben entspricht, bedarf es keinerlei gesetzlicher Aktivitäten, es sei denn, die RL fordert dies ausdrücklich anders.⁴⁴

4.4. Schlussteil

In Pkt E folgt schließlich ein Fazit, das von einer Zusammenfassung der Ergebnisse abgerundet wird.

⁴² EuGH 363/85, *Kommission/Italien*, ECLI:EU:C:1987:196, Rn 7; einschränkend EuGH C-96/95, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:1997:165, Rn 35 f.

⁴³ EuGH 163/82, *Kommission/Italien*, ECLI:EU:C:1983:295, Rn 9.

⁴⁴ EuGH C-137/96, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:1997:566, Rn 8.

B. BESTEHENDES PFLICHTENREGIME IN ÖSTERREICH

1. Vorbemerkung

1.1. Einleitendes zu Geschäftsleiterpflichten im Krisenzusammenhang

Bis in die 2000er Jahre fanden sich vergleichsweise wenige OGH-E, die sich mit der Haftung von Geschäftsleitern befassten.⁴⁵ Mittlerweile ist die Zahl zwar gestiegen, bedenkt man die zentrale Rolle von Geschäftsleitern und deren Entscheidungen im Vertrags- und Geschäftsverkehr, scheint dies dennoch überraschend. Ein Grund dafür mag sein, dass Haftungsansprüche tatsächlich meistens nur entweder im Krisen- bzw Insolvenzfall sowie alternativ im Falle von Geschäftsleiter- oder vielmehr Eigentümerwechseln untersucht und auch geltend gemacht werden.⁴⁶ Veröffentlichte statistische Daten über die Zahl von Haftungsprozessen existieren in Österreich bis dato nicht.⁴⁷

Gerade die bereits angesprochene, gegenständlich sehr relevante Schnittstelle zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht zeigt, dass Pflichten und Haftungsfragen nicht isoliert gesehen werden dürfen, sondern im Gesamtkontext zu sehen sind. Im normalen, „gesunden“ Geschäftsgang zur Verfügung stehende alternative „Sanktionsmöglichkeiten“ der Gesellschaft wie etwa Bonus-Kürzungen, nicht vollzogene Vertragsverlängerungen, Abberufungen mit gleichzeitiger Beendigung des dienstrechtlichen Verhältnisses oder Vorenthaltung der Entlastung funktionieren im Krisenzusammenhang idR nur bedingt. Es fehlt an Zeit und Handlungsspielraum.⁴⁸

Gerade in der Krise muss man sich daher auf das bestehende Pflichtenregime und damit zusammenhängende Ersatzansprüche verlassen (können). In dieser Phase zeigen insb die kapitalgesellschaftrechtlichen Grundprinzipien der Haftungskanalisation bzw Haftungskonzentration und der Innenhaftung ihre Bedeutung (s dazu noch ausf unten Pkt 2.1.3). Dieser indirekte, über das Gesellschaftsvermögen abgewinkelte Vermögensschutz der Anteilsinhaber und insb der Gläubiger zeigt seine Vorzüge *va* im Falle der Insolvenz und des dort zentralen Grundsatzes der *par condicio creditorum*.⁴⁹ Bei einer unmittelbaren Haftung der Organe insb gegenüber Gesellschaftsgläubigern (Außenhaftung) kann genau dieses Konzept gefährdet sein. Dennoch wird das Konzept der Haftungskanalisation in gewissen Fällen durchbrochen. Der gegenständlich relevanteste

⁴⁵ Siehe nur Kalss, GesRZ 2014, 159 (159).

⁴⁶ So auch J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 19.

⁴⁷ Siehe dazu auch J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 19. Bis zu der als Teil dieser Arbeit erstellten empirischen Studie (s unten Pkt B 9) gab es in Österreich auch keine veröffentlichten empirischen Daten zum Verhalten von Geschäftsleitern im Krisenzusammenhang.

⁴⁸ Kalss, GesRZ 2014, 159 (159 f).

⁴⁹ Dazu ausf Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager² 1145 (1147 f); Kalss in Artmann/Rüffler/U. Torggler 73 (74).

Fall ist die Insolvenzantragspflicht des § 69 Abs 2 IO, die gem Abs 3 auch für die organschaftlichen Vertreter juristischer Personen gilt (s dazu unten Pkt 6).⁵⁰

Der im Folgenden dargestellte Pflichtenkanon stellt Geschäftsleiter in der Praxis oft vor große Herausforderungen.⁵¹ Der idR anzulegende Beurteilungsmaßstab ist nach absolut hA eine ex ante und daher vorausschauende Betrachtung, die ohne die Weisheit des Rückblicks auskommen soll und muss.⁵² Auch der OGH stellt ausdrücklich klar, dass in Haftungsprozessen sog „Rückschäufehler“ zu vermeiden sind.⁵³ In der Praxis werden Geschäftsleiter diesen sog *hindsight bias* dennoch oft nur schwer los.⁵⁴ Diskussionen in Fachkreisen und die Wahrnehmung der Betroffenen (insb in medienwirksamen Verfahren jüngerer Zeit) monieren nicht zuletzt deswegen die Strenge und Unberechenbarkeit der Regelungen und deren Anwendung durch die Gerichte und Behörden.⁵⁵

Neben den dargestellten Aspekten ist schließlich auf rein faktischer Ebene auch bedeutsam, ob den Geschäftsleitern (va kleinerer und mittlerer Unternehmen) die kodifizierten Pflichten überhaupt bekannt sind.⁵⁶ Nicht zuletzt aufgrund der angesprochenen „Zahnlosigkeit“ alternativer Sanktionsmöglichkeiten in der Krise ist schließlich die präventive Bedeutung von Geschäftsleiterpflichten von großer Bedeutung.⁵⁷

Im Folgenden werden die im Krisenzusammenhang relevanten Pflichtentatbestände kompakt dargestellt. Vor dem Hintergrund der durch die RIRL aufgeworfenen Fragen scheint jedoch ein breiterer Blick auf das bestehende Pflichtenregime geboten, der insb auch eine einleitende Auseinandersetzung mit gesellschaftsrechtlichen Grundprinzipien iZm der allgemeinen Sorgfaltspflicht miteinschließt.

1.2. Einschränkungen

Wie bereits einleitend dargestellt, beschränkt sich diese Arbeit auf die Pflichten österr GmbH-Geschäftsführer und AG-Vorstände. Dennoch ist zu betonen, dass viele der für diese geltenden Grundsätze sich analog auch auf die Geschäftsführungstätigkeit von Organen

⁵⁰ Dazu auch *Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1149 f). Durch § 69 Abs 5 IO soll aber auch in solchen Fällen die Gläubigergleichbehandlung weitestgehend sichergestellt werden (s unten Pkt 6.4).

⁵¹ *Riel*, Die Presse – Recht 2017/31, spricht auch von einem „Haftungsdschungel“.

⁵² Für alle *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 110; *Kalss in MüKo AktG I*⁵ § 93 Rz 375; s dazu noch im Detail unten Pkt 2.2.2.

⁵³ OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.1 aE (zum AR einer AG); s dazu auch *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 110.

⁵⁴ Siehe nur *Gassner/Wabl*, *ecolex* 2018, 908 (912); ausf zur Relevanz des *hindsight bias gerade* bei unternehmerischen Entscheidungen, bei denen ein besonderes Maß an *ex-ante*-Unsicherheit besteht, *Kebekus/Zenker in FS Georg Maier-Reimer* 319 (322 f); generell zu diesem Phänomen aus psychologischer und empirischer Sicht auch *Strohmaier/Pluut/van den Bos/Adriaanse/Vriesendorp*, JASP 2021, 141 (141 ff).

⁵⁵ *Kalss*, GesRZ 2014, 159 (159).

⁵⁶ So auch *C. Fritz/Schauer*, SWK-Spezial (2009) 242 f; s dazu auch die Ergebnisse der unten in Pkt B 9 dargestellten empirischen Studie.

⁵⁷ *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 19; s dazu auch die Ergebnisse der empirischen Studie in Pkt B 9.

anderer juristischer Personen, zB jene der Privatstiftungsvorstände, anwenden lassen.⁵⁸ Die praktische Bedeutung dieser Arbeit sollte sich somit nicht auf österr GmbH und AG beschränken.

Viele der im Folgenden dargestellten Aspekte wurden in der Lit bereits umfassend diskutiert und zu Vielem besteht auch schon gefestigte Rsp. Diese Arbeit beschränkt sich auf diejenigen Fragen, die sich iZm der RIRL (insb Art 19 und Art 7) sowie der ReO (insb § 1 Abs 3 sowie §§ 24 Abs 1, 25 Abs 1 u 2) zuallererst aufdrängen. Dies betrifft insb Fragen zum Zeitpunkt des Pflichteneintritts sowieso zum Pflichteninhalt. Auf Spezialaspekte wie etwa den geforderten Verschuldensmaßstab, Schadensberechnung, Aktiv- und Passivlegitimation sowie Beweislast- oder Verjährungsfragen kann aus Platzgründen nicht in sämtlichen Details eingegangen werden. Dasselbe gilt für in der Praxis äußerst relevante Fragen iZm Konzernen und Unternehmensgruppen. Wo es für die Argumentation dienlich bzw geboten ist, werden diese Aspekte aber vereinzelt ebenso thematisiert.

2. Allgemeine Sorgfaltspflicht

2.1. Telos

2.1.1. Generell

Die Grundprinzipien der in § 25 Abs 1 GmbHG bzw § 84 Abs 1 AktG geregelten allgemeinen Sorgfaltspflicht für Geschäftsführer und Vorstände sind dieselben. Diese „Ecksäulen“ der gesellschaftsrechtlichen Haftungsverfassung⁵⁹ bilden die Zentralnormen für die zivilrechtliche Innenhaftung, also die Haftung von Geschäftsleitern gegenüber der von ihnen geleiteten Gesellschaft.⁶⁰

Die genannten Haftungstatbestände bestehen seit Einführung der jeweiligen Gesetze mehr oder weniger unverändert.⁶¹ Mit Ausnahme der durch das StRÄG 2015⁶² (formell in Kraft seit 1. 1. 2016) in Abs 1a eingefügten *Business Judgement Rule* (im Folgenden **BJR**)⁶³ wurde an § 25 GmbHG seit Inkrafttreten des GmbHG im Jahre 1906 nichts geändert. Die Bestimmung orientiert sich an der deutschen Parallelbestimmung des § 43 dGmbHG, die wiederum vom historischen Gesetzgeber des Jahres 1892 in Anlehnung an die Vorschriften über die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder in Aktiengesellschaft und

⁵⁸ Siehe etwa OGH 6 Ob 160/15w ZfS 2016, 58 (*Karollus*) zur BJR; ebenso *F. Hörlsberger* in FAH, GmbHG § 25 Rz 1; *Kalss* in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 383.

⁵⁹ *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 1 (Stand 1. 6. 2015, rdb.at) („Ecksäule der Haftungsverfassung der GmbH“).

⁶⁰ *F. Hörlsberger* in FAH, GmbHG § 25 Rz 1; zur Innenhaftung jüngst wieder OGH 6 Ob 209/20h wbl 2021, 346/97 (*Koppensteiner*) Pkt 2.1.

⁶¹ Zur GmbH s nur: *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 2 ff; zur AG s nur: *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 1 ff.

⁶² BGBl I 112/2015.

⁶³ Siehe dazu noch ausf unten Pkt 2.2.6. In der gegenständlichen Arbeit wird im Einklang mit den Mat (AB 728 BlgNR 25. GP 5, 7 f) die Schreibweise „*Judgement*“ verwendet (vereinzelt kommt dort und in der Lit aber auch die Schreibweise „*Judgment*“ vor).

Genossenschaft konzipiert wurde.⁶⁴ Ähnliches gilt für § 84 AktG, der ebenso auf deutsche Vorbildbestimmungen zurückgreift und bis auf die Einführung der BJR seit Einführung ebenso nahezu wortgleich blieb.⁶⁵

Haftungsbestimmungen wie die allgemeine Sorgfaltspflicht für Geschäftsführer und Vorstände dienen einerseits der Schadensprävention (verhaltenssteuernde Bedeutung)⁶⁶ und andererseits dem Schadensausgleich.⁶⁷ Durch die kapitalgesellschaftsrechtliche Normierung eines unmittelbar an die Organstellung anknüpfenden Haftungstatbestands wird die Haftung vom Anstellungsvertrag unabhängig gemacht.⁶⁸ Die Tatbestände des § 25 GmbHG und § 84 AktG sind nach hA zwingend und können nicht in Satzung bzw Gesellschaftsvertrag, Geschäftsordnung, Dienstvertrag oder in sonstiger Weise abgemildert werden.⁶⁹

Dass die Haftungsnormen indirekt auch gläubigerschützende Funktion haben, ergibt sich schon aus dem in § 25 Abs 5 GmbHG bzw § 84 Abs 5 AktG festgeschriebenen Gläubigervorbehalt (s dazu noch unten Pkt 2.4.2). Auch wenn diese Haftungsnormen mittelbar dem Schutz des Rechtsverkehrs dienen, sind sie aber *keine* Schutzgesetze für Gläubiger, Gesellschafter oder sonstige Dritte.⁷⁰ Vielmehr folgen die Sorgfaltspflichten dem Konzept der Innenhaftung und dienen der Verwirklichung der Haftungskanalisation über das Gesellschaftsvermögen (s dazu noch auf unten Pkt 2.1.3). Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der angedrohten Haftung (wie generell dem österr Schadenersatzrecht) *keine* Straf- bzw Sanktionsfunktion zukommt, sondern nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen „nur“ der entstandene Schaden zu ersetzen ist.⁷¹

2.1.2. Bedeutung des unternehmerischen Risikos

Trotz allem praktischen Erfordernis solcher Haftungsnormen ist eine zu strenge oder überzogene Haftung rechtspolitisch nicht wünschenswert.⁷² Schon die Mat zu § 84 AktG sprechen ausdrücklich davon, dass Vorstandsmitglieder der AG *keine* Erfolgshaftung treffen soll.⁷³ Bereits damals wurde erkannt, dass insb bei mittleren und größeren Unternehmen eine

⁶⁴ Dazu ausf Feltl/Told in Gruber/Harrer, GmbHG² § 25 Rz 3.

⁶⁵ Dazu ausf J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 1 ff

⁶⁶ Siehe nur Adensamer in Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 84 Rz 5.

⁶⁷ J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 12.

⁶⁸ J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 12.

⁶⁹ stRsp des OGH, jüngst 26. 8. 2020, 9 ObA 136/19v (zur GmbH); sowie hA, für alle: Adensamer in Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 84 Rz 1; J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 16.

⁷⁰ J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 14.

⁷¹ OGH 1 Ob 248/14y Zak 2015, 224 (Harrer): „Eine Sanktionsfunktion ist dem österreichischen Schadenersatzrecht (...) weitgehend fremd.“; siehe auch Feltl/Told in Gruber/Harrer, GmbHG² § 25 Rz 8 mit dem Hinweis, dass die in den USA anerkannten sog *punitive damages* hierzulande nicht anwendbar seien.

⁷² J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 37 (Stand 1. 6. 2015, rdb.at)

⁷³ Amtl Begründung zu § 84 AktG 1937, abgedruckt bei Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 655 Rz 1; dies entspricht der stRsp des OGH und gilt auch für GmbH-Geschäftsführer: RIS-Justiz RS0049459, jüngst OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.4 (zum AR einer AG), OGH 25. 11. 2020, 6 Ob 218/20g (zum GF einer GmbH)

persönliche Haftung der Organmitglieder auch individuell für die Organe existenzbedrohend sein kann (insb im Insolvenzfall der Gesellschaft). Eine zu scharfe Haftung würde demnach *keine* angemessene Sanktionierung darstellen und darüber hinaus auf die Organe hemmend wirken, ohne einen ins Gewicht fallenden Beitrag zum Schutz der Gesellschaft und zum Gläubigerschutz zu leisten.⁷⁴ Zu strenge Anforderungen führen demnach zu einem defensiven, risikoscheuen Verhalten, was weder im Interesse des Unternehmens noch im volkswirtschaftlichen Interesse liegen könne.⁷⁵ Das auch lt OGH zur Teilnahme am Geschäftsverkehr gehörende „spekulative Element“⁷⁶ darf und soll somit durch Pflichten- und Haftungsbestimmungen nicht zu sehr eingeschränkt werden. Das unternehmerische Risiko trägt die Gesellschaft⁷⁷ und riskante oder gewagte⁷⁸ Geschäfte gehören dazu, wobei die Grenze spätestens bei Verstößen gegen zwingende Rechtsvorschriften (insb strafrechtliche Normen) liegt.⁷⁹ Diesen Gedanken folgt auch das Konzept des unternehmerischen Ermessens, das vom Gesetzgeber durch die Kodifizierung der BJR noch einmal deutlicher unterstrichen wurde (s dazu noch auf unten Pkt 2.2.6).

2.1.3. Prinzip der Innenhaftung

Geschäftsleiter haben primär zum Wohle des Unternehmens zu handeln (s unten Pkt 2.2.5.2) und haften dementsprechend auch primär gegenüber selbigem (der Gesellschaft). Dies entspringt dem für das Kapitalgesellschaftsrecht *fundamentalen* Konzept der *Innenhaftung*,⁸⁰ durch welches auch das Prinzip der Haftungskanalisation bzw Haftungskonzentration über das Gesellschaftsvermögen verwirklicht wird.⁸¹ Die Haftungskonzentration soll dafür sorgen, dass Schadenersatzleistungen von Organmitgliedern den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern in gleicher Weise und daher insb *nicht* einzelnen Gläubigern zu Lasten aller übrigen zugutekommen.⁸² Gerade das zu verhindern hat die Einführung des Konzepts der Innenhaftung geprägt.⁸³ Die gesetzliche Ausgangslage sieht somit vor, dass Geschäftsleiter Dritten gegenüber *nicht* haften sollen, wenn und solange sie im Rahmen ihres

sowie OGH 8 ObA 109/20t GES 2021, 303 Pkt 3.1 (zum GF einer GmbH); so auch *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 19; *F. Hörlsberger* in *FAH*, GmbHG § 25 Rz 2; *Kalss* in *MüKo AktG I*⁵ § 93 Rz 420; *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 32 (Stand 1. 6. 2015, rdb.at).

⁷⁴ Amtl Begründung zu § 84 AktG 1937, abgedruckt bei *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 655 Rz 1; siehe auch *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 109.

⁷⁵ So schon die Amtl Begründung zu § 84 AktG 1937, abgedruckt bei *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 655 Rz 1: Eine reine Erfolgshaftung „würde nur zur Folge haben, dass die Verantwortungsfreudigkeit eines Vorstandsmitglieds erheblich herabgemindert und ihm jeder Mut zur Tat genommen wird. Der Gedanke der Erfolgshaftung hat daher auch in den Beratungen der Akademie für Deutsches Recht Ablehnung gefunden.“.

⁷⁶ Siehe nur OGH 6 Ob 59/00w wobl 2001, 87 (*Dirnbacher*).

⁷⁷ Jüngst OGH 8 ObA 109/20t GES 2021, 303 Pkt 3.1. (zum GF einer GmbH); für alle *F. Hörlsberger* in *FAH*, GmbHG § 25 Rz 9.

⁷⁸ So jüngst OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.4 (zum AR einer AG).

⁷⁹ *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 134.

⁸⁰ *Kalss* in *MüKo AktG I*⁵ § 93 Rz 415; *Koppensteiner*, GES 2015, 379 (379); *Lindner* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 707 (710 f).

⁸¹ *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 541.

⁸² *Koppensteiner*, GES 2015, 379 (380); *Kalss* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* 73 (73 ff).

⁸³ Siehe nur *Koppensteiner*, GES 2015, 379 (380).

gesellschaftsrechtlichen Verantwortungsbereichs agieren.⁸⁴ Dass eine direkte Haftung gegenüber Gläubigern auf Organe lähmend wirken und nicht dem Vorteil der Gesellschaft dienen kann, hat schon der historische Gesetzgeber des AktG erkannt.⁸⁵ Nach stRsp können Anteilseigner schließlich auch keine sog Reflexschäden durch einen mittelbaren Wertverlust ihrer Anteile direkt gegenüber der Geschäftsleitung geltend machen.⁸⁶

Direkte Ansprüche der Anteilsinhaber, Gläubiger oder sonstiger Dritter ergeben sich demnach nur bei Hinzukommen weiterer Umstände bzw wenn es dafür einen besonderen Rechtsgrund gibt.⁸⁷ Für eine persönliche Dritt- oder *Außenhaftung* des Geschäftsleiters muss die Verletzung einer *eigenen*, nicht nur der Gesellschaft obliegenden Pflicht vorliegen, was namentlich insb im Fall einer

- schuldhaften Verletzung eines Schutzgesetzes (zB § 69 Abs 2 IO iVm § 1311 ABGB) sowie einer gerichtlich strafbaren Handlung (zB §§ 146, 159 StGB etc),
- vom Geschäftsleiter *neben* der Gesellschaft selbst rechtsgeschäftlich eingegangenen Verpflichtung, aber auch wenn er ein besonderes persönliches Vertrauen des Gläubigers in Anspruch genommen hat und die Vertragsverhandlungen dadurch beeinflusst wurden oder bei Handeln des Geschäftsleiters in wirtschaftlichem Eigeninteresse,⁸⁸
- ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung (zB § 56 Abs 3 GmbHG, § 227 Abs 1 AktG, § 9 BAO, § 67 Abs 10 ASVG etc) oder
- vorsätzlichen sittenwidrigen Gläubigerschädigung (§ 1295 Abs 2 ABGB),⁸⁹

anzunehmen ist.⁹⁰

Der Umstand, dass jeder Geschäftsleiter grds ein gewisses eigenwirtschaftliches Interesse am Bestehenbleiben des von ihm geleiteten Unternehmens hat, reicht für eine Eigenhaftung

⁸⁴ OGH 8 Ob 62/16z RWZ 2016, 350 (*Wenger*) (zur GmbH) mit Verweis auf *Koppensteiner*, GES 2015, 379 (379 f); ebenso *F. Hörlsberger* in FAH, GmbHG § 25 Rz 31.

⁸⁵ Siehe die Mat zu § 84 AktG abgedruckt bei *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 856 f, wo die Einschränkung des § 84 Abs 5 AktG (s dazu noch unten Pkt 2.4.2) auf gröbliche Verletzungen der gebotenen Sorgfalt gerade damit begründet wird; s dazu auch *Koppensteiner*, GES 2015, 379 (380 insb FN 4).

⁸⁶ Zur AG: RIS-Justiz RS0117571 sowie OGH 3 Ob 288/02b ecolex 2004/18 (*Völkl*); OGH 2 Ob 591/94 ecolex 1996, 527, 538 FN 62 (krit *Hügel*) = RdW 1995, 132 (*C. Nowotny*); zur GmbH: RIS-Justiz RS0023933 sowie RS0059432 („Nachteile im Vermögen der Gesellschafter, die lediglich den Schaden der Gesellschaft reflektieren, gewähren dem Gesellschafter auf keinen Fall direkten deliktischen Schutz gegenüber dem Geschäftsführer“; jüngst wieder bestätigt in OGH 6 Ob 209/20h wbl 2021, 346/97 [*Koppensteiner*] Pkt 2.1.); ebenso OGH 1 Ob 617/91 JBl 1992, 444 (*Ostheim*); OGH 11. 9. 1997, 6 Ob 244/97v (unter Hinweis auf die AG); OGH 6 Ob 41/18z GesRZ 2018, 346 (*Bauer*); *F. Hörlsberger* in FAH, GmbHG § 25 Rz 32; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 100, 101 Rz 11; *Saurer* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² §§ 100, 101 Rz 11, 16.

⁸⁷ *Koppensteiner*, GES 2015, 379 (380).

⁸⁸ RIS-Justiz RS0019726.

⁸⁹ Dazu auch OGH 1 Ob 562/92 wbl 1992, 333.

⁹⁰ Eine gute Übersicht bietend OGH 8 Ob 62/16z RWZ 2016, 350 (*Wenger*); ausf *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 260 ff (Stand 1. 6. 2015, rdb.at); *F. Hörlsberger* in FAH, GmbHG § 25 Rz 31.

nach stRsp hingegen *nicht* aus.⁹¹ Zurecht unterstreicht der OGH dabei, dass zwischen einer juristischen Person und deren Gesellschaftern und Organen klar unterschieden werden muss.⁹² Die Fälle einer Außenhaftung sind lt OGH daher restriktiv zu sehen.⁹³

2.2. Pflichteninhalt

2.2.1. Vorbemerkung

Die gesellschaftsrechtlichen Pflichten sind an die gesetzliche Organstellung gebunden. Die Haftungstatbestände des § 84 Abs 2 AktG (iZm den Zielvorgaben des § 70 Abs 1 AktG) sowie § 25 Abs 2 GmbHG sind jeweils als Generalklauseln konzipiert.⁹⁴ Sie erfüllen eine „Doppelfunktion“, indem sie einerseits als Pflichtenquelle und andererseits als Verschuldensmaßstab fungieren.⁹⁵ Sie gelten in allen Zyklen des „Lebens“ und „Schaffens“ einer Gesellschaft und daher bei Solvenz, in der Krise wie in der Insolvenz. Die konkrete Pflichtenlage ist hingegen variabel, das Verhalten ist an die Erfordernisse des geschäftlichen Lebens und an die *konkrete* Lage der *jeweiligen* Gesellschaft anzupassen (s dazu noch unten Pkt 2.2.3.). Aus diesem Grund intensivieren sich die aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht entspringenden Geschäftsleiterpflichten auch in der Krise der Gesellschaft.⁹⁶

Besonders wichtige Fallgruppen von Pflichtverletzungen sind in § 84 Abs 3 AktG bzw § 25 Abs 3 GmbHG hervorgehoben. Diese Sondertatbestände bezwecken weitestgehend den Vermögensschutz der Gesellschaft, der mittelbar *va* dem Gläubigerschutz dient.⁹⁷ Der gegenständlich relevanteste Sondertatbestand ist das in Pkt 7 im Detail behandelte und an die materielle Insolvenz der Gesellschaft geknüpfte Zahlungsverbot. Auf die restlichen Tatbestände wird in der gegenständlichen Arbeit zwar nicht im Detail eingegangen, die dahinterstehende Wertung des gesellschaftsrechtlich zwingend normierten und von der Rsp idR auch streng ausgelegten Gläubigerschutzes (etwa iZm dem Verbot der Einlagenrückewähr)⁹⁸ sind aber bei der Gegenüberstellung der hinter der RIRL stehenden Wertungen mit dem österr Recht jedenfalls zu berücksichtigen.

⁹¹ Jüngst OGH 6 Ob 244/17a ZIK 2018, 202; s auch 3 Ob 519/89 JBl 1990, 322 (*P. Bydlinski*) = ÖBA 1990, 554 (*Apathy*).

⁹² Jüngst OGH 6 Ob 244/17a ZIK 2018, 202; s auch 6 Ob 210/15y RdW 2016/191.

⁹³ OGH 3 Ob 520/86 SZ 60/244 (zur GmbH): „Die deliktische persönliche Haftung des Geschäftsführers [der Vorstandsmitglieder] soll nach der im Gesetz vorgesehenen Konstruktion der Kapitalgesellschaft die Ausnahme und nicht die Regel bilden.“; so auch *C. Fritz/Schauer*, SWK-Spezial (2009) 281.

⁹⁴ Siehe nur *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1150 f), der betont, dass die Gesetzestechnik der Generalklausel hier ein Eingehen auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalles ermöglicht, was freilich auch den Nachteil habe, dass durch diese Spielräume bei der Rechtsanwendung ein nicht unerhebliches Maß an Rechtsunsicherheit verbleibe.

⁹⁵ OGH 6 Ob 34/07d GesRZ 2007, 271 (*U. Torggler*) (zur GmbH) („Doppelrelevanz für Pflichtwidrigkeit und Verschulden“); *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 103.

⁹⁶ *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1151); s dazu insb noch im Detail unten Pkt 3.

⁹⁷ Siehe nur *Adensamer* in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 84 Rz 5, 41.

⁹⁸ Siehe nur stRsp des OGH zu § 52 AktG sowie § 82 GmbHG in RS0105532: „Die Kapitalerhaltungsvorschriften sollen nach ihrem Sinn und Zweck jede (unmittelbare oder mittelbare) Leistung an einen Gesellschafter erfassen,

Zur Geschäftsleitung an sich gehören nicht nur die Leitung des Unternehmens selbst (für die AG ausdrücklich in § 70 Abs 1 AktG festgeschrieben), sondern auch zentrale weitere Verantwortungsbereiche wie das Rechnungswesen und die Rechnungslegung, das Interne Kontrollsystem (im Folgenden **IKS**), das Risikomanagement, die interne Revision oder Compliance.⁹⁹ Gerade in der Krise werden überdies Pflichten Aspekte wie die Planungs- und Steuerungsverantwortung, die Organisationsverantwortung sowie die Finanzverantwortung besonders relevant.¹⁰⁰ Auf die angeführten besonderen Verantwortungsbereiche wird im Folgenden nur soweit erforderlich eingegangen.

2.2.2. Das unternehmerische Ermessen

Wie bereits in Pkt 2.1.2 angesprochen, trifft Geschäftsleiter *keine* Erfolgshaftung. Das unternehmerische Risiko liegt und realisiert sich bei der Gesellschaft.¹⁰¹ Nicht bei jeder Fehlentscheidung darf daher angenommen werden, dass der Geschäftsleiter sorgfaltswidrig agierte.¹⁰² Vielmehr wird diesen bei ihren unternehmerischen Entscheidungen ein Ermessen zugestanden, das von der stRsp grds weit verstanden wird.¹⁰³ Dieses Konzept des unternehmerischen Ermessens war von der Rsp¹⁰⁴ und hL¹⁰⁵ auch schon vor Statuierung der in Pkt 2.2.6 noch näher behandelten BJR anerkannt.

Nach sorgfältiger Abwägung vorgenommene unternehmerische Entscheidungen können lt OGH idR nur bei *eklatanter* Überschreitung des Ermessensspielraums zur Haftung führen.¹⁰⁶ Dasselbe gilt nach der Rsp für evident unrichtige¹⁰⁷ oder geradezu unververtretbare Entscheidungen.¹⁰⁸ Ähnliches gilt wohl für Entscheidungen im Kontext einer möglichen Existenzvernichtungshaftung.¹⁰⁹ Die Beurteilung hat dabei stets aus einer ex ante-Sicht zu

der keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht und die wirtschaftlich das [...] Vermögen verringert.“ Indem das Verbot der Einlagenrückgewähr hierzulande für AG und GmbH gleich streng ausgelegt wird, besteht hier auch ein wesentlicher Unterschied zum deutschen Recht, wo gem § 30 dGmbHG bei der GmbH tatsächlich nur der Schutz des Stammkapitals im Vordergrund steht (s dazu nur RIS-Justiz RS0105518).

⁹⁹ Für viele J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 32 ff.

¹⁰⁰ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer² Rz 3/421.

¹⁰¹ stRsp, RIS-Justiz RS0059528, zuletzt OGH 26. 8. 2020, 9 ObA 136/19v (zur GmbH); jüngst auch OGH 8 ObA 109/20t GES 2021, 303 Pkt 3.1. (zum GF einer GmbH); Kalss in MüKo AktG I⁵ § 76 Rz 160.

¹⁰² Kalss in MüKo AktG I⁵ § 76 Rz 160.

¹⁰³ stRsp RIS-Justiz RS0118177, jüngst OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.4 (zum AR einer AG); ebenso OGH 26. 8. 2020, 9 ObA 136/19v (zur GmbH); 6 Ob 84/16w RWZ 2017, 105 (Wenger) (zur GmbH); 6 Ob 160/15w ZfS 2016, 58 (Karollus) Pkt 2.

¹⁰⁴ Siehe schon OGH 1 Ob 179/73 EvBl 1974, 182.

¹⁰⁵ Für alle: Kalss in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 383 mwN.

¹⁰⁶ RIS-Justiz RS0116166 zum AR, aber auch für Geschäftsleiter anzuwenden (so auch F. Hörlsberger in FAH, GmbHG § 25 Rz 9); jüngst OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.4 (zum AR einer AG); s auch OGH 6 Ob 209/12x GesRZ 2013, 101 (Kalss) (zur Privatstiftung); 1 Ob 144/01k, Intercontinentale, RdW 2002, 342 (zum AR einer GmbH).

¹⁰⁷ OGH 3 Ob 59/07h GesRZ 2008, 22 (Linder) (zur AG).

¹⁰⁸ Jüngst wieder bestätigt in OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.4 (zum AR einer AG); s auch 6 Ob 69/20w GesRZ 2020, 422 (Maier) (zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers aufgrund einer rechtsgrundlosen Gutschrift); zu all dem auch Kalss, GesRZ 2014, 159 (161).

¹⁰⁹ Zu diesem primär einen möglichen Haftungsdurchgriff zu Gesellschaftern behandelnden Institut s OGH 6 Ob 41/18z GesRZ 2018, 346 (Bauer) Pkt 4.1. ff (mit Verweis auf die diesbezügliche BGH-Rsp).

erfolgen.¹¹⁰ Entscheidungen dürfen daher nicht schon deshalb haftungsbegründend sein, weil sie sich ex post als nachteilig herausgestellt haben.¹¹¹ Als Beispiel einer haftungsbegründenden Ermessensüberschreitung nennt der OGH etwa die einseitige, nicht im Unternehmenswohl liegende Bevorzugung einzelner Interessengruppen (s dazu noch unten Pkt 2.2.6.2).¹¹²

Der OGH leitet aus diesen Grundsätzen ab (Hervorhebungen durch den Autor), „dass es in einer Entscheidungssituation nicht zwingend nur *eine* richtige Entscheidungsalternative gibt, sondern dass auch *mehrere* gegenteilige *Handlungsalternativen sorgfaltskonform* sein können.“¹¹³

2.2.3. Diligenzpflicht und „differenzierte Maßfigur“

Die von Geschäftsführern und Vorständen verlangte Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters¹¹⁴ ist nach einem grds objektiven Sorgfaltsmaßstab zu beurteilen (sog *Diligenzpflicht*).¹¹⁵ Bereits leicht fahrlässige Pflichtverletzungen können zur Haftung führen (*schlichte* Sorgfaltspflichtwidrigkeit).¹¹⁶ Nach der Rsp darf der Sorgfaltsmaßstab aber nicht überspannt werden.¹¹⁷ Dieser ist vielmehr auf die Art und Größe des Unternehmens anzupassen und es sind „nur“ branchen-, größen- und situationsadäquate Bemühungen geschuldet (sog „differenzierte Maßfigur“).¹¹⁸ Auch das Fehlschlagen unternehmerischer Entscheidungen ist daher nur bei einem Mangel an branchen-, größen- und situationsadäquaten Bemühungen pflichtwidrig.¹¹⁹ Der Maßstab ist somit nicht nur

¹¹⁰ stRsp des OGH, jüngst OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.1 aE u Pkt 1.4 (zum AR einer AG); *Kalss* in MüKo AktG I⁵ § 76 Rz 160.

¹¹¹ Jüngst OGH 8 ObA 109/20t GES 2021, 303 Pkt 3.1. (zum GF einer GmbH).

¹¹² RIS-Justiz RS0049482; jüngst OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.4 (zum AR einer AG). In der Lit werden als Beispiele für Ermessensüberschreitungen etwa ex ante unvertretbare, mangelhaft vorbereitete oder *zu* riskante Entscheidungen wie etwa das Eingehen von existenzgefährdenden Risiken ohne Befassung des AR oder der General- bzw Hauptversammlung genannt (s etwa *F. Hörlsberger* in FAH, GmbHG § 25 Rz 9).

¹¹³ OGH 6 Ob 160/15w ZfS 2016, 58 (*Karollus*) Pkt 2; jüngst auch 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.4 (zum AR einer AG) sowie 25. 11. 2020, 6 Ob 218/20g (zur GmbH) sowie 8 ObA 109/20t GES 2021, 303 Pkt 3.1. (zum GF einer GmbH).

¹¹⁴ In § 25 Abs 1 GmbHG wird zwar nicht vom Geschäftsleiter, sondern vom „Geschäftsmann“ gesprochen. Für Vorstände und Geschäftsführer wird aber dennoch nach stRsp (jüngst OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b [Pkt 1.4]) ders Sorgfaltsmaßstab angelegt. Auch bei der GmbH wird daher vom Geschäftsleiter ausgegangen, was ua auch damit begründet wird, dass der Wortlaut „Geschäftsmann“ zu wenig zum Ausdruck bringe, dass der GmbH-Geschäftsführer nicht wirtschaftlich eigene, sondern treuhändig fremde Geschäfte und Vermögensinteressen wahrnimmt (s nur *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 [1150]).

¹¹⁵ RIS-Justiz RS0026773; dazu auch *Kalss* in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 377.

¹¹⁶ stRsp RIS-Justiz RS0049459, jüngst OGH 25. 11. 2020, 6 Ob 218/20g; s auch *Winner* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 1239 (1241); *Kalss* in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 404.

¹¹⁷ stRsp RIS-Justiz RS0118177, jüngst OGH 8 ObA 109/20t GES 2021, 303 Pkt 3.1. (zum GF einer GmbH).

¹¹⁸ stRsp RIS-Justiz RS0118177, zuletzt OGH 6 Ob 84/16w RWZ 2017, 105 (*Wenger*) (zur GmbH); jüngst OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.4 (zum AR einer AG) sowie OGH 26. 8. 2020, 9 ObA 136/19v (zur GmbH); ebenso jüngst OGH 8 ObA 109/20t GES 2021, 303 Pkt 3.1. (zum GF einer GmbH); s auch *Schima*, GesRZ 2007, 93 (94); *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 111 f; *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 24 (Stand 1. 6. 2015, rdb.at).

¹¹⁹ RIS-Justiz RS0110282; jüngst OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.4 (zum AR einer AG).

objektiv, sondern immer auch relativ.¹²⁰ Individuelle Defizite können aber keine Haftungsentlastung begründen.¹²¹

Dies ist insb auch bedeutsam, weil für die Bestellung als Geschäftsleiter an sich keine expliziten Qualifikationen vorausgesetzt sind. Diese werden vielmehr indirekt aus den genannten Sorgfaltsanforderungen und -pflichten abgeleitet.¹²² Aufgrund des Gesagten darf aber nicht in jedem Bereich der Sorgfaltsmaßstab eines Sachverständigen angelegt werden. Einem solchen „Allround-Sachverständigen“ könnten Geschäftsleiter in der Praxis nicht gerecht werden.¹²³

Das Konzept der „differenzierten Maßfigur“ bringt es mit sich, dass der verlangte Sorgfaltsmaßstab nach den Verhältnissen des Einzelfalls abgestuft und nach der Übung des redlichen Verkehrs unter Zugrundelegung der besonderen Verhältnisse der Gesellschaft (Größe, eingesetztes Vermögen, Art des Gesellschaftsgegenstands, wirtschaftliche Lage etc) zu bestimmen ist.¹²⁴ Dabei sind die Bedeutung der jeweiligen Maßnahme, die konkrete Lage der Gesellschaft und etwa auch der Transaktionswert miteinzubeziehen.¹²⁵ Dieser Einzelfallbetrachtung entspringt im Kern auch der Umstand, dass sich etwa in der Krise der Gesellschaft die Sorgfaltspflichten intensivieren bzw verdichten (s dazu auch noch unten Pkt 3).¹²⁶

Nach § 84 Abs 1a AktG bzw § 25 Abs 1a GmbHG handelt die Geschäftsleitung schließlich *jedenfalls* im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, wenn sie im Rahmen der bereits angesprochenen BJR handelt (s dazu noch im Detail unten Pkt 2.2.6).

2.2.4. Legalitätspflicht

Geschäftsleiter müssen das Unternehmen schließlich unter Beachtung aller maßgeblichen Rechtsvorschriften leiten.¹²⁷ Nicht mehr im Rahmen des unternehmerischen Ermessens liegen daher Überschreitungen der zwingend von Gesetzen, Verordnungen und Satzungsdokumenten gezogenen Grenzen (sog *Legalitätspflicht*).¹²⁸ In der Verletzung rechtlicher Vorgaben liegt *jedenfalls* eine Pflichtwidrigkeit.¹²⁹ Die Einhaltung solcher

¹²⁰ Adensamer in Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 84 Rz 21.

¹²¹ Kalss in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 377; Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager² 1145 (1151).

¹²² Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer² Rz 3/332.

¹²³ J. Reich-Rohrwig, *ecolex* 1998, 767 (767); s aber OGH 1 Ob 144/01k, *Intercontinentale*, RdW 2002, 342, bzw RIS-Justiz RS0116167, wonach der erhöhte objektive Sorgfaltsmaßstab sich in der praktischen Anwendung von jenem eines Sachverständigen (§ 1299 ABGB) kaum abhebe.

¹²⁴ stRsp RIS-Justiz RS0116174 (T2), jüngst OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.1 (zum AR einer AG).

¹²⁵ OGH 6 Ob 198/15h NZ 2016, 413 (*Brugger*) (zur GmbH).

¹²⁶ Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager² 1145 (1151).

¹²⁷ stRsp RS0059774 („Zu den Pflichten des Geschäftsführers einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung gehört es, das Unternehmen unter Beachtung aller maßgebenden Rechtsvorschriften zu leiten...“); s auch OGH 6 Ob 160/15w ZfS 2016, 58 (*Karollus*); 3 Ob 521/84 GesRZ 1986, 97.

¹²⁸ Ausf zur Legalitätspflicht J. Reich-Rohrwig/Zimmermann in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 209 ff.

¹²⁹ RIS-Justiz RS0130657 [T3], jüngst OGH 8 ObA 109/20t GES 2021, 303 Pkt 3.1. (zum GF einer GmbH).

Vorgaben ist dem Gesellschaftsinteresse vorgeordnet, und zwar auch bei sog (potentiell) „nützlichen Gesetzesverletzungen“. ¹³⁰

Gegenständlich besonders relevante Rechtsvorschriften sind zentrale Gläubigerschutzbestimmungen wie die Regelungen iZm Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung (va Verbot der Einlagenrückgewähr in § 52 AktG sowie § 82 GmbHG), ¹³¹ die Insolvenzprophylaxe (s unten Pkt 2.5), § 22 URG (s unten Pkt 4), das Zahlungsverbot bei materieller Insolvenz (s unten Pkt 7), die Insolvenzantragspflicht gem § 69 Abs 2 IO (s unten Pkt 6), ¹³² aber etwa auch die Rückzahlungssperre des § 14 EKEG. ¹³³

Zoidl bezeichnet in diesem Zusammenhang die Bestimmungen zu Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und die Insolvenzantragspflichten als „trias [sic!] des kapitalgesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzsystems“, dem va in der Krise der Gesellschaft eine zentrale Bedeutung zukomme. ¹³⁴

2.2.5. Leitungspflicht und Zielvorgaben

2.2.5.1. Vorbemerkung

§ 70 Abs 1 AktG hält den Vorstand einer AG dazu an, die Gesellschaft so zu leiten, „wie das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses es erfordert“. Diese Bestimmung bezweckt einerseits die grds ausschl und alleinige Leitungs-, Geschäftsführungs- und Vertretungskompetenz des Vorstands. ¹³⁵ Andererseits ist sie Ausdruck der Weisungsfreiheit

¹³⁰ Für viele *Napokoj* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 351 (359 f mwN).

¹³¹ Dazu auch *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 106 ff.

¹³² Dazu ausf *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 7; *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 70 Rz 33 mwN.

¹³³ *Schopper/Vogt* in KLS § 14 EKEG Rz 16 mwN (nach welchen es sich hier um eine rechtlich gebundene Entscheidung handle, auf welche die BJR nicht anwendbar sei); *Lindner* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 707 (726).

¹³⁴ *Zoidl*, GesRZ 2014, 87 (87).

¹³⁵ RIS-Justiz RS0049378; OGH 4 Ob 5/85 ÖBl 1985, 124 (*Collin*); 9 ObA 28/07v DRdA 2009/45 (*Jabornegg*); *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 70 Rz 14; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 2.

des Vorstands¹³⁶ unter Berücksichtigung der im Gesetz genannten, zwingenden¹³⁷ Zielvorgaben.¹³⁸

Im GmbHG fand sich lange keine Bestimmung zu von der Geschäftsführung zu verfolgenden Zielvorgaben. Dennoch ist nicht erst seit dem mit der BJR in § 25 Abs 1a GmbHG aufgenommen Verweis auf das „Wohl der Gesellschaft“ (s unten Pkt 2.2.6) in Rsp und Lit anerkannt, dass auch GmbH-Geschäftsführer zum Wohle der Gesellschaft zu handeln und dabei grds auch die Interessen der Gesellschafter, der Öffentlichkeit und der Arbeitnehmer zu berücksichtigen haben.¹³⁹

In der Lit ist aber umstritten, ob die Zielvorgaben des § 70 AktG uneingeschränkt auf die GmbH übertragbar sind.¹⁴⁰ Eine unterschiedliche Behandlung ergebe sich durch die entscheidende Tatsache, dass Geschäftsführer einer GmbH anders als Vorstände an die Weisungen der Generalversammlung gebunden sind, was auch eine Verschiebung der gesellschaftsinternen Zuständigkeit zur Konkretisierung des Unternehmensinteresses zur Folge haben müsse.¹⁴¹ Das Primat des Unternehmenswohls als „Kompass“ der Leitungspflicht gilt aber, wie sogleich gezeigt wird, für AG und GmbH gleichermaßen. Abgesehen davon gelten die nachfolgenden Ausführungen primär für die AG, und für die GmbH aufgrund des Gesagten uU nur eingeschränkt.

¹³⁶ Kommentatoren weisen aber darauf hin, dass der Vorstand faktisch bei der Leitung des Unternehmens nicht so unabhängig und weisungsfrei sei wie vielfach behauptet. Insb Allein- oder Mehrheitsaktionäre würden sich oft anstatt einer Weisung vornehmer per „Empfehlung“ an den Vorstand wenden: s etwa *Schima/Arlt* in *Haberer/Krejci* 279 (323 f, Rz 9.130); diesem folgend *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 70 Rz 25. Dies wird auch durch die empirischen Erkenntnisse bestätigt, die aus einer von *J. Reich-Rohrwig* im ersten Halbjahr 2018 durchgeführten Untersuchung von 10 % aller österr AG (110 der insgesamt per 26. 1. 2018 registrierten 1106) hervorgehen. Insgesamt 40 % der AG in Österreich hatten demnach de facto einen einzigen Aktionär und weitere 31 % einen Mehrheitsaktionär, weswegen sich zum Untersuchungszeitpunkt insgesamt 71 % aller AG unter der Beherrschung durch einen Allein- oder Mehrheitsaktionär befunden haben (s dazu *anders* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ Vor § 70 Rz 10 f; die Studie ist veröffentlicht unter *ders*, *ecolex* 2018, 526 u 912).

¹³⁷ Diese können nicht durch Satzung oder durch Vertrag aufgehoben oder eingeschränkt werden (für viele: *Kalss* in *MüKo AktG* I⁵ § 76 Rz 161).

¹³⁸ Zu alle dem auch *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 70 Rz 16 ff. In seiner E 6 Ob 209/20h wbl 2021, 346/97 (*Koppensteiner*) Pkt 2.2.3. hat der OGH jüngst betont, dass es der üblichen Praxis entspreche, dass im Konzernverhältnis den Vorständen der Konzerngesellschaften von der Konzernleitung Weisungen erteilt werden, die auch ungeachtet der Weisungsfreiheit nach § 70 Abs 1 AktG de facto befolgt würden.

¹³⁹ OGH 3 Ob 521/84 EvBl 1986, 308 (zur GmbH) (Hervorhebungen durch den Autor: „Oberstes Gebot für eine ordentliche Geschäftsführung ist es, im Rahmen der Gesetze, des Gesellschaftsvertrages, der für die Geschäftsführung verbindlichen Beschlüsse anderer Organe der Gesellschaft und unter der gebotenen Berücksichtigung der *Interessen der Öffentlichkeit und der Arbeitnehmer an dem von der Gesellschaft betriebenen Unternehmen* den Vorteil der Gesellschaft zu wahren und Schaden von ihr abzuwenden.“); darauf verweisend *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 64 (Stand 1. 6. 2015, rdb.at); s auch *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 41 ff.

¹⁴⁰ Für eine differenzierte Behandlung etwa *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 42; für eine Gleichbehandlung etwa *Schima*, RdW 2015, 344 (344 ff).

¹⁴¹ *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 42 mit Verweis auf die in der dLit geführte Diskussion.

2.2.5.2. Wohl des Unternehmens

Die Zielvorgaben des § 70 Abs 1 AktG werden auch als „interessenspluralistischer Rahmen“ bzw als „Interessenspool“ bezeichnet, innerhalb welchem es Aufgabe des Vorstandes ist, im Rahmen seines Leitungsermessens potentiell zuwiderlaufende Interessen in Einklang zu bringen.¹⁴² Im Einzelfall kann sich daraus zwar ein Spannungsverhältnis ergeben,¹⁴³ gibt es einen Interessenskonflikt zwischen den im Gesetz genannten Zielvorgaben, ist aber *immer* das Unternehmenswohl vorrangig.¹⁴⁴ Ohne erfolgreiches Wirtschaften der Gesellschaft würde lt OGH „das Substrat, das den verschiedenen Interessengruppen zugute kommen soll“ fehlen.¹⁴⁵

Nach dem OGH ist für das mit dem Unternehmenswohl gleichzusetzende Unternehmensinteresse „der Bestand des Unternehmens und seine dauerhafte Rentabilität im Unterschied zur kurzfristigen Gewinnmaximierung prägend“.¹⁴⁶ Das Gewinn- und Bestandinteresse des Unternehmens sind dabei rechtlich gesicherte und grds unumstrittene Interessen.¹⁴⁷ Dieses Verständnis entspricht der wohl auch hL, die das Wohl des Unternehmens als die Sicherung des Bestands des Unternehmens und die Erzielung des bestmöglichen Betriebsergebnisses unter Beachtung der langfristigen Unternehmensentwicklung bezeichnet (kurz: „dauerhafter und rentabler Betrieb“).¹⁴⁸ Gesprochen wird auch von einer nachhaltigen Steigerung des Unternehmenswerts¹⁴⁹ oder

¹⁴² Kalss in MüKo AktG I⁵ § 76 Rz 161; J. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 70 Rz 83.

¹⁴³ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer² Rz 3/432.

¹⁴⁴ OGH 7 Ob 58/08t RWZ 2008, 284 (Wenger) (zum AR einer AG) („Unternehmerische Entscheidungen [...] haben sich – unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer und des öffentlichen Interesses – primär am Unternehmenswohl zu orientieren.“); jüngst auch OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.2 (zum AR einer AG); Kalss in MüKo AktG I⁵ § 76 Rz 161; dies in Kalss/Nowotny/Schauer² Rz 3/428.

¹⁴⁵ OGH 1 Ob 144/01k, *Intercontinentale*, RdW 2002, 342 (zum AR einer GmbH).

¹⁴⁶ OGH 22. 5. 2003, 8 Ob 262/02s (zum AR einer Bank-AG), wo mit Verweis auf dLit und dRsp zu Fragen der Ausschüttungs- bzw Thesaurierungspolitik festgehalten wurde, dass als „ermessensleitende Gesichtspunkte unter Konkretisierung des Unternehmensinteresses das Selbstfinanzierungsinteresse der Aktiengesellschaft, das Dividendeninteresse der Aktionäre und die langfristige Position der Gesellschaft am Kapitalmarkt“ zu berücksichtigen seien. In der dLit wird die Figur des Unternehmensinteresses teils stark kritisiert und dessen Tauglichkeit zur Konkretisierung der rechtlichen Bindungen des Leitungsorgans angezweifelt; s nur Spindler in MüKo AktG I⁵ § 76 Rz 70 mwN, nach welchem sich nach mehr als dreißig Jahren Diskussion bis heute kein Maßstab herausgebildet habe, der auch nur annähernd eine Leitlinie für die Beurteilung des Vorstandshandelns bilden könnte. Auch andere Leitbilder wie der *Shareholder Value*, die Gewinnmaximierung oder die Orientierung an einer langfristigen Rentabilität würden zwar wenig mehr an Kriterien liefern, jedoch würden diese wenigstens eine gewisse Schranke für Einzelfragen wie *Stock Options* oder Unternehmensspenden bringen.

¹⁴⁷ OGH 1 Ob 144/01k, *Intercontinentale*, RdW 2002, 342 (zum AR einer GmbH). Ein eigenständiges Bestandinteresse im Sinne eines Schutzes vor Liquidation oder Gesamtverkauf könne nach machen aber nicht erblickt werden, liege es doch in der Kompetenz der Eigentümer, über den Bestand der Gesellschaft zu entscheiden (so stellvertr Adensamer/Breisch in Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 70 Rz 17 mwN; s dazu auch Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer² Rz 3/433).

¹⁴⁸ Für viele: Kalss in MüKo AktG I⁵ § 76 Rz 161 mwN; teilweise wird aber vertreten, dass gar kein eigenständiges Unternehmensinteresse bestehe, sondern dieses in den übrigen aufgehe (siehe zur Diskussion: Adensamer/Breisch in Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 70 Rz 17 mwN).

¹⁴⁹ Und nicht einer nur kurzfristigen Steigerung des Börsenkurses oder einer kurzfristigen Gewinnmaximierung (J. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 70 Rz 92 mwN).

einer langfristigen Ertragsstärkung und Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit.¹⁵⁰ Das Unternehmenswohl wird idR mit dem Wohl der Gesellschaft als Trägerin des Unternehmens gleichgesetzt.¹⁵¹ Maßgeblich ist der in der Satzung bestimmte Unternehmensgegenstand.¹⁵²

Das Unternehmenswohl ist somit *der* maßgebliche Parameter¹⁵³ der Geschäftsleitung. Dessen Förderung kommt im Rahmen des Leitungsermessens das Primat zu,¹⁵⁴ und die sonstigen Interessen müssen sich daher stets in irgendeiner Form im Unternehmenswohl wiederfinden.¹⁵⁵ Jüngst hat der OGH wieder betont, dass dies auch im Konzern gilt, sodass auch ein etwaiges Konzerninteresse sich stets im Unternehmensinteresse wiederfinden muss.¹⁵⁶ Hält sich das Leitungsorgan daran, missbraucht es also das Ermessen nicht durch einseitige Bevorzugung einer der zu berücksichtigenden Interessen, ist die gebotene Sorgfaltspflicht lt stRsp des OGH gewahrt.¹⁵⁷

Wie gleich gezeigt wird, laufen die Interessen der Anteilsinhaber, Arbeitnehmer, das öffentliche Interesse (und auch die Interessen der Gläubiger) bei nachhaltiger Perspektive grds mit dem Unternehmenswohl gleich. Im normalen Geschäftsgang sind zuwiderlaufende Interessen idR wohl nur bei einer kurzsichtigen, opportunistischen Sichtweise einer dieser Interessengruppen denkbar.¹⁵⁸ Anders ist die Situation oft in der Unternehmenskrise (s dazu noch unten Pkt 3.4 u Pkt 3).

2.2.5.3. Aktionärsinteressen

In der Praxis können sich die Interessen von Groß- und Kleinaktionären, von privaten und institutionellen Anlegern bzw auch nach Art der Gesellschaft (Familien- oder

¹⁵⁰ Adensamer in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 84 Rz 36 mwN; *Kalss* in *MüKo AktG I*⁵ § 93 Rz 399.

¹⁵¹ *Kalss* in *MüKo AktG I*⁵ § 93 Rz 399; *C. Nowotny* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 70 Rz 11; wobei man hier nach *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 70 Rz 91 bei der Gesellschaft als Interessensverband vieler Gesellschafter (Aktionäre) von einem nachhaltigen Aktionärsinteresse auszugehen habe, andernfalls das Wohl der Gesellschaft und das Unternehmenswohl nicht deckungsgleich gesehen werden könnten.

¹⁵² Für viele: *Kalss* in *MüKo AktG I*⁵ § 76 Rz 161.

¹⁵³ *Kalss* in *MüKo AktG I*⁵ § 76 Rz 161.

¹⁵⁴ *C. Nowotny* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 70 Rz 11; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 28 aE; *P. Doralt*, ÖBA 2000, 639 (640); *Feltl*, *ecolex* 2011, 533 (533); *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 70 Rz 91.

¹⁵⁵ *Kalss* in *MüKo AktG I*⁵ § 76 Rz 161; *C. Nowotny* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 70 Rz 11; *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 70 Rz 83.

¹⁵⁶ Siehe OGH 6 Ob 209/20h wbl 2021, 346/97 (*Koppensteiner*) Pkt 2.2.3 (in Bestätigung seiner Ausführungen in 9 ObA 28/07v DRdA 2009/45 [*Jabornegg*]), wonach „konzernrechtliche Weisungen nicht schlechthin der Nichtigkeit anheimfallen, solange sie den Vorstand nicht an der Wahrung der Unternehmensinteressen der beherrschten Gesellschaft hindern“.

¹⁵⁷ RIS-Justiz RS0049482, jüngst bestätigt in OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.2 (zum AR einer AG). Zu beachten ist, dass dieser RS nicht isoliert iZm den in § 70 Abs 1 AktG genannten Interessen entwickelt wurde, sondern es bereits damals um das Handeln zum Wohl der Gesellschaft ging. In seiner E OGH 1 Ob 179/73 EvBl 1974, 182 ging der OGH davon aus, dass keine Sorgfaltswidrigkeit eines AG-Vorstands vorlag, der einen Mithaftenden aus einer (zu diesem Zeitpunkt noch nicht notleidenden) Kreditforderung der Gesellschaft entließ, um diesen als wertvollen Kunden zu behalten.

¹⁵⁸ *P. Doralt*, ÖBA 2000, 639 (639); *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 70 Rz 94.

Publikumsgesellschaft) naturgemäß deutlich unterscheiden.¹⁵⁹ Nach der wohl hM ist anerkannt, dass es aus Sicht des Vorstands um die Interessen *aller* Aktionäre und daher zB nicht nur des Mehrheits- oder Alleinaktionärs gehen muss.¹⁶⁰ Vorstände müssen trotz unterschiedlicher Interessenslagen eine Balance finden, die sich wie zuvor erläutert am Unternehmenswohl auszurichten hat. Eine ausschl Orientierung am sog *Shareholder Value* kann wegen der Außerachtlassung der langfristigen Perspektive problematisch sein, weswegen in Österreich aufgrund des Primats des Unternehmenswohls lediglich ein „gemäßigter *Shareholder Value*-Ansatz“ angenommen wird.¹⁶¹ Die Interessen der Aktionäre sind somit nur soweit zu berücksichtigen, als dies mit dem Wohl des Unternehmens vereinbar ist (auch bezeichnet als „gemäßigter Stakeholder-Ansatz“).¹⁶² Das Selbstfinanzierungsinteresse des Unternehmens ist daher idR vorrangig gegenüber raschen und möglichst kurzfristig hohen Dividendenforderungen von Aktionären.¹⁶³ Ähnlich ist die Situation in Deutschland, wo bei widerstreitenden Interessen ein leichter Gewichtungsvorsprung für Aktionärsinteressen angenommen wird (sog „moderates *Shareholder-Value-Konzept*“).¹⁶⁴

2.2.5.4. Arbeitnehmerinteressen

Arbeitnehmerinteressen entspringen einem Teil der sozialen Verantwortung der Gesellschaft und ihrer Organe¹⁶⁵ und sind etwa dann betroffen, wenn die Geschäftsleitung bei überschüssigen Mitteln zwischen Investitionen, der Bildung von Arbeitsplätzen bzw der Gewährung höherer Lohn- und Sozialleistungen oder einer Stärkung der Eigenmittel der Gesellschaft entscheiden muss. Dasselbe gilt für Maßnahmen zur Förderung des Betriebsklimas, weswegen arbeitnehmerfreundliche Maßnahmen durchaus auch im vorrangig zu berücksichtigenden Unternehmensinteresse liegen können.¹⁶⁶ Kurzfristig können zwar unterschiedliche Interessenslagen hervorkommen, langfristig wird aber idR von einem Gleichlauf der Arbeitnehmer- und Unternehmensinteressen ausgegangen.¹⁶⁷

2.2.5.5. Öffentliches Interesse

Bei diesem Kriterium geht es um das Überwiegen des Allgemeininteresses sowie des Gemeinwohls gegenüber dem Individualinteresse der Gesellschaft, wobei wiederum die Grenze dort liegt, wo die nachhaltige Rentabilität und damit der Bestand des Unternehmens

¹⁵⁹ zB das „typische“ Spannungsverhältnis zwischen „schnellem Geld“ oder langfristiger Rentabilität; s dazu *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 70 Rz 98 mwN.

¹⁶⁰ *Kalss* in *MüKo AktG I*⁵ § 76 Rz 162; *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 70 Rz 97; aA *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 24.

¹⁶¹ *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 70 Rz 98; diesem folgend *Adensamer/Breisch* in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 70 Rz 19 mwN.

¹⁶² *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*² Rz 3/432 mwN; *P. Doralt*, ÖBA 2000, 639 (640).

¹⁶³ Siehe *Kalss* in *MüKo AktG I*⁵ § 76 Rz 161 mwN.

¹⁶⁴ So die wohl hM, für viele: *Seibt*, ZIP 2013, 1597 (1597); ausf und teilw krit zu diesem Konzept auch *Spindler* in *MüKo AktG I*⁵ § 76 Rz 75 ff.

¹⁶⁵ *Kalss* in *MüKo AktG I*⁵ § 76 Rz 162.

¹⁶⁶ *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 70 Rz 100.

¹⁶⁷ *Kalss* in *MüKo AktG I*⁵ § 76 Rz 162 mwN.

gefährdet wären.¹⁶⁸ Diskutiert werden in diesem Zusammenhang insb die Förderung des Gemeinwohls durch Spenden, *Corporate Social Responsibility*¹⁶⁹ sowie Aufwendungen oder Förderungen von Sport, Kultur oder Wissenschaft.¹⁷⁰

2.2.5.6. Gläubigerinteressen

Die Interessen der Gläubiger und Vertragspartner der AG sind in § 70 AktG nicht explizit genannt, was aber *keine* Abkehr von der Wahrung der Gläubigerinteressen bedeutet.¹⁷¹ Diese werden nämlich reflexartig durch das vorrangig zu verfolgende Wohl des Unternehmens – solange es besteht – und durch weitere zwingende Vorschriften über den Gläubigerschutz berücksichtigt.¹⁷² Nach *Kalss* seien Gläubigerinteressen *nicht* als generelle Zielbestimmung iSd § 70 AktG zu wahren, sondern vielmehr (schon) aufgrund der einzuhaltenden zwingenden Gläubigerschutzbestimmungen.¹⁷³ Der OGH führt bei Auflistung der in § 70 AktG genannten Interessen vereinzelt aber auch Gläubigerinteressen an.¹⁷⁴ Mit Blick auf das oben in Pkt 2.2.5.2 und sogleich ebenso iZm der BJR dargestellte weite Leitungsermessen bieten zwingend zu befolgende Schutzbestimmungen aus Sicht der Gläubiger wohl auch einen größeren Schutz als gesetzliche Zielvorgaben. Auf die Bedeutung von Gläubigerinteressen im Krisenzusammenhang wird unten in Pkt 3.4 u Pkt 2.4 noch gesondert eingegangen.

2.2.6. Business Judgement Rule

2.2.6.1. Voraussetzungen

Durch den mit dem StRÄG 2015¹⁷⁵ jeweils in § 25 GmbHG und § 84 AktG eingeführten Abs 1a wurde gesetzlich normiert, dass die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers (bzw hinsichtl GmbH „Geschäftsmannes“) *jedenfalls* erfüllt ist, wenn diese

- (a) sich bei einer unternehmerischen Entscheidung
- (b) nicht von sachfremden Interessen leiten lassen und

¹⁶⁸ J. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 70 Rz 101 ff; Kalss in MüKo AktG I⁵ § 76 Rz 164.

¹⁶⁹ Siehe dazu Spiesshofer, GesRZ 2019, 136 (137).

¹⁷⁰ J. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 70 Rz 104 ff.

¹⁷¹ Kalss in MüKo AktG I⁵ § 76 Rz 165.

¹⁷² J. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 70 Rz 86; Kalss in MüKo AktG I⁵ § 76 Rz 165; nach Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 70 Rz 19 sei die Nichterwähnung der Gesellschaftsgläubiger hingegen „ganz offensichtlich ein legislatischer Fehler“ und „eine echte Lücke“, die aufgrund der zahlreichen Gläubigerschutzbestimmungen des AktG im Wege der Rechtsanalogie zu schließen sei.

¹⁷³ Kalss in MüKo AktG I⁵ § 76 Rz 165 mwN. Zu denken ist etwa an die Regelungen über Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung (s dazu bereits oben Pkt 2.2.1), Gläubigerschutz bieten aber genauso einschlägige Bestimmungen in anderen Gesetzen wie die Insolvenzantragspflicht, die Kridadelikte des StGB etc; s dazu auch Adensamer/Breisch in Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 70 Rz 24 mwN.

¹⁷⁴ OGH 1 Ob 144/01k, *Intercontinentale*, RdW 2002, 342 (zum AR einer GmbH) („Allerdings sind in Anlehnung an § 70 AktG auch die Interessen der Öffentlichkeit, der Arbeitnehmer und der Gläubiger in die Entscheidung, was dem Unternehmenswohl dient, einzubeziehen.“).

¹⁷⁵ BGBl I 112/2015.

- (c) auf Grundlage angemessener Information annehmen dürfen,
- (d) zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

Der Gesetzgeber hat sich stark am Vorbild der deutschen Bestimmung des § 93 Abs 1 S 2 dAktG¹⁷⁶ orientiert, wofür auch der recht knapp gehaltene Bericht des Justizausschusses spricht.¹⁷⁷ Das Konzept der BJR ist von internationalen Vorbildern geprägt¹⁷⁸ und soll Geschäftsleitern einen sog „safe harbour“ bieten.¹⁷⁹ Da der Tatbestand der BJR in Österreich, Deutschland und Liechtenstein grds gleich formuliert ist, spricht lt OGH auch alles dafür, Lit und Rsp aus Deutschland (die BJR nach deutschem Recht wird im Folgenden mit **dBJR** abgekürzt) und Liechtenstein auch für den österr Rechtsbereich fruchtbar zu machen.¹⁸⁰ Nach dem OGH handelt es sich bei der BJR schließlich um einen rechtsformübergreifend anerkannten Rechtsgrundsatz.¹⁸¹

Die BJR gilt im Grundsatz nach auch in der Krise und der Insolvenz der Gesellschaft, wenngleich sich aufgrund der veränderten Umstände naturgemäß Einschränkungen ergeben.¹⁸² Auch in der Praxis besteht ein sehr enger Zusammenhang zwischen Insolvenz und der BJR, da Streitfälle oft erst dann aufkommen, wenn die Gesellschaft bereits insolvent ist.¹⁸³

Die Rechtfertigung für die BJR liegt lt OGH darin, eine sachgerechte Regelung für die Risikotragung bei unternehmerischen Entscheidungen zu schaffen, wobei das wirtschaftliche Risiko für unternehmerisches Handeln stets der Eigentümer (und *nicht* die Geschäftsleitung bzw die entscheidenden Organe) trage.¹⁸⁴ Unternehmerische Entscheidungen und unternehmerisches Risiko sollen damit gefördert werden. Dass unternehmerische Entscheidungen risikobehaftet sind, ist aber keine Erkenntnis der BJR, sondern begleitet das gesamte Kapitalgesellschaftsrecht bereits seit seinem Bestehen (s dazu auch schon oben Pkt 2.1.2 zum unternehmerischen Ermessen).¹⁸⁵ Die Prinzipien BJR und unternehmerisches Ermessen meinen daher „im Kern“ dasselbe, nämlich den Ermessensspielraum beim Treffen unternehmerischer Entscheidungen.¹⁸⁶ Dieses Prinzip war daher auch schon vor Einführung

¹⁷⁶ Dazu etwa *Kebekus/Zenker* in FS Georg Maier-Reimer 319 (323 ff).

¹⁷⁷ AB 728 BlgNR 25. GP 7, 12; s auch *J. Reich-Rohrwig/Zimmermann* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 159 ff; *F. Hörlsberger* in *FAH*, GmbHG § 25 Rz 26.

¹⁷⁸ Zum US-amerikanischen „Original“ s etwa *Kebekus/Zenker* in FS Georg Maier-Reimer 319 (320 ff).

¹⁷⁹ Siehe schon AB 728 BlgNR 25. GP 7, 12, wonach Organe diesfalls „jedenfalls im Einklang mit der gebotenen Sorgfalt“ handeln und „keine nachteiligen Rechtsfolgen zu befürchten“ haben; s auch *J. Reich-Rohrwig/Zimmermann* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 159 ff.

¹⁸⁰ OGH 6 Ob 160/15w ZfS 2016, 58 (*Karollus*) Pkt 3.2.

¹⁸¹ OGH 6 Ob 160/15w ZfS 2016, 58 (*Karollus*) Pkt 4.3.

¹⁸² *Kebekus/Zenker* in FS Georg Maier-Reimer 319 (332 ff); s dazu noch im Detail unten Pkt 3 sowie Pkt 8.5.

¹⁸³ Ausf dazu *Schima* in *Konecny* 131 (131 f).

¹⁸⁴ OGH 6 Ob 160/15w ZfS 2016, 58 (*Karollus*) Pkt 4.3.

¹⁸⁵ Nachzulesen etwa in den Mat zur dAktG-Novelle 1884 bzw korrespondierend auch in den österr Aktienrechtsentwürfen der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts (s zu alldem *Kalss*, GesRZ 2014, 159 [161 mwN]); zur Entwicklung ebenso *Schima* in *Konecny* 131 (133 ff); für Deutschland s nur *Kebekus/Zenker* in FS Georg Maier-Reimer 319 (323 ff).

¹⁸⁶ OGH 6 Ob 160/15w ZfS 2016, 58 (*Karollus*) Pkt 4.2.

der BJR anerkannt.¹⁸⁷ Dementsprechend wurde auch schon davor davon ausgegangen, dass unternehmerische Ermessensentscheidungen *keiner* vollen gerichtlichen Nachprüfung unterliegen und dazu keine gesetzliche Festlegung erforderlich sei.¹⁸⁸

Die konkrete dogmatische Einordnung der BJR ist dabei noch nicht vollständig geklärt. Teilweise wird darin – in Anknüpfung an das bereits Gesagte – eine reine Positivierung der bereits bestehenden Grundsätze sorgfaltskonformen Handelns gesehen. Teilweise wird die BJR als *echte* Neuerung gesehen, die im Einzelfall zu abweichenden Ergebnissen zur früheren Rechtslage führen könne.¹⁸⁹

Im Schutzbereich der BJR handelt die Geschäftsleitung *nicht* pflichtwidrig, weswegen es bereits an der Rechtswidrigkeit und nicht erst am Verschulden fehlt.¹⁹⁰ Die im Gesetzestext erfolgte Verwendung des Begriffs „jedenfalls“ bedeutet, dass Umkehrschlüsse *unzulässig* sind¹⁹¹ und es sich – bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der BJR – um eine *unwiderlegliche* Vermutung zugunsten der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters handelt.¹⁹² Der Begriff „jedenfalls“ stellt aber auch klar, dass auch bei Nichtanwendbarkeit der BJR nicht automatisch ein Sorgfaltsverstoß vorliegt, sondern dann vielmehr die Grundsätze der allgemeinen Sorgfaltspflicht (s dazu bereits oben Pkt 2.2.3) gelten und daher die übrigen Haftungsvoraussetzungen erfüllt sein müssen.¹⁹³ Die Merkmale der BJR dienen schließlich auch als Parameter bei der Konkretisierung des Sorgfaltsgebots.¹⁹⁴

Um für jeden Einzelfall einen Auslegungsspielraum bei der Beurteilung der einzelnen Kriterien zu ermöglichen, sind die einzelnen Tatbestandselemente wohl nicht als harte „K.-o.-Kriterien“ anzusehen.¹⁹⁵ Bevor die einzelnen Kriterien der BJR behandelt werden, wird kurz auf die noch immer relativ junge und hochrelevante Leit-E des OGH zur BJR, 6 Ob

¹⁸⁷ F. Hörlsberger in FAH, GmbHG § 25 Rz 25 mwN; J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 33 ff (Stand 1. 6. 2015, rdb.at).

¹⁸⁸ Dies würde nur neue Diskussionen entfalten, s etwa Kalss, GesRZ 2014, 159 (161, 164) mit Verweis auf selbst früher geäußerte Kritik. Nachdem tatsächlicher Auslöser für das StRÄG 2015 aber ohnehin nicht die gesellschaftsrechtlichen Geschäftsleiterpflichten, sondern vielmehr die (nach Ansicht vieler) ausufernde Untreue-Rsp war, wurde eine korrespondierende Anpassung der gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltsbestimmungen aber doch auch für sinnvoll erachtet (Kalss schwächt sodann ihre früher noch geäußerte Kritik wieder ab).

¹⁸⁹ Ausf zur Diskussion J. Reich-Rohrwig/Zimmermann in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 162 ff.

¹⁹⁰ OGH 6 Ob 160/15w ZfS 2016, 58 (Karollus) Pkt 7; Kalss in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 403 mwN; dies bestätigen auch die im Vergleich zu den österr deutlich detaillierteren Mat zur dBJR, die eine klare Differenzierung zur Verschuldensebene hervorstreichen; der von der dBJR erfasste Bereich des unternehmerischen Handlungsspielraums soll danach aus dem Tatbestand der Sorgfaltspflichtverletzung *ausgegrenzt* werden (Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts [UMAG] vom 14. 3. 2005, BT-Drucksache 15/5092, 11).

¹⁹¹ AB 728 BlgNR 25. GP 7, 12.

¹⁹² F. Hörlsberger in FAH, GmbHG § 25 Rz 29.

¹⁹³ OGH 6 Ob 160/15w ZfS 2016, 58 (Karollus) Pkt 7; jüngst bestätigt in OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.1; Kalss in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 404; so auch AB 728 BlgNR 25. GP 7.

¹⁹⁴ Jüngst OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.4 aE (zum AR einer AG), wo dieser auch klarstellt, dass für die Annahme, die BJR reduziere die Sorgfaltspflicht auf grobe Fahrlässigkeit, kein hinreichender Anhaltspunkt im Gesetz vorliege.

¹⁹⁵ Kalss in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 385; in diese Richtung aber noch Karollus, ZFS 2016, 58; ders, ÖBA 2016, 252 (258).

160/15w¹⁹⁶ eingegangen, die erst jüngst in vielen Aspekten vom OGH neuerlich bestätigt wurde.¹⁹⁷

2.2.6.2. OGH 6 Ob 160/15w

In dieser, eigentlich die Abberufung eines Stiftungsvorstands aus wichtigem Grund betreffenden E befasste sich der OGH erstmals ausf mit der BJR.¹⁹⁸ In der Sache sollte der Stiftungsvorstand aus wichtigem Grund abberufen werden, weil er die Privatstiftung ua einem finanziellen Risiko ausgesetzt habe. Er habe insb (i) Barmittel von über EUR 6,4 Mio über Jahre hinweg nicht aus den von der Stiftung gehaltenen Gesellschaften in die Privatstiftung ausgeschüttet, (ii) eine Liegenschaft entgegen der Stiftungsurkunde veräußert und (iii) Auskunftspflichten erheblich verletzt. Der OGH wies (im Einklang mit den Vorinstanzen) den Abberufungsantrag ab, weil keine der von den Antragstellern behaupteten groben Pflichtverletzungen vorlagen.¹⁹⁹

Der OGH bestätigte einerseits erstmals die bereits zuvor in Pkt 2.2.6.1 dargestellten Wertungen und Voraussetzungen der BJR.²⁰⁰ Zusätzlich zu den vom Gesetzestext vorgegebenen Kriterien fordert er aber,

- (a) die unternehmerische Entscheidung müsse ex ante betrachtet *offenkundig* dem Wohl der juristischen Person dienen²⁰¹ und
- (b) der Geschäftsleiter müsse (*vernünftigerweise*) annehmen dürfen, zum Wohle der juristischen Person zu handeln (daher hinsichtlich der übrigen Kriterien *gutgläubig* sein).^{202 203}

¹⁹⁶ OGH 6 Ob 160/15w ZfS 2016, 58 (*Karollus*).

¹⁹⁷ OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b (zum AR einer AG).

¹⁹⁸ Unter Verweis auf die bereits davor bestehende hA stellt der OGH in Pkt 4.2. der E klar, dass die BJR auch im Privatstiftungsrecht Anwendung zu finden hat.

¹⁹⁹ OGH 6 Ob 160/15w ZfS 2016, 58 (*Karollus*) Pkt 9.

²⁰⁰ Siehe bereits Zitate in den dortigen FN.

²⁰¹ Lt *Karollus* (ZFS 2016, 58 [67 f]) sei insb die Verwendung des Begriffs *offenkundig* „nicht ganz geglückt“, da dies im Vergleich zur bisherigen Rsp, wonach nur eklatante Überschreitungen oder evident unrichtige Sachentscheidungen oder geradezu unververtretbare Entscheidungen zu einer Pflichtwidrigkeit führen, ein viel zu strenger Maßstab wäre. Eine Maßnahme sei lt *Karollus* daher nur dann pflichtwidrig, wenn die Übereinstimmung mit dem Wohl der Gesellschaft aus der Sicht *ex ante* offenkundig *nicht* gegeben sei. Tatsächlich gäbe es dieses Tatbestandsmerkmal vielmehr gar nicht, sondern es reiche nach *Karollus* mit dem Gesetzestext schon aus, dass der Geschäftsleiter vernünftigerweise annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. An anderer Stelle (etwa Pkt 6.3.4. der E) habe der OGH dies aber wieder abgeschwächt. Ähnliche Kritik äußert *Kalss* in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 401. Der OGH hat dennoch erst jüngst in seiner E vom 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.1 und ebenso 8 ObA 109/20t GES 2021, 303 Pkt 3.1. (zum GF einer GmbH) dieselbe Formulierung neuerlich verwendet.

²⁰² Lt *Karollus* (ZFS 2016, 58 [68]) gehe es hier nicht um die eher nebensächliche Frage eines guten Glaubens. Vielmehr handle es sich um „das zentrale Tatbestandsmerkmal“ der BJR, in dem darüber entschieden werde, ob das Organmitglied auf die inhaltliche Richtigkeit der Entscheidung vertrauen durfte.

²⁰³ Zu beiden Pkten OGH 6 Ob 160/15w ZfS 2016, 58 (*Karollus*) Pkt 5.2. a) bis d), s auch RIS-Justiz RS0130657.

Die zitierte E ist in der Lit zwar im Großen und Ganzen auf Zustimmung gestoßen,²⁰⁴ wurde ob teils inkonsistenter Aussagen aber auch kritisiert.²⁰⁵

2.2.6.3. Unternehmerische Entscheidung

Lt OGH ist der Begriff der unternehmerischen Entscheidung idR weit auszulegen und infolge der Zukunftsbezogenheit solcher Entscheidungen durch Prognosen und „nicht justiziable“ Einschätzungen gekennzeichnet, weswegen diesen ein gewisses Risiko innewohne.²⁰⁶ Diesem weiten Verständnis folgend zählen nach der Rsp etwa die Beurteilung, welche Maßnahmen zum Erhalt bzw der Fortentwicklung des Unternehmens aus betriebswirtschaftlicher Sicht notwendig und zweckmäßig sind,²⁰⁷ die Entscheidung über die Umschuldung von Finanzierungslinien,²⁰⁸ die Entscheidung über eine gruppeninterne Kreditvergabe²⁰⁹ oder generell die Frage der Ausgestaltung der Konzernleitung²¹⁰ zu den unternehmerischen Entscheidungen. Auch eine bewusste „Nichtentscheidung“ (ein Unterlassen) kann lt OGH nach der BJR beurteilt werden.²¹¹

Selbst das Eingehen *bestandsgefährdender* Risiken ist wohl als unternehmerische Entscheidung zu qualifizieren und führt daher nicht per se zum Ausschluss der BJR bzw zu einer Pflichtwidrigkeit. Dafür müssen vielmehr noch weitere Umstände hinzukommen (zB wenn zugleich der Fehlschlag eine relativ hohe Eintrittswahrscheinlichkeit hat).²¹² So betont der OGH zu „gewagten Geschäften“ jüngst erst wieder, dass diese nicht sorgfaltswidrig seien, wenn im Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts die Möglichkeit oder die naheliegende Wahrscheinlichkeit bestand, dass sich das Geschäft für die Gesellschaft als günstig erweisen werde.²¹³ Teilweise wird aber (insb in Deutschland) vertreten, dass das Eingehen bestandsgefährdender Risiken außerhalb des Ermessensspielraums des

²⁰⁴ Lt *Karollus* (ZFS 2016, 58 [58]) sei ihr bis auf ein paar Aussagen „vollinhaltlich zuzustimmen“; lt *Welser*, *ecolex* 2017, 1073 (1075) sei sie geradezu „frenetisch begrüßt“ worden; *J. Reich-Rohrwig* spricht von einem „Meilenstein in der Rechtsentwicklung“, die E sei „außerordentlich sorgfältig und überzeugend begründet“ (*ecolex* 2016, 695 [700]); auch *Schima/Toscani* (JEV 2016, 74 [74 f]) bezeichnen die Ausführungen des OGH weitestgehend als „überzeugend“.

²⁰⁵ So etwa *Welser*, *ecolex* 2017, 1073 (1073) („Wechselbad der Gefühle“).

²⁰⁶ OGH 6 Ob 160/15w ZfS 2016, 58 (*Karollus*) Pkt 5.1. (mit Verweis auf die Mat der deutschen Parallelregelung § 93 Abs 1 S 2 dAktG); s auch *Kalss* in *MüKo AktG* I⁵ § 93 Rz 387.

²⁰⁷ OGH 6 Ob 160/15w ZfS 2016, 58 (*Karollus*) Pkt 8.2. (zur Thesaurierung von Gewinnen in gehaltenen Gesellschaften).

²⁰⁸ BGH II ZR 202/07 NZG 2008, 751 = ZIP 2008, 1675.

²⁰⁹ OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.3 (Zustimmung des AR einer AG zu einer gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßenden gruppeninternen Kreditvergabe).

²¹⁰ OGH 6 Ob 209/20h wbl 2021, 346/97 (*Koppensteiner*) Pkt 2.2.3.3.

²¹¹ OGH 6 Ob 160/15w ZfS 2016, 58 (*Karollus*) Pkt 6.1. Mit *Karollus*, ZFS 2016, 58 (66) ist dies als bewusste Entscheidung zur Nichtvornahme einer bestimmten Maßnahme zu verstehen. Das *schlichte* Untätigsein stellt hingegen noch keine unternehmerische Entscheidung dar und unterliegt nicht den privilegierten Vorschriften zur BJR; diesem folgend *Kalss* in *MüKo AktG* I⁵ § 93 Rz 386.

²¹² *Kalss* in *MüKo AktG* I⁵ § 93 Rz 402; wohl auch *Adensamer* in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, *AktG* § 84 Rz 36 mwN („Selbst eine Existenzbedrohung des Unternehmens bei Fehlschlägen einer Investition macht eine Geschäftsführungsentscheidung nicht per se pflichtwidrig“).

²¹³ OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.4 (zum AR einer AG) in Bestätigung der bisherigen Rsp, RIS-Justiz RS0049458.

Leitungsorgans liege.²¹⁴ Dies wird aber von namhaften Autoren mE zurecht kritisiert, weil in einer auf Wettbewerb basierten Wirtschaft das Eingehen auch solcher Risiken unausweichlich sein kann.²¹⁵

Kein haftungsfreier unternehmerischer Ermessensspielraum besteht bei Kompetenzüberschreitungen, Vorliegen eines Inschlaggeschäfts oder infolge der Verletzung einer Genehmigungspflicht.²¹⁶

Nicht anwendbar ist die BJR schließlich bei Verletzungen der Legalitätspflicht, somit einer Überschreitung der von Gesetzen, Verordnungen und Satzungsdokumenten gezogenen Grenzen (s dazu bereits oben Pkt 2.2.4).²¹⁷ Die Beachtung gesetzlicher, satzungsmäßiger oder anstellungsvertraglicher Pflichten *ohne* tatbestandlichen Beurteilungsspielraum ist gerade *nicht* von Prognosen und nicht justiziablen Einschätzungen geprägt.²¹⁸ Für illegales Verhalten soll es daher keinen „sicheren Hafen“ im Sinne einer haftungstatbestandlichen Freistellung geben.²¹⁹ Vereinzelt wird aber mit beachtlichen Argumenten vertreten, dass die BJR dennoch anwendbar sein soll, wenn die Ermittlung des relevanten Sachverhalts hinreichend komplex und mit Unsicherheit verbunden ist und somit einen Beurteilungsspielraum der Geschäftsleitung eröffnet.²²⁰ Nach Kalss könne die BJR dem Grundsatz nach auch bei gesetzlichen Spielräumen anwendbar sein, wonach dem Leitungsorgan etwa bei der Etablierung eines IKS als absoluter Pflicht (also dem „Ob“) *kein* Ermessen zukomme, jedoch bei der Frage „wie“ das Organ der Pflicht nachkomme, sehr wohl ein gewisser Spielraum bestehe.²²¹ Die Frage der Anwendbarkeit der BJR bei solchen gesetzlichen Beurteilungs- und Ermessensspielräumen wird auch in der dLit diskutiert, wo überwiegend von *keiner* unmittelbaren Anwendbarkeit der dBJR ausgegangen wird, jedoch alternative Konzepte wie eine „spezialgesetzliche“ oder „normimmanente BJR“ geprägt

²¹⁴ OLG Düsseldorf I-6 W 45/09 ZIP 2010, 28 = CCZ 2010, 117 (Böhmer); Lutter, ZIP 2009, 197 (199).

²¹⁵ J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 134 ff sowie J. Reich-Rohrwig/Zimmermann in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 207 f mit umfassendem Verweis auf den deutschen Meinungsstand; diesen folgend sollten bestandsgefährdende Risiken sehr wohl, aber nur dann eingegangen werden dürfen, wenn dies im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung nach hinreichender Abwägung von Chancen und Risiken vertretbar erscheint; auch lt F. Hörlsberger in FAH, GmbHG § 25 Rz 27 ist bei Vorliegen aller anderen Voraussetzungen wohl nur dann von einer Haftung auszugehen, wenn der Geschäftsleiter das Risiko in „völlig unvertretbarer Weise falsch einschätzt“.

²¹⁶ OGH 6 Ob 160/15w ZfS 2016, 58 (Karollus) Pkt 5.2. aE.

²¹⁷ OGH 6 Ob 160/15w ZfS 2016, 58 (Karollus) Pkt 6.2.

²¹⁸ Siehe die Mat zur dBJR RegEntw zum UMAG, BT-Drucksache 15/5092, 11.

²¹⁹ Siehe die Mat zur dBJR RegEntw zum UMAG, BT-Drucksache 15/5092, 11.

²²⁰ Siehe etwa J. Reich-Rohrwig/Zimmermann in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 182 f, 209; s zur Diskussion auch Kalss in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 390.

²²¹ Kalss in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 391, nach welcher es in solchen Fällen aber zumeist um keine unmittelbare Anwendung der BJR gehe, auch wenn einige gesetzliche Spielräume einen ähnlich weiten Ermessensspielraum wie die BJR aufweisen würden; F. Hörlsberger in FAH, GmbHG § 25 Rz 27, mit Verweis auf OGH 6 Ob 198/15h NZ 2016, 413 (Brugger) Pkt 4.5.3. sowie BGH II ZR 234/09, Ision, ZIP 2011, 2097 = ecolex 2012/446 betont hingegen, dass die BJR nach ihrem Wortlaut bei unklarer Rechtslage nicht gelte – diesfalls habe der Geschäftsleiter vielmehr unabhängigen Rechtsrat einzuholen und diesen selbst einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen.

wurden.²²² Auch in solchen Fällen soll ähnlich wie bei der dBJR ein *safe harbour* für die Geschäftsleitung bestehen.²²³ In einer sehr aktuellen E zu einer möglichen Haftung iZm einem behauptet nicht ordnungsgemäßen IKS diskutiert der OGH das unternehmerische Ermessen beim „Wie“, also der konkreten Ausgestaltung des IKS („Ermessensentscheidungen betreffend verschiedene Möglichkeiten der Ausgestaltung von Kontrollsystemen“). Der OGH orientiert sich dabei an der BJR und bestätigt dadurch mE die zuvor dargestellte Ansicht in der Lit.²²⁴

2.2.6.4. Keine sachfremden Interessen

Wie bereits oben in Pkt 2.2.5.2 dargestellt, hat im Rahmen der Geschäftsleitung zwar stets das Unternehmenswohl im Vordergrund zu stehen, es können (oder müssen) im Einzelfall aber auch andere Interessen mitberücksichtigt werden, solange sie sich mit dem Unternehmenswohl decken.²²⁵

Bei diesem Kriterium der BJR geht es aber um etwas Anderes, nämlich die Freiheit von Interessenskollisionen bei der Aufbereitung und beim Treffen von Entscheidungen.²²⁶ Lässt sich die Geschäftsleitung von sachfremden Interessen leiten,²²⁷ gilt die der BJR innewohnende Vermutung, diese wollte nach bestem Wissen und Gewissen das Wohl des Unternehmens fördern, somit *nicht*.²²⁸ In der Lit wird schließlich davon ausgegangen, dass nur solche sachfremden Interessen die Anwendung der BJR verhindern, die auch kausal für die konkrete Entscheidung waren.²²⁹

²²² Siehe zur Diskussion auf jüngst *Fuhrmann/Heinen/Schilz*, NZG 2020, 1368 (1378 mwN), nach welchen bei der von ihnen vertretenen „spezialgesetzlichen“ anders als bei der normalen dBJR keine Ausrichtung rein am Unternehmensinteresse erfolge, sondern die jeweiligen gesetzlichen Spezifika als gewichtige Kriterien in den Abwägungsprozess zwingend einzubeziehen seien.

²²³ *Fuhrmann/Heinen/Schilz*, NZG 2020, 1368 (1378).

²²⁴ Jüngst OGH 8 ObA 109/20t GES 2021, 303 Pkt 3.1. (zum GF einer GmbH) („Zum Sorgfaltsmaßstab eines Geschäftsführers bei Ermessensentscheidungen betreffend verschiedene Möglichkeiten der Ausgestaltung von Kontrollsystemen ist die Orientierung an der „Business Judgment Rule“ [sic!] angebracht (vgl § 84 Abs 1a AktG)“. Der Umstand, dass der OGH sich „nur“ an der BJR *orientiert*, aber nicht explizit die Anwendbarkeit der BJR bejaht, könnte zwar Wasser auf die Mühlen von Vertretern einer „spezialgesetzlichen“ BJR (wie in der dLit argumentiert) bringen. Die besseren Argumente sprechen mE aber für eine unmittelbare Anwendbarkeit der BJR auch in solchen Fällen.

²²⁵ So auch *J. Reich-Rohrwig/Zimmermann* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 194.

²²⁶ *Kalss* in *MüKo AktG I*⁵ § 93 Rz 392 mwN.

²²⁷ Der OGH erwähnt in seiner E 6 Ob 160/15w im Fall einer Privatstiftung namentlich etwa die persönliche Zu- oder Abneigung gegenüber einzelnen Begünstigten als Beispiel für „sachfremde Interessen“.

²²⁸ *J. Reich-Rohrwig/Zimmermann* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 194.

²²⁹ Andere wollen schon das abstrakte Vorliegen zB eines Interessenkonfliktes als schädlich ansehen, grenzen die Relevanz dann aber durch eine (hohe) Erheblichkeitsschwelle ein; zur Diskussion *J. Reich-Rohrwig/Zimmermann* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 196 mwN; *Kalss* in *MüKo AktG I*⁵ § 93 Rz 392 mwN.

2.2.6.5. Handeln auf Grundlage angemessener Information

Diese *zentrale*²³⁰ Voraussetzung bietet Einiges an Auslegungsspielraum. Für die Frage, welche Informationen in einer konkreten Entscheidungssituation angemessen sind, können etwa folgende Kriterien zu berücksichtigen sein:

- (a) Verfügbare Zeit zur Informationseinholung;²³¹
- (b) Möglichkeiten des Informationszugangs;²³²
- (c) Abwägung der Kosten einer weiteren Informationsbeschaffung mit dem davon voraussichtlich zu erwartenden Nutzen.²³³

Welche Information angemessen ist, hängt daneben auch von der Tragweite der Entscheidung, der Vielfalt und Größe der Entscheidungsvariablen und dem Ausmaß des übernommenen Risikos ab.²³⁴ Bei bedeutenden Entscheidungen ist die Pflicht zur Einholung von Informationen daher verschärft.²³⁵

Auch bei der Entscheidung über die Informationsgrundlage kommt dem Organ nach wohl hM ein Ermessensspielraum zu (zB bei der Auswahl der Information, dem Ausmaß der Informationsbeschaffung, der Aufbereitung oder auch bei den Kosten-Nutzen-Erwägungen).²³⁶ Vertreten wird aber, dass hier ein geringerer Spielraum besteht, weil das Merkmal der „angemessenen Information“ einen höheren Konkretisierungsgrad als das des „Unternehmenswohls“ aufweise.²³⁷ Ausschlaggebend bleibt aber, ob der Vorstand zulässigerweise annehmen durfte, die Entscheidung auf Basis angemessener Informationen zu treffen, und nicht ob dies tatsächlich der Fall war.²³⁸

Entscheidet der Geschäftsleiter beispielsweise auf Grundlage spärlicher Informationen – sei es, weil eine Entscheidung rasch zu treffen ist oder weil er aus sonstigen Gründen mit einem

²³⁰ J. Reich-Rohrwig/Zimmermann in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 186.

²³¹ Zum Einfluss des Faktors Zeitdruck vgl OGH 7 Ob 58/08t RWZ 2008, 284 (Wenger) (zum AR einer GmbH). Unstr ist, dass der Wettbewerb auch häufig zu raschen Entscheidungen zwingt, ohne dass alle Entscheidungsgrundlagen bis ins Letzte erhoben und erforscht sein können und die unternehmerische Vorgangsweise bis ins Letzte ausgetüftelt und optimiert ist (J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 115); s auch Kalss in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 397; Spindler in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 55 (summarische Prüfung bei „Eilbedürftigkeit einer Entscheidung“).

²³² Spindler in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 55.

²³³ Kalss in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 397; Schima, GesRZ 2015, 286 (292); Karollus, ÖBA 2016, 252 (257); Winner in Kalss/Frotz/Schörghofer 1239 (1247 ff); Spindler in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 55.

²³⁴ Kalss in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 397 mwN.

²³⁵ Spindler in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 59 mwN.

²³⁶ So auch der BGH „Ausschlaggebend ist nicht, ob die Entscheidung tatsächlich auf Basis angemessener Informationen erfolgte und dem Wohle der Gesellschaft diene, sondern es reicht aus, dass der Vorstand dies vernünftigerweise annehmen durfte.“ (BGH 5 StR 134/15 eolex 2017/231 [J. Reich-Rohrwig]); Schima, GesRZ 2015, 286 (292 mwN) (Angemessenheit der Informationsgrundlage „selbst ein *business judgement*“); Kalss in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 398; so im Ergebnis auch Winner in Kalss/Frotz/Schörghofer 1239 (1248); aA Karollus in Kodek 43 (76 f), wonach die Frage, ob eine ausreichende Informationsgrundlage vorgelegen hat, objektiv zu beurteilen sei.

²³⁷ Kalss in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 398.

²³⁸ Siehe für die wohl hM nur Kalss in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 398; aA etwa Karollus, ÖBA 2016, 252 (258).

gewissen Maß an Unsicherheit kalkulieren muss – ist dem Geschäftsleiter nach *J. Reich-Rohrwig/Zimmermann* zuzugestehen, dies „einzupreisen“. Ein idS in Kauf genommenes Risiko – auch wenn es sich *ex post* um eine Fehleinschätzung handelte – sei gerade ein Kernanwendungsbereich der BJR und könne nicht automatisch als Handeln auf Grundlage unangemessener Information betrachtet werden.²³⁹

Je nach Komplexität kann schließlich auch die Einholung externer Beratungsleistungen gefordert sein,²⁴⁰ va wenn der notwendige Sachverstand unternehmensintern nicht vorliegt²⁴¹ (s zur Beiziehung von Beratern noch unten Pkt 2.2.7).

2.2.6.6. Handeln zum Wohle der Gesellschaft

Unternehmerische Entscheidungen haben sich wie bereits oben in Pkt 2.2.5.2 dargestellt im Rahmen des Leitungsermessens primär am Unternehmenswohl zu orientieren. Dieses ist nach hA mit dem im Rahmen der BJR geforderten Wohl der Gesellschaft gleichzusetzen.²⁴²

Bei diesem Kriterium handelt es sich um eine Art Ventil, anhand dessen die Entscheidung auch inhaltlich überprüft und einer Evidenzkontrolle unterzogen wird (geradezu irrationale oder unververtretbare Handlungen sollen damit von der BJR ausgeschlossen werden).²⁴³ Ob dabei auch noch die Frage der „Gutgläubigkeit“ eine Rolle spielen soll, ist in der Lit nicht vollends geklärt, sollte in der Praxis aber auch zu keinen unterschiedlichen Ergebnissen führen.²⁴⁴

Die vom OGH in seiner Leit-E gewählte Formulierung, dass eine Entscheidung *offenkundig* dem Wohl der Gesellschaft dienen *müsse* (siehe oben Pkt 2.2.6.2), sollte mE mit *Karollus*²⁴⁵ derart verstanden werden, dass es ausreichen müsse, wenn die Entscheidung dem Wohl der Gesellschaft dienen *kann*.²⁴⁶

²³⁹ *J. Reich-Rohrwig/Zimmermann* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 190; ähnlich auch die Mat zur dBJR, RegEntw zum UMAG, BT-Drucksache 15/5092, 12, wonach insb bei Entscheidungen, die unter hohem und nicht selbsterzeugtem Zeitdruck zu fällen sind, eine umfassende Entscheidungsvorbereitung schwierig oder gar unmöglich sein könne.

²⁴⁰ Jüngst OGH 8 ObA 109/20t GES 2021, 303 Pkt 3.1. (zum GF einer GmbH) („schlüssige Expertengutachten“); *Kalss* in *MüKo AktG I*⁵ § 93 Rz 397.

²⁴¹ *J. Reich-Rohrwig/Zimmermann* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 192; in der E 6 Ob 160/15w musste der OGH zu diesem Tatbestandsmerkmal keine Aussagen treffen, nach *Karollus* (ZFS 2016, 58 [68]) könne der E mit Verweis auf die dortigen Pkte 8.1. bis 8.4. aber entnommen werden, dass die Einholung von Gutachten zu zweifelhaften Fragen durchaus Sinn machen könne.

²⁴² *C. Nowotny* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 70 Rz 11; *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 70 Rz 91; *Kalss* in *MüKo AktG I*⁵ § 93 Rz 399.

²⁴³ Vgl *Winner* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 1239 (1249); *Karollus* in *Kodek* 43 (70); *C. Nowotny* in *FS Koppensteiner* zum 80. Geb 193 (202).

²⁴⁴ *J. Reich-Rohrwig/Zimmermann* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 161 mwN sprechen sich etwa dafür aus, dass dieses Kriterium im Pkt „zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“ bereits eingeschlossen sein sollte (dies mit ausf Verweisen auf die deutsche Diskussion); die Gutgläubigkeit bejahend: *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, *GmbHG*² § 25 Rz 36 aE; s auch den Verweis auf die Gutgläubigkeit durch den OGH in RIS-Justiz RS0130657.

²⁴⁵ ZFS 2016, 58 (58).

²⁴⁶ *ders* in *Kodek* 43 (71); zust *J. Reich-Rohrwig/Zimmermann* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 204.

Nicht im Unternehmenswohl liegen idR Entscheidungen, bei denen Chancen und Risiken der Gesellschaft in einem groben Missverhältnis stehen, die grob sorgfaltswidrig einen möglichen Vorteil der Gesellschaft nicht wahren, oder die eine grob sorgfaltswidrige Verschwendung von Mitteln der Gesellschaft bedeuten, beispielsweise weil eine offenkundig kostengünstigere Alternative zur Verfolgung desselben Zieles in unvertretbarer Weise nicht genützt wird.²⁴⁷

2.2.7. Beiziehung von Beratern

Geschäftsleiter dürfen sich im Rahmen ihrer Leitungsaufgaben wenn nötig auch von externen Beratern Unterstützung holen. Nach hA²⁴⁸ und Rsp²⁴⁹ kann die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters dies im Einzelfall (idR dann, wenn der notwendige Sachverstand unternehmensintern nicht vorliegt) auch gebieten. Nachdem Geschäftsleiter eine branchen-, größen- und situationsadäquate Bemühung schulden, richte sich lt OGH „die Situationsadäquanz des Verhaltens bei Transaktionen (auch) nach dem Transaktionswert“, weswegen etwa bei „größeren Umstrukturierungen [...] gerade bei nicht einschlägig ausgebildeten Vorständen, Aufsichtsräten und Geschäftsführern wohl regelmäßig spezialisierte Berater beizuziehen [seien], um eine (auch) gesetzeskonforme Abwicklung zu gewährleisten.“²⁵⁰

Wird fachlicher Rat bei einer verlässlichen und sachlich kompetenten Stelle eingeholt,²⁵¹ die über den gesamten Sachverhalt informiert wird,²⁵² kann dies die objektive Sorgfaltswidrigkeit des Organs ausschließen.²⁵³ Die zitierte Rsp des OGH entspricht inhaltlich weitestgehend der *Ision*-Rsp des BGH,²⁵⁴ auch wenn diese vom OGH nicht ausdrücklich erwähnt wird.²⁵⁵ Die vom BGH neben den bereits genannten Kriterien zusätzlich geforderte Plausibilitätskontrolle des Rechtsrats (diese wird vom OGH nicht

²⁴⁷ J. Reich-Rohrwig/Zimmermann in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 205; Kalss in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 401 („Vertretbarkeitskontrolle“).

²⁴⁸ J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 126; Feltl/Told in Gruber/Harrer, GmbHG² § 25 Rz 24 ff; F. Hörlsberger in FAH, GmbHG § 25 Rz 27; Schopper/Walch in Kalss/Frotz/Schörghofer 1253 (Rz 42).

²⁴⁹ OGH 6 Ob 198/15h NZ 2016, 413 (Brugger) (zur GmbH).

²⁵⁰ OGH 6 Ob 198/15h NZ 2016, 413 (Brugger) (zur GmbH).

²⁵¹ Grds darf sich das Vorstandsmitglied auf die Formalqualifikation eines Beraters verlassen: Kalss in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 390 („Vertrauensgrundsatz“); Schopper/Walch in Kalss/Frotz/Schörghofer 1253 (Rz 50 ff); Schopper/Walch, GES 2012, 215 (215 ff); J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 127; strenger, auf den „qualifiziertesten Rechtsbeistand“ abstellend Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77–84 Rz 95.

²⁵² OGH 6 Ob 198/15h NZ 2016, 413 (Brugger) (zur GmbH); RIS-Justiz RS0089613, RS0084545; Kehrner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 2 Rz 8; Kodek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 2 Rz 15.

²⁵³ OGH 6 Ob 198/15h NZ 2016, 413 (Brugger) (zur GmbH): „Allgemein kann dazu aber festgehalten werden, dass die objektive Sorgfaltswidrigkeit zwar durch Einholung fachlichen Rats ausgeschlossen werden kann, Voraussetzung dafür jedoch ist, dass dies bei einer verlässlichen, sachlich kompetenten Stelle erfolgte, die über den gesamten Sachverhalt informiert war [...]. Voraussetzung ist auch, dass die Anfrage entsprechend ergebnisoffen formuliert war; bloße Gefälligkeitgutachten exkulpieren nicht“; s dazu auch J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 127; F. Hörlsberger in FAH, GmbHG § 25 Rz 8.

²⁵⁴ BGH II ZR 234/09, *Ision*, ZIP 2011, 2097 = ecolex 2012/446.

²⁵⁵ Für die Umlegbarkeit auf das österr Recht schon Schopper/Walch in Kalss/Frotz/Schörghofer 1253 (Rz 44); s auch dies, GES 2012, 215 (schon vor der E OGH 6 Ob 198/15h).

ausdrücklich genannt) wird daher auch in Österreich als anwendbar gesehen, auch wenn sie nach hM nicht überspannt werden sollte²⁵⁶ (gesprochen wird idZ auch von einer „*Legal Judgement Rule*“).²⁵⁷

Abgesehen von den genannten Überlegungen wird die Beziehung von Beratern auch mit Blick auf einen möglichen späteren Haftungsprozess als empfehlenswert und vorteilhaft bezeichnet.²⁵⁸

2.3. Treuepflicht

Der unternehmerische Ermessensspielraum wird durch die organschaftliche Treuepflicht flankiert.²⁵⁹ Diese knüpft an die Verantwortung des Leitungsorgans im Rahmen seiner treuhändigen Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen.²⁶⁰ Die an das englische Gesellschaftsrecht erinnernde „Auffächerung“²⁶¹ der Geschäftsleiterpflichten in Sorgfaltspflichten (*duties of care and skill*) und Treuepflichten (*fiduciary duties*) findet sich im Grundsatz damit auch im österr Gesellschaftsrecht wieder.²⁶² Dahinter steht das eng mit dem unternehmerischen Ermessensspielraum der Geschäftsleitung verknüpfte *Principal-Agent*-Problem: Die Verhaltenspflichten der Geschäftsleitung können einerseits *ex ante* nicht hinreichend genau konkretisiert werden und andererseits sind die Kosten für eine unmittelbare Kontrolle der Leitungstätigkeit (va für Aktionäre bei AG) idR zu hoch.²⁶³

Geschäftsleiter trifft daher eine Treuepflicht²⁶⁴ gegenüber der Gesellschaft und abhängig von der Gesellschaftsform wohl auch gegenüber den Anteilsinhabern (und daher wirtschaftlichen

²⁵⁶ Welser, ecolex 2017, 1073 (1076), bezeichnet die in E 6 Ob 198/15h gestellten Anforderungen an die Plausibilitätskontrolle (insb hinsichtlich des Hinweises auf eine Überprüfung der Berücksichtigung der damals vorhandenen Rechtserkenntnisquellen) als „wirklich besorgniserregend“, insb da der OGH dort von den im behandelten Fall beklagten Geschäftsführern und AR verlange, dass diese ein eingeholtes Sachverständigengutachten darauf überprüfen sollten, ob zu einer spezifischen Rechtsfrage (hier: Anwendbarkeit der Kapitalerhaltungsvorschriften auf die eine unechte Kapitalgesellschaft darstellende GmbH & Co KG) auch „die damals vorhandenen Rechtserkenntnisquellen“ (insb die damals diskutierte E 2 Ob 225/07p RWZ 2008, 260 [Wenger]) dargelegt wurden und „ob die gegen die Maßgeblichkeit der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs ins Treffen geführten Argumente – aus der Sicht eines ordentlichen Geschäftsmanns – bei Anlegung eines strengen Maßstabs tatsächlich so überzeugend waren, um den von der Klägerin erhobenen Schuldvorwurf“ zu entkräften; gegen eine Überspannung auch Schopper/Walch in Kalss/Frotz/Schörghofer 1253 (Rz 59 ff); Kalss in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 390 (nach welcher der OGH in seiner E 6 Ob 198/15h „tendenziell zu streng“ sei); J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 129.

²⁵⁷ J. Reich-Rohrwig/Zimmermann in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 185.

²⁵⁸ Siehe schon Schumacher, ecolex 1990, 337 (338); dies zB auch für die Erstellung einer Fortbestehensprognose, s dazu noch unten Pkt 6.2.3.

²⁵⁹ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer² Rz 3/509 ff.

²⁶⁰ stRsp RIS-Justiz RS0059449, jüngst OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.1 (zum AR einer AG); Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer² Rz 3/509.

²⁶¹ Felzl/Told in Gruber/Harrer, GmbHG² § 25 Rz 10.

²⁶² Felzl/Told in Gruber/Harrer, GmbHG² § 25 Rz 10, nach welchen die in England mit den Sec 171 ff CA 2006 kodifizierten *directors' duties* auch für die Generalklausel des § 25 GmbHG eine durchaus wertvolle Interpretationshilfe bieten könnten; s zu den Pflichten im englischen Recht Pkt C 6.

²⁶³ Dazu ausf Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer² Rz 3/509 mwN.

²⁶⁴ RIS-Justiz RS0059469; RS0059576 („Die besondere Treuepflicht der Geschäftsführer verbietet ihnen den Einsatz gesellschaftsrechtlicher Machtbefugnisse zugunsten gesellschaftsfremder Zwecke und die eigennützige

Eigentümern)²⁶⁵ (s dazu auch oben Pkt 2.2.5.3 zum gemäßigten *Shareholder-Value* Ansatz bei der AG sowie Pkt 2.2.5.1 zur etwas differenzierten Betrachtung bei der GmbH aufgrund der bestehenden Weisungsbefugnis der Gesellschafter gegenüber der Geschäftsführung). Im Rahmen des Leitungsermessens sind im Einzelfall wie bereits dargestellt widerstreitende Interessen abzuwägen und einseitige Bevorzugungen zu vermeiden. Auf dieser Basis ist eine dem Unternehmenswohl entsprechende Entscheidung zu treffen²⁶⁶ (s bereits oben Pkt 2.2.5.2).

Spannungen ergeben sich dabei insb bei Interessenskollisionen und –konflikten bei Insichgeschäften, Doppelvertretungen oder Ähnlichem.²⁶⁷ Genau deswegen gibt es auch Einzelregelungen wie etwa Kontrollmechanismen zB für Kreditgewährungen an Vorstandsmitglieder gem § 80 AktG oder § 25 Abs 4 GmbHG (generell für Insichgeschäfte), oder auch das Wettbewerbsverbot des § 79 AktG bzw § 24 GmbHG (um nur einige zu nennen).²⁶⁸

Diskutiert wird das Thema Treuepflicht somit primär in Fällen, in denen die *eigenen* Interessen der Geschäftsleitung zu einer Gefährdung der Interessen der vertretenen Gesellschaft führen können.²⁶⁹ Im Krisenzusammenhang und auch in der RIRL wird dieses Thema aber auch als Mittel zum Gläubigerschutz diskutiert (sog *shift of fiduciary duties* zu den Gläubigern in der Unternehmenskrise) (s dazu ausf unten Pkt 3.4.2 zur Diskussion in der dLit und Pkt C 6.3 zum englischen Recht).

2.4. Abdingbarkeit

2.4.1. Generell

Nicht zuletzt aufgrund des eingangs dargestellten Prinzips der Innenhaftung (s oben Pkt 2.1.3) stellt sich zwangsläufig die Frage, ob die Gesellschaft oder deren Anteilsinhaber mögliche, gegenüber der Geschäftsleitung bestehende Haftungsansprüche im Vor- oder im Nachhinein per Verzicht oder Vergleich aufgeben können. Verwandt ist die Frage, ob

Ausnützung der Organstellung auf Kosten der Gesellschaft. Dies steht in der Regel einer Kreditgewährung eines Geschäftsführers an sich selbst oder an einen anderen Geschäftsführer im Wege.“); s auch OGH 3 Ob 521/84, EvBl 1986, 308.

²⁶⁵ Dazu ausf *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 227 ff mit Verweis auf gesetzliche Regelungen wie § 70 Abs 1 AktG, das Gleichbehandlungsgebot (§ 47a AktG) oder auch den neugefassten Untreuetatbestand des § 153 Abs 2 StGB (Vermögensschutz der „wirtschaftlich Berechtigten“), die man bei der Beurteilung der Treuepflicht nicht außer Acht lassen könne; ebenso *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 61 (Stand 1. 6. 2015, rdb.at); aA (Treuepflicht nur gegenüber der Gesellschaft, nicht im Verhältnis zwischen Geschäftsleiter und Anteilseignern) etwa *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*² Rz 3/510.

²⁶⁶ stRsp, jüngst OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.2 (zum AR einer AG).

²⁶⁷ *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 232 ff; *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 62 (Stand 1. 6. 2015, rdb.at); *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*² Rz 3/511.

²⁶⁸ Mehr dazu in *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*² Rz 3/511 ff; *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*² Rz 4/208, 214 ff.

²⁶⁹ *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 62 (Stand 1. 6. 2015, rdb.at).

haftungsträchtiges Verhalten im Vorhinein genehmigt oder sogar angeordnet werden kann (Entlastung, Weisung).

GmbH-Geschäftsführer haben Weisungen der Gesellschafter zu befolgen (§ 20 Abs 1 GmbHG), weswegen weisungskonformes Handeln daher grds auch keine Haftung auslöst²⁷⁰ (s aber sogleich unten Pkt 2.4.2 zum Gläubigervorbehalt). Dies gilt nicht nur für mangelfreie, sondern auch anfechtbare, aber unangefochten gebliebene Weisungsbeschlüsse, es sei denn der Mangel ist so gravierend, dass ein Beschluss nichtig ist (dazu gehören insb Verstöße gegen Gläubigerschutzbestimmungen und Kapitalerhaltungsvorschriften).²⁷¹ Auch eine nachträgliche Entlastung bei bereits erfolgter Pflichtverletzung ist möglich. Ein von den Gesellschaftern gefasster Entlastungsbeschluss stellt einen Verzicht auf bekannte und auch erkennbare Ansprüche dar.²⁷² Im Gegenschluss führt die Entlastung daher zu keiner Haftungsbefreiung, wenn anspruchsbegründende Verstöße nicht bekannt oder erkennbar waren oder die den Gesellschaftern zur Verfügung gestellten bzw stehenden Unterlagen (in relevanten, wesentlichen Pkten) unvollständig sind.²⁷³

Bei der AG ist die Lage bereits aufgrund der Weisungsfreiheit des Vorstands anders und die gesetzlichen Regelungen sind etwas detaillierter. § 84 Abs 4 AktG lässt einen Verzicht oder Vergleich bei sonstiger Nichtigkeit nur unter den *kumulativen* Voraussetzungen zu, dass (i) seit der Entstehung des Ersatzanspruchs bereits fünf Jahre vergangen sind und (ii) die Hauptversammlung mit einem qualifizierten Mehrheitsbeschluss (> 80 %) zustimmt.²⁷⁴ Auch ein solcher Verzicht steht jedoch unter Gläubigervorbehalt (s sogleich). Gem § 84 Abs 4 Satz 2 AktG wirkt auch eine allfällige Billigung durch den Aufsichtsrat ex lege *nicht* haftungsausschließend.²⁷⁵

2.4.2. Gläubigervorbehalt

Der Gesetzgeber hat sich intensiv Gedanken über die „Kreditbasis“ von Kapitalgesellschaften und ihre Akzeptanz im Geschäftsleben gemacht und wollte vor dem Hintergrund der kapitalgesellschaftlichen Haftungsbeschränkung dafür sorgen, dass die

²⁷⁰ RIS-Justiz RS0026773; s auch *F. Hörlsberger* in FAH, GmbHG § 25 Rz 17 mwN.

²⁷¹ Siehe etwa OGH 6 Ob 171/15p ÖBA 2017/2380 (*Dellinger*); s auch *F. Hörlsberger* in FAH, GmbHG § 25 Rz 17.

²⁷² RIS-Justiz RS0060000; zuletzt OGH 8 ObA 58/18i ARD 6636/12/2019; OGH 9 ObA 58/15t RWZ 2016/36 (*Wenger*); vgl auch OGH 9 ObA 149/08i GesRZ 2000, 55 (*Artmann*); *F. Hörlsberger* in FAH, GmbHG § 25 Rz 18.

²⁷³ RIS-Justiz RS0060019, zuletzt OGH 24. 10. 2018, 8 ObA 58/18i; *F. Hörlsberger* in FAH, GmbHG § 25 Rz 18.

²⁷⁴ Gem dem für die gegenständliche Arbeit nicht primär relevanten § 84 Abs 4 letzter Satz AktG gilt diese zeitliche Beschränkung dann nicht, wenn der Ersatzpflichtige (also der Vorstand) zahlungsunfähig oder überschuldet ist und sich zur eigenen Sanierung mit seinen Gläubigern vergleicht.

²⁷⁵ Siehe zu all dem *Kalss* in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 420 ff.

Leitung von Kapitalgesellschaften mit einer zwingenden „Kapitänschaftung“ verbunden wird.²⁷⁶

Der zwingende Charakter des § 25 GmbHG ergibt sich aus § 4 Abs 2 GmbHG. Der Sorgfaltsmaßstab des GmbH-Geschäftsführers ist daher einer vertraglichen Abmilderung *nicht* zugänglich, einer Verschärfung aber sehr wohl.²⁷⁷ Dies gilt daher auch für die in § 25 Abs 3 GmbHG geregelten und insb den Gläubigerschutz im Blick habenden Haftungstatbestände wie die verbotene Einlagenrückgewähr oder das Zahlungsverbot.²⁷⁸ Da Gläubiger Verfügungen über Haftungsansprüche gegenüber der Geschäftsführung idR weder kontrollieren noch verhindern können, trägt das GmbHG den Befriedigungsrechten der Gläubiger mit einem sog *Gläubigervorbehalt* Rechnung.²⁷⁹ Nach den §§ 25 Abs 5 und Abs 7 iVm 10 Abs 6 GmbHG stehen daher Verfügungen über Haftungsansprüche gegenüber der Geschäftsführung sowohl im Vor- als auch im Nachhinein unter dem *ex-lege*-Vorbehalt der nachträglichen²⁸⁰ Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung.²⁸¹

Eine dem Konzept nach ähnliche, aber im Detail vom GmbHG abweichende Regelung sieht auch das AktG vor. Gem § 84 Abs 5 AktG können Ersatzansprüche *der Gesellschaft* auch von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden, soweit sie von der Gesellschaft selbst keine Befriedigung erlangen können (sog „Einziehungsermächtigung“). Das Aktienrecht erspart Gläubigern damit (anders als das GmbH-Recht) die oft umständliche Forderungspfändung.²⁸² Die Einziehungsermächtigung begründet aber *keinen* eigenen Anspruch der Gläubiger, sondern ermöglicht nur die Geltendmachung einer fremden Forderung – nämlich des Ersatzanspruchs der AG gegen das Vorstandsmitglied – *durch* die Gläubiger.²⁸³ Im Insolvenzverfahren ist gem § 84 Abs 5 letzter Satz AktG aber der Insolvenzverwalter für die Ausübung dieser Rechte gegen die Vorstandsmitglieder zuständig. Einer Geltendmachung durch die Gläubiger steht schließlich gem § 85 Abs 5

²⁷⁶ Ausf U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler 35 (39 f) in Bezug auf die GmbH u (41) gleichermaßen in Bezug auf die AG, insb mit Verweis auf die bei Personengesellschaften gem § 128 UGB zwingend vorgesehene Selbstorganschaft.

²⁷⁷ RIS-Justiz RS0059670, jüngst OGH 26. 8. 2020, 9 ObA 136/19v (zur GmbH).

²⁷⁸ U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler 35 (35 f mwN); F. Hörlsberger in FAH, GmbHG § 25 Rz 5 mwN.

²⁷⁹ RIS-Justiz RS0026773 („Handelt ein Geschäftsführer in Befolgung einer Gesellschafterweisung, wird er – soweit dadurch nicht Gläubigerrechte verkürzt werden (§ 25 Abs 5 GmbHG) – in der Regel von seiner Haftung gegenüber der GmbH befreit sein“); F. Hörlsberger in FAH, GmbHG § 25 Rz 4; Umfahrer, GmbH⁶ Rz 262; Haberer, Kapitalgesellschaftsrecht 494 ff; U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler 35 (42 ff) mit Darstellung der Diskussion darüber, ob der Gläubigervorbehalt sich nur auf Ersatzansprüche im Gläubigerinteresse oder generell auf alle Sorgfaltsverletzungen bezieht (U. Torggler tritt entschieden für Ersteres ein), sowie weiters mit Hinweis darauf, dass „§ 10 Abs 6 GmbHG [...] nicht Inhalt und Aufgabe [habe], neue Ersatzansprüche zu schaffen, sondern die Wirkungen eines Verzichts auf *entstandene* Ersatzansprüche zu begrenzen.“; s auch C. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer² Rz 4/238.

²⁸⁰ U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler 35 (36 f); Gellis/Feil, GmbHG⁷ § 10 Rz 12; Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 25 Rz 30.

²⁸¹ Dazu reichen nicht bloß vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten aus (U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler 35 [37] mit Verweis auf die hM). Im Konkurs wird dies regelmäßig der Fall sein (s nur Wagner, Geschäftsführerhaftung Rz 10).

²⁸² Kalss in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 427.

²⁸³ Adensamer in Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 84 Rz 66; Kalss in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 427.

Satz 3 AktG weder ein Verzicht oder Vergleich durch die Gesellschaft noch die Billigung durch einen Beschluss der Hauptversammlung oder des Aufsichtsrats entgegen. Ausgenommen sind aber Ersatzansprüche wegen leicht fahrlässiger „bloßer Sorgfaltsverletzungen“. Diese Ansprüche können von Gesellschaftsgläubigern gem § 84 Abs 5 S 2 AktG nicht geltend gemacht werden, außer es handelt sich um Verstöße gegen die in § 84 Abs 3 AktG genannten Gläubigerschutzvorschriften.

Im Bereich der leichten Fahrlässigkeit entlastet ein wirksamer Verzicht oder Vergleich den Vorstand damit uU vorbehaltlos,²⁸⁴ was im Vergleich zum GmbH-Recht einen etwas geringeren Gläubigerschutz bedeuten könnte.²⁸⁵ Eine Einziehungsermächtigung analog zu § 84 Abs 5 AktG scheidet nach hM mangels planwidriger Lücke bei der GmbH aus.²⁸⁶ Die exekutive Einziehung auf Basis eines gültigen Titels ist jedoch nach allgemeinen Grundsätzen möglich.²⁸⁷

Zusammenfassend hat das bestehende österr Pflichtenregime beim Umgang mit Organhaftungsansprüchen und auch bei Verfügungen über selbige Gläubigerschutzerwägungen jedenfalls mit im Blick. Das gilt im Grundsatz auch für das deutsche Recht, jedoch ist der Gläubigervorbehalt bei der dGmbH deutlich eingeschränkter ausgestaltet und erfasst lediglich Verletzungen gegen die in § 43 Abs 3 dGmbHG genannten besonderen Haftungstatbestände iZm der unzulässigen Rückzahlung des Stammkapitals oder dem unzulässigen Erwerb eigener Geschäftsanteile.²⁸⁸

2.5. Überleitung: Insolvenzprophylaxe

2.5.1. Vorbemerkung

Bevor auf die konkrete Sanierungsverantwortung in der Unternehmenskrise eingegangen wird, wird im Folgenden ein kompakter Überblick²⁸⁹ über die bereits im bestehenden Recht explizit geregelten Insolvenzprophylaxebestimmungen („Prophylaxe“ im Sinne von Vorbeugung) gegeben. Insolvenzprophylaxe soll dabei helfen, Krisensymptome und Insolvenzindikatoren rechtzeitig zu erkennen (Krisenvorschau), um dadurch das Unternehmen in der Krise sanieren zu können.²⁹⁰ Diese ergibt sich einerseits aus der

²⁸⁴ U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler 35 (44 f mwN).

²⁸⁵ Die analoge Anwendbarkeit von § 84 Abs 5 AktG im GmbH-Recht ist umstritten, aber wohl zu verneinen (J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 156 [Stand 1. 6. 2015, rdb.at]; Dellinger in FS Frotz 187 [212 ff]; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 5; aA Harrer, Haftungsprobleme 70 ff; Schummer, Eigenkapitalersatz 474 f).

²⁸⁶ RIS-Justiz RS0034493 (OGH 12. 4. 1989, 2 Ob 566/88); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 5 mwN.

²⁸⁷ Siehe dazu nur F. Hörlsberger in FAH, GmbHG § 25 Rz 4. Dasselbe gilt auch bei der AG (neben der Einziehungsermächtigung), s Adensamer in Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 84 Rz 67.

²⁸⁸ Dieser Unterschied im Vergleich zum Recht der dAG führte teilweise zu Bedenken iZm der Richtlinienkonformität des StaRUG (s dazu noch unten Pkt D 7.4.2).

²⁸⁹ Zu speziellen, aber im Rahmen dieser Arbeit nicht behandelten Aspekten der Krisenverantwortung wie etwa Corporate Governance oder Corporate Compliance s nur Jaufer, Unternehmen³ 259 ff; dieser gibt in Grafik 11 (394) auch einen guten Überblick zu den in der Praxis relevantesten Insolvenzprophylaxebestimmungen iVm der Pflicht zur Erstellung einer Fortbestehensprognose.

²⁹⁰ Jaufer, Unternehmen³ 192.

allgemeinen Sorgfaltspflicht und der daraus entspringenden Krisen- und Sanierungsverantwortung (s dazu insb noch unten Pkt 3). Andererseits regeln explizite Insolvenzprophylaxebestimmungen die nachfolgend dargestellten Pflichten, die von der Geschäftsleitung im Rahmen der Legalitätspflicht (s dazu oben Pkt 2.2.4) einzuhalten sind.

2.5.2. Finanzgebarung und Internes Kontrollsystem

Der OGH hat iZm den finanziellen Verhältnissen der Gesellschaft klare und strikte Vorstellungen zu den Pflichten der Geschäftsleitung. Schon bei Gesellschaftsgründung und bei Aufnahme des Geschäftsbetriebs muss die Geschäftsleitung im Rahmen ihrer Sorgfaltspflicht eine geeignete Finanzplanung (Geschäftsplan, Businessplan, wirtschaftliches Konzept) erstellen.²⁹¹ Geschäftsleiter müssen sich stets ein genaues Bild von der Lage des Unternehmens und insb von dessen Liquidität verschaffen und alle Maßnahmen treffen, die geeignet sind, eine Schädigung dritter Personen, insb durch Eingehung neuer Verbindlichkeiten nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, hintanzuhalten.²⁹² Geschäftsleiter müssen für ein entsprechend organisiertes Unternehmen sorgen, damit sie stets über betriebswirtschaftlich relevante Daten wie Rentabilität und Liquidität Gewissheit haben können und über Fehlentwicklungen informiert sind.²⁹³ Wenn sie ihre Organisations- und Überwachungspflichten schuldhaft verletzen, kann dies zur Haftung führen.²⁹⁴ Umso mehr gehört zum Kernbereich der Geschäftsleiterpflichten auch die laufende Überwachung der finanziellen Lage, insb auch in Bezug auf die Insolvenzantragspflicht²⁹⁵ (selbst wenn ein anderes Organmitglied ressortmäßig für den kaufmännischen Bereich zuständig ist).²⁹⁶

Seit dem IRÄG 1997²⁹⁷ verlangen § 82 AktG bzw § 22 GmbHG von der Geschäftsleitung explizit die Einrichtung eines IKS, das schon nach dem Gesetzeswortlaut den Anforderungen des Unternehmens entsprechen muss²⁹⁸ und zu dessen Einrichtung und regelmäßiger Evaluierung die Geschäftsleitung im Rahmen ihrer allgemeinen Sorgfaltspflichten angehalten ist.²⁹⁹ Den Mat zum IRÄG 1997 folgend versteht man unter einem IKS „sämtliche aufeinander abgestimmte Methoden und Maßnahmen in einem Unternehmen, die dazu dienen, das Vermögen zu sichern, die Genauigkeit und Zuverlässigkeit der

²⁹¹ OGH 20. 10. 1987, 11 Os 51/87 („wirtschaftliches Konzept“).

²⁹² RIS-Justiz RS0059774; ähnlich jüngst OGH 8 ObA 109/20t GES 2021, 303 Pkt 3.1. (zum GF einer GmbH).

²⁹³ OGH 1 Ob 545/80 GesRZ 1982, 243 (*Kutschera*); 3 Ob 287/02f SZ 2003/133; *Jaufer*, Unternehmen³ 192.

²⁹⁴ Jüngst OGH 8 ObA 109/20t GES 2021, 303 Pkt 3.1. (zum GF einer GmbH); s auch RIS-Justiz RS0059528.

²⁹⁵ OGH 3 Ob 536/77 GesRZ 1978, 36 (zur AG); 11 Os 52/05i ecolex 2007, 407 (*Spornberger*) (zum Verein); *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 640 f; so auch die stRsp des BGH, jüngst II ZR 248/17 ZIP 2020, 1239 (zum Zahlungsverbot): „Der Geschäftsführer ist verpflichtet, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens laufend zu beobachten. Bei Anzeichen einer Krise hat er sich durch Aufstellung eines Vermögensstatus einen Überblick über den Vermögensstand zu verschaffen. Stellt sich dabei eine rechnerische Überschuldung heraus, dann muss er prüfen, ob sich für das Unternehmen eine positive Fortbestehensprognose stellt.“

²⁹⁶ Ausf zur Ressortaufteilung jüngst *Obergruber/U. Torggler*, RdW 2019, 811 (insb 815); s auch BGH II ZR 81/94 ZIP 1994, 891.

²⁹⁷ BGBl I 1997/114.

²⁹⁸ So auch *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 56 ff.

²⁹⁹ Jüngst OGH 26. 8. 2020, 9 ObA 136/19v (zur GmbH); s auch *Viehböck/Linder*, SWK 2009, 1269 (1269 ff).

Abrechnungsdaten zu gewährleisten und die Einhaltung der vorgeschriebenen Geschäftspolitik zu unterstützen.“³⁰⁰ Das Ziel eines IKS ist es lt OGH, das Vermögen zu sichern, die Genauigkeit und Zuverlässigkeit der Abrechnung zu gewährleisten und die Einhaltung der Geschäftspolitik zu unterstützen.³⁰¹

Schließlich obliegt Geschäftsleitern im Rahmen ihrer allgemeinen Sorgfaltspflichten die Finanzgebarung und daher die Analyse der laufenden Geschäftsentwicklung sowie die Erarbeitung der kurz-, mittel- und langfristigen Unternehmensplanung.³⁰² Dies macht es erforderlich, stets ein genaues und umfassendes Bild der Unternehmenslage und der Rentabilität, der Liquidität, des Geschäftsgangs und ähnlicher Faktoren vor Augen zu haben.³⁰³ In diesem Rahmen ist auch laufend zu prüfen, ob die URG-Kennzahlen erfüllt sind oder ein Insolvenzgrund vorliegt.³⁰⁴ Eine Kernverpflichtung im Rahmen der Finanzgebarung ist schließlich die Erstellung des Jahresabschlusses (§§ 189 ff iVm 221 ff UGB) als eine *der* zentralen Geschäftsleitungsaufgaben.³⁰⁵

Bei Anzeichen einer Krise müssen sich Geschäftsleiter idR durch Aufstellung eines Vermögensstatus einen Überblick über den Stand der Aktiva und Passiva verschaffen.³⁰⁶ Auch wenn Insolvenzprophylaxebestimmungen selbst zu keiner Insolvenzantragspflicht führen, kann eine Verletzung selbiger und ein dadurch erfolgtes „Übersehen“ eines Insolvenzgrundes somit mittelbar zu einer Insolvenzverschleppungshaftung führen.³⁰⁷

2.5.3. Einberufungs- und Berichtspflichten

2.5.3.1. Einberufung der General- bzw Hauptversammlung

(a) Pflichten

Gem § 36 Abs 2 GmbHG ist vom GmbH-Geschäftsführer neben der jährlichen ordentlichen Generalversammlung immer dann ohne Verzug eine außerordentliche Generalversammlung einzuberufen, wenn sich ergibt, dass die Hälfte des Stammkapitals verloren gegangen ist oder die Eigenmittelquote (§ 23 URG) weniger als 8 % und die fiktive Schuldentilgungsdauer (§ 24 URG) mehr als 15 Jahre

³⁰⁰ ErläutRV 734 BlgNR 20. GP 64. Daraus kann aber *keine* generelle Pflicht zur Installierung eines Frühaufklärungssystems oder generell eines umfassenden Risikomanagement(system)s abgeleitet werden. Eine solche generelle Verpflichtung zu einem umfassenden Risikomanagement wird in Österreich abgelehnt, insoweit es nicht sondergesetzlich wie zB in § 39 BWG vorgesehen oder im Einzelfall erforderlich ist (*J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 63, 65); auch nach *Lindner* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 707 (710 f) gehe es stets darum, betriebswirtschaftlich sinnvolle Maßnahmen zu treffen, die der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens entsprechen, was im Einzelfall auch die Implementierung eines funktionierenden Risikomanagements bedeuten könne, damit Gefahren für den Bestand des Unternehmens, Liquidität und Rentabilität rechtzeitig erkannt und Gegenmaßnahmen ergriffen werden können.

³⁰¹ Jüngst OGH 8 ObA 109/20t GES 2021, 303 Pkt 3.2. (zum GF einer GmbH)

³⁰² Siehe bereits die zuvor zitierte OGH-Rsp; s auch *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 44.

³⁰³ OGH 3 Ob 521/84 EvBl 1986, 308; 1 Ob 545/80 GesRZ 1982, 243 (*Kutschera*); RIS-Justiz RS0059774.

³⁰⁴ *Viehböck/Linder*, SWK 2009, 1269 (1269 ff); s dazu unten Pkt 4.2 (URG) und Pkt 6.2 (Insolvenzgründe).

³⁰⁵ OGH 6 Ob 99/17b GES 2017, 254.

³⁰⁶ *C. Fritz/Schauer*, SWK-Spezial (2009) 48.

³⁰⁷ So auch OGH 1 Ob 553/94 ÖBA 1995, 95 (*Schumacher*) (zu § 22 GmbHG); *Jaufer*, Unternehmen³ 195.

beträgt.³⁰⁸ Eine vergleichbare Bestimmung befindet sich in § 83 AktG, wobei hier die Einberufungspflicht lediglich auf den Verlust des halben Grundkapitals beschränkt ist.³⁰⁹ Eine Anpassung des seit der Stammfassung des AktG 1937 unveränderten § 83 AktG wurde 2013 nach den Mat als „nicht für nötig erachtet“.³¹⁰ Europarechtlich werden die Verlustanzeigepflichten durch Art 58 der EU Richtlinie über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts³¹¹ determiniert. Das Abstellen auf die Hälfte des Stamm- bzw des Nennkapitals ist nach der Lit schließlich zumindest zu hinterfragen, weil diese als ausschl auf den Vermögensstand der Gesellschaft abstellende und nichts über die Liquidität oder Auftrags- und Ertragslage sowie Zukunftsaussichten aussagende Kennzahl kaum geeignet sei, eine wirtschaftliche Krise verlässlich zu indizieren.³¹²

Bei den genannten Bestimmungen handelt es sich (auch) um Insolvenzprophylaxebestimmungen.³¹³ Wie noch sogleich in Pkt 3 ausf dargestellt wird, ist ein wesentlicher Aspekt der Sanierungsverantwortung die Aufgabe der Geschäftsleitung, die Anteilsinhaber in eine Position zu bringen, entsprechende Sanierungsmaßnahmen prüfen und durchführen zu können. Den Anteilsinhabern soll in der Krise eine Gegensteuerung ermöglicht³¹⁴ sowie Warnsignale und Informationen über möglicherweise existenzbedrohende Verluste der Gesellschaft mitgeteilt werden.³¹⁵ Genau aufgrund dieser Erwägungen ist es zentrale Aufgabe der Geschäftsleitung, im Rahmen ihrer Einberufungspflicht den Anteilsinhabern zweckmäßige Sanierungsvorschläge zu unterbreiten (und gegebenenfalls

³⁰⁸ Zuletzt geändert wurde diese Bestimmung mit dem GesRÄG 2013 (BGBl I 109/2013), mit welchem die Einberufung aufgrund der URG-Kennzahlen ergänzt wurde. Einen ähnlichen Vorschlag hatte schon *Dellinger*, ZIK 1997, 8 (9 f) bei Gesetzwerdung des URG gebracht, nach welchem überlegt werden sollte, die geltende Informationspflicht statt an den Verlust des halben Nennkapitals an die URG-Kennzahlen zu knüpfen und mit einer ausdrücklichen gesetzlichen – der Gesellschaft (nicht den Gläubigern) gegenüber bestehenden – Pflicht zur Vorlage eines Sanierungskonzepts zu verbinden.

³⁰⁹ Dazu auch *J. Reich-Rohrwig/Dibon* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 83 Rz 4.

³¹⁰ ErläutRV 2356 XXIV GP 14; *Lindner* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 707 (711 f) geht aber davon aus, dass der Vorstand bei Erfüllung der URG-Kennzahlen dennoch aufgrund seiner allgemeinen Sorgfaltspflichten zu prüfen haben werde, ob eine Einberufung der Hauptversammlung erforderlich sei; so auch *Kalss* in *MüKo AktG I*⁵ § 92 Rz 108.

³¹¹ Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl L 169/46 (dort aber nur für AG vorgesehen). Mit dieser wurde ua die Richtlinie 2012/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den MS den Gesellschaften im Sinne des Artikels 54 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (Neufassung) (Abl L 315/74) neukodifiziert.

³¹² *J. Reich-Rohrwig/Dibon* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 83 Rz 7 sowie zur str Definition des Begriffs „Verlust“ Rz 13.

³¹³ *J. Reich-Rohrwig/Dibon* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 83 Rz 13.

³¹⁴ *C. Fritz/Schauer*, SWK-Spezial (2009) 47.

³¹⁵ *J. Reich-Rohrwig/Dibon* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 83 Rz 4; auf die Information über die Möglichkeiten einer Innenfinanzierung hinweisend: *Viehböck/Linder*, SWK 2009, 1269 (1273).

entsprechende Tagesordnungspunkte anzukündigen), damit diese über die Krisensituation beraten und wenn gewollt Maßnahmen treffen können.³¹⁶

Die Anteilsinhaber trifft infolge der Einberufung aber *keine* Verpflichtung, angemessene Sanierungsmaßnahmen zu beschließen und deren Beschluss ist mangels Schutzgesetzcharakter nach hA auch nicht an den Interessen der Gläubiger zu messen.³¹⁷ Daraus folgt aus Sicht der Geschäftsleitung aber, dass *alleine* der Umstand, dass nach ordnungsgemäßer Einberufung *keine* Sanierungsmaßnahmen gesetzt werden, nicht zur Haftung führen sollte.³¹⁸

(b) Folgen der Nichteinhaltung

Als Teil der allgemeinen Sorgfaltspflicht gehört es wie bereits gezeigt zu den Aufgaben der Geschäftsleitung, Krisenindikatoren wie etwa einen Verlust in der Höhe der Hälfte des Grundkapitals auch unterjährig zu erkennen. Dies ergibt sich auch bereits aus dem jeweiligen Gesetzestext („wenn es sich ergibt“ bzw. „anzunehmen ist“).³¹⁹ Beruft die Geschäftsleitung trotz Einberufungspflicht nicht ein, handelt sie sorgfaltswidrig,³²⁰ was eine Haftung gegenüber der durch die Einberufungspflicht primär geschützten Gesellschaft,³²¹ aber als solches *nicht* gegenüber den Anteilsinhabern zur Folge haben kann.³²² Von der wohl hL wird überdies *verneint*, dass die Einberufungspflichten auch dem Gläubigerschutz dienen,³²³ dies ist aber nicht unumstritten.³²⁴

³¹⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 36 Rz 29; *Jaufer*, Unternehmen³ 386 f; *Lichtkoppler/Reisch* in *Lichtkoppler/Reisch*² 1 (15); *Kalss* in *MüKo AktG I*⁵ § 92 Rz 100.

³¹⁷ *J. Reich-Rohrwig/Dibon* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 83 Rz 10; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 36 Rz 13 mwN; diesen folgend *Lichtkoppler/Reisch* in *Lichtkoppler/Reisch*² 1 (15); *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 36 Rz 27, 31.

³¹⁸ Siehe dazu und zur Abhängigkeit von anderen Gesellschaftsorganen noch unten Pkt 3.5.

³¹⁹ Siehe schon die Mat zum GesRÄG 2013, ErläutRV 2356 XXIV GP 14, die etwa auf das nach § 22 Abs 1 GmbHG einzurichtende IKS verweist; so auch *Lichtkoppler/Reisch* in *Lichtkoppler/Reisch*² 1 (15).

³²⁰ *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 36 Rz 27, 31; *C. Fritz/Schauer*, SWK-Spezial (2009) 48.

³²¹ *J. Reich-Rohrwig/Dibon* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 83 Rz 11; *C. Nowotny* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 83 Rz 7; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*² Rz 3/485; *dies* in *MüKo AktG I*⁵ § 92 Rz 103.

³²² Die Frage ob es sich um ein Schutzgesetz zugunsten der Anteilsinhaber handelt ist aber nicht ganz unumstritten, s nur zur AG *J. Reich-Rohrwig/Dibon* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 83 Rz 11, 29 mit einer Übersicht des Meinungsstandes und mit dem Hinweis, dass selbst bei Bejahung einer solchen Haftung lediglich von einem nicht zu ersetzenden Reflexschaden auszugehen wäre (mit Verweis auf OGH 3 Ob 288/02b ecolex 2004/18 [Völkl]).

³²³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 36 Rz 11 mwN; auf diese verweisend *Lichtkoppler/Reisch* in *Lichtkoppler/Reisch*² 1 (14); *C. Fritz/Schauer*, SWK-Spezial (2009) 47; wohl auch *Jaufer*, Unternehmen³ 381 f.

³²⁴ Zur Diskussion ausf *Adensamer* in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 83 Rz 12 (insb FN 46), wo auch auf die Diskussion zur Parallelregelung im GmbHG Bezug genommen wird.

2.5.3.2. Sonderbericht an den Aufsichtsrat

(a) Pflichten

Damit der Aufsichtsrat seine gesetzliche Überwachungsfunktion erfüllen kann, muss er entsprechend informiert sein.³²⁵ Ähnliche Pflichten wie zuvor sieht daher § 81 Abs 1 AktG vor, der den Vorstand neben den regelmäßig zu erstellenden Jahres- und Quartalsberichten verpflichtet, bei wichtigem Anlass dem Vorsitzenden des AR unverzüglich zu berichten. Ferner ist nach dieser Bestimmung dem AR unverzüglich über Umstände, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind, zu berichten (Sonderbericht).³²⁶ Als wichtige Anlässe kommen etwa erhebliche Betriebsstörungen, Eintritt wesentlicher Verluste, Liquiditätsprobleme aber auch Umstände wie Arbeitskämpfe oder Erteilung empfindlicher behördlicher Auflagen in Frage.³²⁷

Sofern bei der GmbH ein Aufsichtsrat bestellt ist, gilt gem § 28a GmbHG Ähnliches für den GmbH-Geschäftsführer. Vor dem IRÄG 1997 musste bei der GmbH der Aufsichtsrat nach dem reinen Gesetzeswortlaut Berichte noch eigeninitiativ einfordern, dennoch wurde schon damals eine Berichtspflicht bei entsprechendem Anlass bejaht.³²⁸ § 28a GmbHG brachte somit keine grds Neuerung, sondern sollte lt den Mat eine wirksame Insolvenzprophylaxe ua durch eine Stärkung der Effizienz des Kontrollorgans Aufsichtsrat gewährleisten.³²⁹

Diese Pflichten sind schließlich iZm den § 36 Abs 2 GmbHG bzw § 83 AktG zu sehen, denn im Verlust des halben Stamm- bzw Nennkapitals bzw im Erfüllen der URG-Kennzahlen wird zumeist auch ein wichtiger Anlass bzw ein Umstand, der für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung ist, liegen.³³⁰

³²⁵ *Edelmann* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 28a Rz 1 (Stand 1. 11. 2018, rdb.at); *J. Reich-Rohrwig/Cl. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 81 Rz 11 f.

³²⁶ Die Differenzierung zwischen einem „wichtigen Anlass“, der „nur“ zur Berichterstattungspflicht an den Vorsitzenden und einen unmittelbar auf die Rentabilität oder Liquidität durchschlagenden Anlass, der zur Berichterstattung an den gesamten Aufsichtsrat führt, ist aber im Einzelfall nicht immer leicht zu treffen (*Edelmann* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 28a Rz 12 [Stand 1. 11. 2018, rdb.at]).

³²⁷ Eine gute Auflistung bietet *Edelmann* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 28a Rz 12/2 (Stand 1. 11. 2018, rdb.at); s auch *J. Reich-Rohrwig/Cl. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 81 Rz 49.

³²⁸ *Edelmann* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 28a Rz 2 (Stand 1. 11. 2018, rdb.at), mit Verweis auf die schon vor dem IRÄG 1997 vertretene Auffassung, dass die Geschäftsführung bei entsprechendem Anlass von sich aus berichten musste (hier folgend *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 30j Rz 8).

³²⁹ ErläutRV 734 XX. GP 32, 34 u 62 f; s auch *Edelmann* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 28a Rz 3 (Stand 1. 11. 2018, rdb.at); *J. Reich-Rohrwig/Cl. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 81 Rz 38 ff.

³³⁰ So auch *J. Reich-Rohrwig/Dibon* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 83 Rz 25; *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 625; *Viehböck/Linder*, SWK 2009, 1269 (1271).

(b) Folgen der Nichteinhaltung

Ein entgegen die gesetzlichen Berichtspflichten agierender Geschäftsleiter handelt sorgfaltswidrig und haftet gegenüber der Gesellschaft für einen erlittenen Schaden gem § 25 GmbHG bzw § 84 AktG.³³¹

3. Sanierungspflicht bzw –verantwortung

3.1. Telos

Jedenfalls bis zum Inkrafttreten der ReO gab es im österr Recht keine explizit geregelte Sanierungs- oder Insolvenzvermeidungspflicht. In der Sache ist aber unstr, dass Geschäftsleiter für die Krisenabwehr, Insolvenzvermeidung und Sanierung verantwortlich sind.

Hier geht es nicht um die zuvor in Pkt 2.5 angesprochenen und auch gesetzlich geregelten Pflichten iZm Insolvenzprophylaxe. Vielmehr geht es um die konkrete Verantwortung und Pflicht der Geschäftsleitung zur Prüfung sowie wenn erforderlich Vorbereitung und Einleitung von Sanierungsmaßnahmen.³³² Verwendet werden dafür unterschiedliche Begriffe wie „Sanierungspflicht“,³³³ „Pflicht zur Prüfung von Sanierungschancen“,³³⁴ „Pflicht zur außergerichtlichen Reorganisation“,³³⁵ „Krisenverantwortung“,³³⁶ „Krisenabwehr“,³³⁷ „Krisenmanagement“³³⁸ oder Ähnliches. In der gegenständlichen Arbeit werden primär die Begriffe Sanierungspflicht oder, weil noch zur Sanierungsverantwortung³³⁹ verwendet. Letzterer trägt dem Umstand Rechnung, dass der Geschäftsleiter es etwa anders als bei der Insolvenzantragspflicht idR nicht selbst in der Hand hat, den erwünschten bzw geforderten Zustand (hier Sanierung) herzustellen (zur Abhängigkeit etwa von andere Organen s unten Pkt 3.5).

³³¹ Siehe nur *Edelmann* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 28a Rz 21 (Stand 1. 11. 2018, rdb.at); *J. Reich-Rohrwig/Cl. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 81 Rz 82; weiters kommen Zwangsstrafen gem § 125 GmbHG bzw § 258 Abs 1 AktG in Frage sowie die Verletzung kann schließlich eine Abberufung aus wichtigem Grund gem § 16 GmbHG bzw § 75 Abs 4 AktG zur Folge haben (s dazu nur *Edelmann* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 28a Rz 23 mwN [Stand 1. 11. 2018, rdb.at]), schließlich uU auch Strafbarkeit nach § 163a StGB.

³³² *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1154 ff); *Viehböck/Linder*, SWK 2009, 1269 (1274); *Lindner* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 707 (715f).

³³³ *Wagner*, Geschäftsführerhaftung Rz 269 f.

³³⁴ *Dellinger*, ZIK 1997, 8 (9 f).

³³⁵ *Wagner*, Geschäftsführerhaftung Rz 270, im Gegensatz zu einer Pflicht zur gerichtlichen Reorganisation, wenn ein Verfahren nach dem URG ex ante weniger riskant erscheine (Rz 273).

³³⁶ *Jaufer*, Unternehmen³ 155, nach welchem dazu die Verpflichtung zur laufenden Zukunftsvorschau, Planung und letztendlich Fortbestandsprüfung und somit zur Sanierungsprüfung durch Einhaltung der Insolvenzprophylaxebestimmungen gehöre; ähnlich *Jaufer/Payer*, CFOaktuell 2009, 38 (38 f) (Pflicht, Krisensymptome nicht nur frühzeitig zu erkennen, sondern auch gefährdenden Entwicklungen entgegenzusteuern).

³³⁷ *Pateter*, Krisenwarnpflichten 111.

³³⁸ *Dobner* in *Eberhardt/Gurmann* 94 (97).

³³⁹ Angelehnt an *Korch*, ZGR 2019, 1050 (1050).

Auch wenn der OGH den Begriff einer Sanierungspflicht³⁴⁰ oder -verantwortung von Geschäftsleitern bis dato nicht explizit verwendet, hat er diese inhaltlich bereits mehrfach behandelt (s dazu unten Pkt 3.3.1).

Gemein ist allen genannten Begriffen, dass die Wurzel der dahinterstehenden Pflichten in der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltspflicht liegt (s dazu bereits ausf Pkt 2.2.3). Nach dieser haben Geschäftsleiter im Rahmen ihres Verantwortungsbereichs die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft stets zu berücksichtigen.³⁴¹ Chancen und Risiken sowie Stärken und Schwächen des Unternehmens sind sorgfältig und frühzeitig zu ermitteln, damit auf Veränderungen innerhalb und außerhalb des Unternehmens reagiert werden kann.³⁴² Das Unternehmen muss daher auch derart organisiert sein, dass die eben genannten Handlungen und Reaktionen rechtzeitig erfolgen können und damit etwa auch eine Krisensituation rechtzeitig erkannt und behoben werden kann.³⁴³ Ist die Lage der Gesellschaft angespannt oder bestehen sonstige risikoträchtige Besonderheiten, intensivieren sich die Pflichten entsprechend.³⁴⁴ Aus all dem folgt die hA, dass Geschäftsleiter verpflichtet sind, in Wahrnehmung ihrer Verantwortung einen allfälligen Sanierungsbedarf nicht nur zu erkennen, sondern auch geeignete Sanierungsmaßnahmen vorzubereiten und zu ergreifen.³⁴⁵ Wird eine negative Entwicklung nicht rechtzeitig erkannt und werden nicht rechtzeitig geeignete Gegenmaßnahmen ergriffen, wird die gegenüber der Gesellschaft geschuldete Sorgfaltspflicht verletzt.³⁴⁶

Es ist schließlich nicht das erste Mal, dass solche Pflichten iZm (anstehenden) Gesetzesreformen im Insolvenzrecht diskutiert werden. *Dellinger* hat etwa schon aus Anlass der (damals noch geplanten) Einführung des URG Mitte der 1990er Jahre anstatt des im damaligen Gesetzesentwurf vorgesehenen § 24 URG (nunmehr § 22 URG, s dazu im Detail unten Pkt 4) eine „behutsame Weiterentwicklung“ der schon bestehenden gesellschaftsrechtlichen Pflichten zur Prüfung von Sanierungschancen und zur Erarbeitung entsprechender Konzepte beworben.³⁴⁷ *Karollus* setzte sich ebenso bereits früh ausf mit diesem Themenbereich auseinander und betonte, dass diese Pflicht der Organe bereits durch

³⁴⁰ Der Begriff „Sanierungspflicht“ kommt in der Rsp primär in miet- bzw wohnrechtlichen E vor.

³⁴¹ stRsp RIS-Justiz RS0116174 (T2), jüngst OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.1 (zum AR einer AG); so auch die stRsp des BGH, s jüngst etwa BGH II ZR 248/17 ZIP 2020, 1239 Rz 21.

³⁴² *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 34.

³⁴³ *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 49, 52.

³⁴⁴ OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.3 (zum AR einer AG).

³⁴⁵ *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1154) insb mit Verweis auf OGH 3 Ob 521/84, GesRZ 1986, 97; *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 625; *Lindner* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 707 (707 ff) (zur AG); *Reisch* in *Lichtkoppler/Reisch*² 215 (216); *C. Fritz/Schauer*, SWK-Spezial (2009) 245 (zur GmbH); *Jaufer*, Unternehmen³ 127; im Ergebnis wohl auch *Dobner* in *Eberhardt/Gurmann* 94 (97); *Viehböck/Linder*, SWK 2009, 1269 (1269 ff); für Deutschland: stellvertr *Seibt*, ZIP 2013, 1597 (1598 f); *Korch*, ZGR 2019, 1050 (1050 ff).

³⁴⁶ *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1156).

³⁴⁷ *Dellinger*, ZIK 1997, 8 (9 f).

das IRÄG 1997³⁴⁸ und die Weiterentwicklung der Insolvenzprophylaxe (s dazu bereits oben Pkt 2.5) bestätigt worden sei.³⁴⁹

3.2. Pflichtenauslöser

Anders als etwa der an die URG-Kennzahlen geknüpfte § 22 URG (s unten Pkt 4.2.) oder die an die zwingenden Insolvenzgründe geknüpfte Insolvenzantragspflicht (s unten Pkt 6.2) ist die Sanierungsverantwortung des Geschäftsführers schon mangels gesetzlicher Regelung nicht an *einen* expliziten Zeitpunkt gebunden. Daraus wird gefolgert, dass es sich bei selbiger um eine laufende Pflicht handelt, die daher auch nicht erst bei Eintritt einer erheblichen Krise (zB bei Bestehen eines Insolvenzgrundes) eintritt.³⁵⁰ Diese laufende Verpflichtung erfordert wiederum genügend Flexibilität, um auf den jeweiligen Einzelfall eingehen zu können. Die mit der Sanierungsverantwortung zusammenhängenden Pflichten und das hierbei bestehende Leitungsermessen verdichten sich daher mit zunehmender Krise.³⁵¹ Je schlechter sich die wirtschaftlichen Parameter entwickeln, desto intensiver müssen sich Geschäftsführer mit der Situation auseinandersetzen.³⁵²

Auch ohne den *einen* gesetzlichen Anknüpfungspunkt bestehen zahlreiche mögliche rechtliche oder betriebswirtschaftliche Parameter, die als pflichtauslösender Zeitpunkt herangezogen werden (können).³⁵³ Ein logischer Auslöser für die Prüfung eines Sanierungsbedarfs und der Einleitung von Sanierungsmaßnahmen ist das Vorliegen von Reorganisationsbedarf³⁵⁴ bzw das Erfüllen der URG-Kennzahlen.³⁵⁵ Weiters besteht die Sanierungsverantwortung auch noch bei Vorliegen eines zwingenden Insolvenzgrundes (s unten Pkt 6.2) fort. Das Ausnützen der gesetzlichen Insolvenzantragsfrist für aussichtsreiche Sanierungsmaßnahmen ist nämlich nicht nur möglich, sondern im Verhältnis gegenüber der Gesellschaft im Einzelfall auch verpflichtend³⁵⁶ (s dazu noch unten Pkt 6.3.2.3).

Weitere mögliche aber jeweils im Einzelfall zu prüfende Anknüpfungspunkte sind etwa

- der Krisenbegriff des § 2 EKEG,³⁵⁷

³⁴⁸ BGBl I 114/1997.

³⁴⁹ Karollus in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1155).

³⁵⁰ Karollus in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1156).

³⁵¹ Lindner in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 707 (708); Viehböck/Linder, SWK 2009, 1269 (1270).

³⁵² Lindner in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 707 (709), nach welchem die Krise einen „Wendepunkt“ markiere; für Deutschland Seibt, ZIP 2013, 1597 (1598 f).

³⁵³ Für den Begriff der Krise gibt es zahllose, etwa auch betriebswirtschaftliche Umschreibungen; s etwa Auer-Rizzi in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager* 43 (43 mwN).

³⁵⁴ Lindner in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 707 (708).

³⁵⁵ OGH 6 Ob 269/05k GesRZ 2006, 92 (s dazu noch unten Pkt 3.3.1.3).

³⁵⁶ Karollus in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1161); einschränkend für Deutschland Seibt, ZIP 2013, 1597 (1599), nach welchem die Sanierungspflicht grds mit der Insolvenzantragspflicht ende, aber ein Fortwirken zB zur Aufstellung eines Insolvenzplans in geeigneten Fällen vertreten würde.

³⁵⁷ Lindner in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 707 (708) („wesentlicher Angelpunkt“).

- das Vorliegen einer schon betriebswirtschaftlichen Krise,³⁵⁸ wobei dies eine strategische, operative und/oder liquiditätsbezogene Krise sein kann,³⁵⁹
- Eintritt krisenindizierter Einberufungs- und Berichtspflichten (insb Verlust des halben Stammkapitals),³⁶⁰
- das Vorliegen negativen Eigenkapitals nach § 225 Abs 1 UGB,³⁶¹
- generell das Vorliegen möglicher Krisenindikatoren wie etwa Abweichungen zwischen Planzahlen und endgültigen Zahlen, vermehrte Kontoüberziehungen, Umsatz- und Gewinnrückgänge, Ausübung der Redepflicht durch den Abschlussprüfer oder vergleichbare Umstände,³⁶²
- Vorliegen (rein) rechnerischer Überschuldung³⁶³ oder
- drohende Zahlungsunfähigkeit gem § 167 Abs 2 IO.³⁶⁴

Mit der ReO und der dort übernommenen „wahrscheinlichen Insolvenz“ (s unten Pkt ...) kommt in Zukunft ein neuer (weiterer) Anknüpfungspunkt hinzu.

3.3. Pflichteninhalt

3.3.1. Ausgewählte Rsp

3.3.1.1. OGH 3 Ob 521/84³⁶⁵ (Pflicht zur Vermeidung eines Ungleichgewichts zwischen Kapitalaustattung und unternehmerischer Tätigkeit)

In diesem Fall hat die beklagte Geschäftsführerin einer Wohnbau-GmbH Erlöse aus Grundstücksverkäufen zweckwidrig verwendet, und die Gesellschaft konnte in weiterer Folge offenen Verbindlichkeiten aus einem Vergleich mit der Klägerin nicht mehr nachkommen. Die Klägerin pfändete sodann mögliche, der Gesellschaft gegenüber der Geschäftsführerin zustehende Schadenersatzforderungen auf exekutivem Wege und klagte die Geschäftsführerin auf ATS 850.000. Der Klage wurde dem Grunde nach in allen Instanzen bis zum OGH stattgegeben, zu klären war noch die Schadenshöhe. Obwohl es rechtlich zu einem großen Teil auch um Fragen der Treuepflicht, der Zulässigkeit von

³⁵⁸ Seibt, ZIP 2013, 1597 (1598 f).

³⁵⁹ Lindner in Kalss/Frotz/Schörghofer 707 (708).

³⁶⁰ Lindner in Kalss/Frotz/Schörghofer 707 (708) (s dazu oben Pkt 2.5.3).

³⁶¹ Siehe die Rsp zur Auslösung der Überschuldungsprüfung: OGH 6 Ob 17/02x RdW 2003, 262; 6 Ob 110/00w ÖBA 2002, 238 (Schummer 173) = ecolex 2001, 369 (Widhalm).

³⁶² Die Beispiele wurden aus einer umfangreichen Liste in Dobner in Eberhardt/Gurmann 94 (100 f) entnommen.

³⁶³ Siehe zum Begriff unten Pkt 6.2.3.2 sowie ebenso die Fallstudie zu OGH 3 Ob 520/86 SZ 60/244 (zur GmbH) in Pkt 3.3.1.2.

³⁶⁴ Siehe dazu etwa Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose² 25, nach welchen das Verspielen einer Rettungschance für das Unternehmen durch Nicht-Beantragung eines (damals noch) Ausgleichsverfahrens bei drohender Zahlungsunfähigkeit eine Sorgfaltspflichtverletzung darstellen kann; zum Begriff s unten Pkt 6.2.2.3.

³⁶⁵ OGH 3 Ob 521/84 EvBl 1986, 308 (zur GmbH).

Insichgeschäften und des Selbstkontrahierens ging,³⁶⁶ machte der OGH folgende zentrale Aussagen zur allgemeinen Sorgfaltspflicht für Geschäftsführer gem § 25 GmbHG (Hervorhebungen durch den Autor):

„Der ordentliche und gewissenhafte Geschäftsführer ist verpflichtet, [...] sich stets ein genaues Bild von der Lage des Unternehmens, insbesondere hinsichtlich der Rentabilität und Liquidität, hinsichtlich des Ganges der Geschäfte, der Umsatzentwicklung und der Konkurrenzfähigkeit des Angebots zu machen. **Gegebenenfalls sind die Gesellschafter auf ein Ungleichgewicht zwischen Kapitalausstattung und Umfang der unternehmerischen Tätigkeit der Gesellschaft eindringlich hinzuweisen. Die Geschäftsführer müssen auch von sich aus darauf bedacht sein, ein solches Ungleichgewicht durch entsprechende Geschäftsführungsmaßnahmen zu vermeiden.** [...] Die Geschäftsführer haben u.a. die Betriebsabläufe soweit in der Hand zu behalten, daß ihnen **Fehlentwicklungen** erheblichen Ausmaßes **nicht verborgen bleiben können** [...]“

Obwohl die hervorgehobenen Aussagen und auch der daraus entwickelte RS³⁶⁷ in dieser Form bis dato vereinzelt geblieben sind, sieht die Lit bereits darin die höchstgerichtliche Bestätigung einer gesellschaftsrechtlichen Sanierungspflicht,³⁶⁸ einer Pflicht zur Einleitung von Sanierungsmaßnahmen³⁶⁹ oder einer Pflicht, Krisensymptome nicht nur frühzeitig zu erkennen, sondern auch gefährdenden Entwicklungen entgegenzusteuern.³⁷⁰

3.3.1.2. OGH 3 Ob 520/86³⁷¹ (Sanierungsversuch bei rechnerischer Überschuldung)

Ein GmbH-Geschäftsführer wurde gestützt auf den § 159 Abs 1 Z 2 StGB und in eventu auf § 85 GmbHG³⁷² (jeweils in der damals gültigen Fassung) aufgrund rückständiger Dienstgeberbeiträge zur Sozialversicherung belangt. Diese waren nach den Feststellungen fällig, nachdem die Gesellschaft bereits im Herbst 1978 für den Beklagten erkennbar rechnerisch überschuldet war. Über Anraten des Steuerberaters wurde eine Einnahmen-Ausgabenrechnung erstellt und ein außergerichtlicher Ausgleich mit einer Quote von 60 % versucht, der aber erfolglos blieb. Durch Ratenvereinbarungen mit Lieferanten und mit Aussicht auf neue Aufträge wurde das Unternehmen dennoch weitergeführt, spätestens im April 1979 war dem Beklagten nach den Feststellungen auch die Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens bekannt.

Das Erstgericht gab der Klage statt und bezeichnete insb den Ende 1978 durchgeführten Versuch eines außergerichtlichen Ausgleichs als untauglich. Das Berufungsgericht gab der Berufung des Beklagten Folge und hob das Ersturteil zur Gänze auf. Das Erstgericht habe

³⁶⁶ Die Beklagte war in die Transaktionen auch persönlich derart verstrickt, dass sie laut Erstgericht „ganz offenbar keine Unterscheidung darüber getroffen habe, ob es sich um Rechte der Gesellschaft oder persönliche Rechte und Verpflichtungen gehandelt habe“.

³⁶⁷ RIS-Justiz RS0059491.

³⁶⁸ Wagner, Geschäftsführerhaftung Rz 269 f.

³⁶⁹ Karollus in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1156).

³⁷⁰ Jauffer/Payer, CFOaktuell 2009, 38 (38 f).

³⁷¹ OGH 3 Ob 520/86 SZ 60/244 (zur GmbH).

³⁷² § 85 GmbHG wurde mit dem GesRÄG 1982 (BGBl 371/1982) aufgehoben und stattdessen wurde mit dem IRÄG 1982 (BGBl 370/1982) die Konkursantragspflicht für die organschaftlichen Vertreter juristischer Personen im neu eingefügten § 69 Abs 3 KO geregelt.

ohne Grundlage in den Feststellungen den außergerichtlichen Ausgleich aus untauglich bezeichnet, insb weil der Zweck des damaligen § 85 GmbHG Versuche wie etwa einen außergerichtlichen Ausgleich zur Abwendung eines drohenden Insolvenzverfahrens nicht ausschließe. Schließlich betonte das Berufungsgericht, dass die Beiziehung des Steuerberaters bei der Verschuldensfrage zu berücksichtigen sei. Das Verfahren sei daher in erster Instanz zu ergänzen, was auch vom OGH bestätigt wurde.

Der OGH unterstrich die zweistufige Überschuldungsprüfung (s dazu noch unten Pkt 6.2.3.1) und betonte in Bestätigung der Ausführungen des Berufungsgerichts, dass bei der Überschuldungsprüfung auch Sanierungsversuche miteinzubeziehen seien. Mit folgender Aussage stellte er auch klar, dass Geschäftsleiter aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Pflichten sogar zu solchen angehalten sein können (Hervorhebungen durch den Autor):

„Nur so kann ein Geschäftsführer, der einerseits **den Gesellschaftern verantwortlich ist**, andererseits die insolvenzrechtlichen Bestimmungen zu beachten hat, wirtschaftliche Entscheidungen treffen, **die den Gesellschafts- und den Gläubigerinteressen gerecht werden**, ohne eine uferlose Ausweitung seiner persönlichen Haftung in der einen oder anderen Richtung befürchten zu müssen.“

„Wenn daher ein Geschäftsführer **Sanierungsversuche** unternimmt, dann ist zu untersuchen, ob er bei Anwendung jener **objektiv** zu beurteilenden Sorgfalt (§ 25 GmbHG), die den Fähigkeiten und Kenntnissen, welche von einem Geschäftsführer in dem betreffenden Geschäftszweig üblicherweise erwartet werden kann, entspricht, und die ein im kaufmännischen Leben **erforderliches Eingehen wirtschaftlicher Risiken nicht ausschließt** [...] **überzeugt sein durfte, daß sein Sanierungskonzept aussichtsreich und dessen Verwirklichung ernsthaft möglich sein werde.**“

Diese E brachte einerseits Klarstellungen und RS³⁷³ dazu, dass die Haftung von Geschäftsleitern bei ex ante zulässigen Sanierungsversuchen nicht überspannt werden dürfe. Der OGH verwies andererseits *obiter dictum* auch auf das bereits angesprochene Spannungsverhältnis zwischen Gesellschafter- und Gläubigerinteressen, in dem sich Geschäftsleiter in einer solchen Situation idR befinden.

3.3.1.3. OGH 6 Ob 269/05k³⁷⁴ (Wahl des richtigen Mittels obliegt Geschäftsleitung)

Diese E stellt eigentlich die Leitentscheidung zur Haftung nach § 22 URG dar (s dazu noch ausf unten in Pkt 4). Sie ist aber auch in diesem Rahmen von zentraler Bedeutung, weswegen sie bereits hier behandelt wird. Der Masseverwalter einer insolventen GmbH klagte den Geschäftsführer aus § 22 URG auf EUR 100.000, weil kein Reorganisationsverfahren eingeleitet wurde, obwohl der Geschäftsführer bereits einen sog „URG-Warnbrief“ erhalten habe. Der Geschäftsführer argumentierte ua, dass er sich nach Erhalt des Warnbriefs bemüht hätte, einen außergerichtlichen Ausgleich herbeizuführen. Es seien Zahlungspläne erarbeitet und Umschuldungsmaßnahmen mit dem Hauptgläubiger eingeleitet worden. In einem gerichtlichen Reorganisationsverfahren hätte ein bestellter Reorganisationsprüfer keine

³⁷³ RIS-Justiz RS0059498; RS0059532.

³⁷⁴ OGH 6 Ob 269/05k GesRZ 2006, 92 (zur GmbH).

anderen Reorganisationsmaßnahmen vorgeschlagen und die Insolvenz sei iSv § 27 URG auf andere Gründe (treuwidriges Verhalten eines Vertragspartners) zurückzuführen.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt und argumentierte, dass der Versuch eines außergerichtlichen Ausgleichs den Beklagten *nicht* entlaste und die diesbezüglichen Anstrengungen des Beklagten „irrelevant“ seien. Das Berufungsgericht folgte der Rechtsrüge des Beklagten und hob das erstinstanzliche Urteil zur Verfahrensergänzung auf. Es folgte den Argumenten aus der Lit³⁷⁵ und führte aus, dass es der Gesetzgeber dem pflichtgemäßen Ermessen des Organs überlasse, zwischen einem gerichtlichen und einem außergerichtlichen Reorganisationsversuch zu wählen. Im weiteren Verfahren sei daher insb von einem Sachverständigen zu beurteilen, ob die vom Beklagten behaupteten Maßnahmen rechtzeitig und wirtschaftlich vernünftig waren.

Der OGH folgte iW der Argumentation des Berufungsgerichts. Er bestätigte zunächst, dass das URG *kein* Schutzgesetz im Interesse der Gläubiger sei und verwies dabei auf die Mat³⁷⁶ und die bisherige Rsp.³⁷⁷

Der OGH setzt sich ebenso ausf mit den Argumenten in der Lit³⁷⁸ auseinander und zitiert dabei insb vermehrt *Wagner* (Hervorhebungen durch den Autor):

„Dass das Organ eine **gesellschaftsrechtliche Sanierungspflicht** treffe, ergebe sich aus § 25 GmbHG bzw den §§ 70 und 84 AktG“. ³⁷⁹

„Wenn nun das gerichtliche Reorganisationsverfahren ex ante betrachtet dem Geschäftsmann riskanter erscheine (etwa wegen der nicht erreichbaren Diskretion) als eine außergerichtliche Reorganisation, **sei das Organ sogar dazu verpflichtet, kein gerichtliches Reorganisationsverfahren einzuleiten, sondern außergerichtlich zu reorganisieren.**“³⁸⁰

Schon die grammatikalisch-logische Interpretation des § 27 URG weise lt OGH auf einen weiten Anwendungsbereich des Haftungsentfalls hin („aus anderen Gründen“) (s dazu noch unten Pkt 4.5). Es treffe auch zu, dass nach dem Gesetzeswortlaut der §§ 1, 27 URG nicht nur auf Reorganisationsverfahren abgestellt werden müsse, weil diese eben generell den Begriff der „Reorganisation“ verwenden. Auch nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen

³⁷⁵ *Dellinger*, ZIK 1997, 207 (214) sowie *Wagner*, Geschäftsführerhaftung Rz 206 ff; aA *Mohr*, URG § 27 Anm 4.

³⁷⁶ ErläutRV 734 XX. GP 86.

³⁷⁷ OGH 28. 6. 2000, 6 Ob 162/00t.

³⁷⁸ *Mohr*, URG § 27 Anm 1 ff, *Schumacher*, ÖBA 1997, 855 (867) und insb *Dellinger*, ZIK 1997, 207 (213) sowie *Wagner*, Geschäftsführerhaftung Rz 195, 197-199, 201 (Letztgenannter hält eine bloße Einschränkung auf das Vorliegen außergerwöhnlicher Insolvenzursachen für geradezu „unerträglich“ [Rz 195]); der Gesetzgeber habe in den §§ 1 und 27 URG bewusst von „Reorganisation“ und nicht von Reorganisationsverfahren gesprochen, weswegen fristgerechte Maßnahmen zur Verbesserung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens, die dessen nachhaltige Weiterführung ermöglichen, zur Haftungsbefreiung ausreichen [Rz 201]; s zu alldem noch im Detail unten Pkt 4).

³⁷⁹ *Wagner*, Geschäftsführerhaftung Rz 270.

³⁸⁰ *Wagner*, Geschäftsführerhaftung Rz 270.

Erwägungen könne ein Haftungsentfall auf das rechtmäßige Alternativverhalten gestützt werden.³⁸¹

Zum Entlastungseinwand der ohnehin durchgeführten außergerichtlichen Reorganisationsmaßnahmen schlussfolgert der OGH schließlich mE sehr treffend so (Hervorhebungen durch den Autor):³⁸²

„Die im zitierten Schrifttum angeführten Argumente über die Sinnhaftigkeit bloß außergerichtlicher Reorganisationsmaßnahmen sind **stichhältig** und zu billigen. Solche Maßnahmen haben gegenüber dem gerichtlichen Reorganisationsverfahren den Vorteil der **diskreten Abwicklung**. [...] Das zweite zu billigende Argument ist das der **Kosten**. [...] Es wäre mit vernünftigen Wertungen nicht vereinbar, wenn ein Unternehmer (das Organ der Kapitalgesellschaft) die einzig sinnvolle wirtschaftliche Maßnahme einer außergerichtlichen Reorganisation nicht in Angriff nehmen darf, weil er sich ansonsten der Haftung nach § 22 URG aussetzt und ihm der Entlastungsbeweis nach § 27 URG verwehrt wird, obwohl er nachweisen kann, dass seine Maßnahmen das richtige Mittel zur Erhaltung der Solvenz waren. Bei einer solchen Gesetzesauslegung wäre es auch nicht erklärbar, weshalb § 1 URG eine Kann-Bestimmung ist. Bei der vom Rekurswerber angestrebten Auslegung mutierte die Haftungsbestimmung des § 22 URG zu einer repressiven Strafe wegen eines Formdelikts, dessen Verwirklichung keinen Schaden auslöste. Dies kann mit dem angeführten **Fürsorgezweck des URG zugunsten des gefährdeten Unternehmens** ebensowenig in Einklang gebracht werden wie mit der allgemeinen Zielsetzung, dass das Organ zu wirksamen Reorganisationsmaßnahmen zu motivieren ist. Dass im Sinne der Ausführungen Wagners im Einzelfall „diskrete“ außergerichtliche Maßnahmen wirksamere Mittel darstellen können als das gerichtliche Reorganisationsverfahren, ist unschwer nachzuvollziehen.“

Auch wenn der OGH eine Sanierungspflicht somit „nur“ durch Zitierung der Aussagen *Wagner's* nennt, ist diese E in ihrer Gesamtheit der mE eindeutigste Nachweis einer auch vom OGH angenommenen, gesellschaftsrechtlichen Sanierungsverantwortung der Geschäftsleitung.

3.3.1.4. OGH 9 Ob 33/04z³⁸³ (Abberufung wegen verfrühter Insolvenzantragstellung)

In dieser E hat der Geschäftsführer einer GmbH einen Konkursantrag gestellt, nachdem ein Mitarbeiter der Hausbank der Gesellschaft mitteilte, das Geschäftskonto weise einen Negativsaldo von rund EUR 338.000 auf. Daraus schloss der Geschäftsführer die insolvenzrechtliche Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft, wohingegen diese tatsächlich „nur“ rechnerisch überschuldet war (aus diesem Grund wurde der einmal eröffnete Konkurs nach dem damaligen § 79 KO auch wieder aufgehoben).³⁸⁴

³⁸¹ So auch der daraus gebildete Rechtssatz RIS-Justiz RS0027364.

³⁸² OGH 6 Ob 269/05k GesRZ 2006, 92 (zur GmbH) (Pkt IV.).

³⁸³ OGH 9 Ob 33/04z RdW 2005, 98 (zur Abberufung des Geschäftsführers einer GmbH wegen grober Pflichtverletzung).

³⁸⁴ Zu den Begrifflichkeiten s unten Pkt 6.2.

Die Gesellschafter sahen in der verfrühten Insolvenzantragstellung einen zur Abberufung berechtigenden wichtigen Grund iSd § 16 Abs 2 GmbHG. Das Erstgericht wies das Klagebegehren auf Abberufung noch ab. Das Berufungsgericht und der OGH gingen aber davon aus, dass der Geschäftsführer durch die Einbringung des Konkursantrags gegen seine Sorgfaltspflichten iSd § 25 GmbHG verstoßen habe und daher ein zur Abberufung berechtigender wichtiger Grund vorlag. Insb wurde festgehalten, dass sich der beklagte Geschäftsführer nicht auf eine bloße Bankauskunft verlassen hätte dürfen, sondern es ihm möglich und zumutbar gewesen wäre, sich entsprechende Informationen zur Beurteilung der Situation zu verschaffen.

Aus dieser E geht klar hervor, dass auch eine verfrühte Insolvenzantragstellung eine Pflichtverletzung darstellen kann. Die Geschäftsleitung verletzt dadurch zwar nicht ihre Insolvenzantragspflicht nach § 69 Abs 2 IO, handelt aber uU sorgfaltswidrig iSd allgemeinen Sorgfaltspflicht bzw trifft im Rahmen ihrer Sanierungsverantwortung die „falsche“ Entscheidung.³⁸⁵

3.3.1.5. OLG Wien 3 R 49/03b³⁸⁶ (Pflicht zu Sanierungsmaßnahmen)

Diese E behandelt die Klage eines österr Masseverwalters gegen die deutsche Geschäftsführung aus § 22 URG (Zahlung von rund EUR 73.000). Primär behandelt die E Fragen der internationalen Zuständigkeit (das Erstgericht schränkte das Verfahren vorerst auf die Frage der Zuständigkeit ein und wies mit dem angefochtenen Beschluss die Einrede des Mangels der internationalen Zuständigkeit ab). Das OLG Wien ging von der internationalen Zuständigkeit österr Gerichte aus, wies aber *obiter dictum* darauf hin, dass zu den Pflichten der Geschäftsführer einer GmbH ua auch „Pflichten zu Sanierungsmaßnahmen eines in der Krise befindlichen Unternehmens“ zählen.

3.3.2. Konkrete Sanierungsmaßnahme im Ermessen der Geschäftsleitung

Setzt man die zitierte Rsp in Kontext mit den zuvor in Pkt 2.2.2 getätigten Ausführungen zum unternehmerischen Ermessen, ergibt sich konsequenterweise, dass der Geschäftsleitung auch bei der Wahrnehmung ihrer Sanierungsverantwortung ein unternehmerischer Spielraum zukommt. Die Geschäftsleitung hat ihren Kurs im Rahmen ihrer Diligenzpflicht (s dazu oben Pkt 2.2.3) auf die konkrete Situation der jeweiligen Gesellschaft, Ausmaß und Ursachen der Krise und sonstige Faktoren anzupassen, und ihre Pflichten intensivieren und verdichten sich (s dazu oben Pkt 3.1). Die Leitungspflicht konkretisiert sich, und die Geschäftsleitung hat im Rahmen ihres Ermessensspielraums zu entscheiden, ob und wenn ja welche Gegen- bzw Sanierungsmaßnahmen zu treffen sind.³⁸⁷

³⁸⁵ S dazu auch Zoidl in Artmann/Rüffler/U. Torggler 99 (100) mit Verweis auf eine Wortmeldung Koppensteiner's.

³⁸⁶ OLG Wien 26. 5. 2003, 3 R 49/03b (zur GmbH).

³⁸⁷ Lindner in Kalss/Frotz/Schörghofer 707 (709); Dobner in Eberhardt/Gurmann 94 (102); Jaufer, Unternehmen³ 70 ff mwN; für Deutschland s nur Graewe/Pellens, BB 2019, 1478 (1479).

In Krisensituationen hat die Geschäftsleitung dabei zwar idR weniger Zeit und Handlungsoptionen als bei „normalen“ unternehmerischen Entscheidungen, der OGH stellt aber eindeutig klar, dass auch die Auswahl des „richtigen Mittels zur Erhaltung der Solvenz“ der Geschäftsleitung obliegt.³⁸⁸ Wendet man konsequenter Weise die Grundsätze zur allgemeinen Sorgfaltspflicht und zum unternehmerischen Ermessen auch im Rahmen der Sanierungsverantwortung an, scheint damit auch klar, dass es dabei auch mehrere *ex ante* zulässige Handlungs- und Sanierungsoptionen geben kann.³⁸⁹

Gerade im Sanierungs- und Restrukturierungsbereich gibt es idR keine Patentrezepte,³⁹⁰ und die erforderlichen Maßnahmen können oder müssen im Einzelfall unterschiedlich ausgestaltet sein. Bis dato standen als Überkategorien³⁹¹ idR die außergerichtliche Sanierung in Form eines stillen Ausgleichs,³⁹² ein gerichtliches Reorganisationsverfahren nach dem URG (s dazu noch unten Pkt 4) sowie die gerichtliche Sanierung innerhalb der Insolvenz nach der IO zur Verfügung.³⁹³ Durch die ReO wird die Auswahl noch einmal vergrößert (s unten Pkt D 7.3). In diesem Zusammenhang *konkret* zu setzende Schritte sind dabei etwa die Feststellung der wirtschaftlichen (Krisen-)Lage, Vornahme einer Sanierungsprüfung, Ausarbeitung eines Sanierungskonzepts, Auswahl und Entscheidung für eine der herausgearbeiteten möglichen Sanierungsvarianten sowie die Kommunikation und Umsetzung der Maßnahmen aus dem Sanierungskonzept.³⁹⁴

Gesetzlich vorgesehene Tools können der Geschäftsleitung bei der Sanierung natürlich helfen. Ein besonderes Verfahren ist zur Setzung *ex ante* geeignet erscheinender Abhilfemaßnahmen aber *nicht* zwingend erforderlich.³⁹⁵ Schlussendlich (und nach Einbeziehung anderer Gesellschaftsorgane, s dazu sogleich unten Pkt 3.5) obliegt die Beurteilung, ob auf solche Tools zurückgegriffen wird oder ob etwa diskrete außergerichtliche Maßnahmen effektiver und erfolgsversprechender sind, aber der Geschäftsleitung.³⁹⁶

³⁸⁸ OGH 6 Ob 269/05k GesRZ 2006, 92 (zur GmbH), s zuvor Pkt 3.3.1.3.

³⁸⁹ OGH 6 Ob 160/15w ZfS 2016, 58 (*Karollus*) Pkt 2. („nicht zwingend nur eine richtige Entscheidungsalternative [...], sondern [...] auch mehrere gegenteilige Handlungsalternativen sorgfaltskonform [...]“); jüngst bestätigt in OGH 25. 11. 2020, 6 Ob 218/20g sowie 8 ObA 109/20t GES 2021, 303 Pkt 3.1. (zum GF einer GmbH) (s dazu schon oben Pkt 2.2.2).

³⁹⁰ *Lindner in Kalss/Frotz/Schörghofer* 707 (726).

³⁹¹ *Dobner in Eberhardt/Gurmann* 94 (104 ff).

³⁹² Eine gute Auflistung außergerichtlicher Sanierungsmaßnahmen wie innerbetriebliche Sanierungsmaßnahmen, Eigenkapitalzufuhr oder Finanzhilfen von Gläubigern bietet *Lindner in Kalss/Frotz/Schörghofer* 707 (717 ff).

³⁹³ Zur Sanierungsoption im Insolvenzverfahren s auch *Schumacher* in KLS § 69 Rz 27.

³⁹⁴ Beispiele entnommen aus der ausf Liste in *Dobner in Eberhardt/Gurmann* 94 (102).

³⁹⁵ *Dellinger*, ZIK 1997, 8 (9 f); *Seibt* (ZIP 2013, 1597 [1599 f]) geht hier für das deutsche Recht bei einem Gewichtungsvorsprung der Aktionärsinteressen etwa davon aus, dass idR eine Sanierung außerhalb eines Insolvenzplanverfahrens anzustreben sein werde, wobei im Einzelfall auch parallel eine Insolvenzvorbereitung erfolgen könne, dies aber nicht dazu führen dürfe, dass dem Unternehmen Ressourcen für die Vorbereitung und Umsetzung des vorrangig zu verfolgenden, außerinsolvenzlichen Sanierungskonzept fehlen.

³⁹⁶ So auch *Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1158); *Dellinger*, ZIK 1997, 8 (12); *Dobner in Eberhardt/Gurmann* 94 (110).

Aus Sicht des sanierungsbedürftigen Unternehmens besteht dabei die größtmögliche Sanierungschance idR bei größtmöglicher Handlungsfreiheit.³⁹⁷ Eingeschränkt wird diese Freiheit aber oft durch ein Spannungsverhältnis mit Stakeholder- und va Gläubigerinteressen (s dazu noch unten Pkt 3.4).

3.3.3. Anwendbarkeit der BJR

Wendet man die Grundsätze der allgemeinen Sorgfaltspflicht und des unternehmerischen Ermessens auf die Sanierungsverantwortung an, sollte im Grundsatz auch nichts gegen die Anwendbarkeit der BJR sprechen.³⁹⁸ Die Entscheidung der Geschäftsleitung, auf welchem Weg eine Sanierung bzw Restrukturierung unternommen werden soll, kann ebenso in das in Pkt 2.2.6.3 dargestellte weite Verständnis einer unternehmerischen Entscheidung eingeordnet werden.³⁹⁹ Die für das unternehmerische Ermessen geltende Anpassung und Verdichtung des Ermessensspielraums gilt wie bereits in Pkt 2.2.6.1 auch für die BJR. Grenzen können sich im Einzelfall insb im Rahmen der Legalitätspflicht ergeben, wenn etwa die Krise schon derart weit fortgeschritten ist, dass ein Insolvenzantragsgrund vorliegt (s dazu noch unten Pkt 6.3).

3.3.4. Innenhaftung

Auch in diesem Pkt sind die Grundprinzipien der allgemeinen Sorgfaltspflicht anzuwenden. Die Geschäftsleitung schuldet die Sanierungsverantwortung gegenüber der Gesellschaft und ist daher grds auch nur selbiger im Wege einer Innenhaftung verantwortlich. Für eine Außenhaftung müssen besondere Umstände hinzukommen (s oben Pkt 2.1.3).⁴⁰⁰

3.4. Treuepflicht (*shift of fiduciary duties?*)

3.4.1. Vorbemerkung

Im Grundsatz werden Fragen der Treuepflicht primär dahingehend diskutiert, wie mit Konflikten zwischen den Interessen der Gesellschaft und den *eigenen* Interessen der Geschäftsleitung umzugehen ist (s dazu bereits oben Pkt 2.3).

³⁹⁷ Dobner in Eberhardt/Gurmann 94 (98, 111), der betont, dass es naturgemäß stets ratsam ist, die Erwägungen, die etwa zur Entscheidung für eine außergerichtliche Sanierung geführt haben, nachvollziehbar zu dokumentieren, um Beweisschwierigkeiten wirksam vorbeugen zu können.

³⁹⁸ So auch stellvertr für Deutschland Korch, ZGR 2019, 1050 (1055, 1073 ff); Seibt, ZIP 2013, 1597 (1599); Kebekus/Zenker in FS Georg Maier-Reimer 319 (334 mwN); aA Fischer, NZI 2016, 665 (668), jedoch ohne Differenzierung zwischen dem „ob“ und dem „wie“ (also Auswahl der Sanierungsmaßnahme).

³⁹⁹ Siehe insb die dort zitierte Rsp zu Maßnahmen zum Erhalt bzw der Fortentwicklung des Unternehmens oder zur Umschuldung von Finanzierungslinien; ähnlich Kebekus/Zenker in FS Georg Maier-Reimer 319 (334 mwN), nach welchen es sich dabei um „eine zunächst und im Kern unternehmerische“ Entscheidung handelt, dies auch mit dem Hinweis, dass davon bei drohender Zahlungsunfähigkeit gem § 18 dInsO auch die Frage erfasst sei, ob in dieser Phase bereits ein Insolvenzantrag gestellt werden soll (eine Pflicht bestehe dazu in diesem Stadium ja noch nicht).

⁴⁰⁰ Zutr Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager² 1145 (1156); so auch schon Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose² 25 (iZm der drohenden Zahlungsunfähigkeit).

Dass die Geschäftsleitung in der Ausübung ihres Leitungsermessens auch auf gesellschafts- und situationsbezogene Besonderheiten sowie unterschiedliche Interessenslagen eingehen und reagieren muss, ist Teil der differenzierten Maßfigur (s bereits oben Pkt 2.2.3) sowie des interessenpluralistischen Rahmens, in dessen Grenzen sich die Geschäftsleitung stets mit primärem Blick auf das Unternehmenswohl bewegen muss (s oben Pkt 2.2.5.2). Dabei sind die Eigentümerinteressen miteinzubeziehen, insoweit sie dem Unternehmenswohl nicht widersprechen (s oben Pkt 2.2.5.3 zur AG sowie Pkt 2.2.5.1 aE zur etwas abweichenden Rechtslage bei der GmbH).

Nachdem mit Fortschreiten der Krise die Befriedigungsaussichten der Gläubiger in Gefahr kommen können, sehen manche Länder wie etwa England (s dazu noch unten Pkt C 6.3) ab einem gewissen Zeitpunkt eine explizite Verschiebung der organschaftlichen Treuepflichten von den Anteilsinhabern hin zu den Gläubigern (sog *shift of fiduciary duties*) vor. Dieses Konzept spielte auch beim Entstehen der RIRL eine Rolle (s nur unten Pkt C 7.4.2(b)) und wurde bereits seit geraumer Zeit in Deutschland diskutiert (s dazu sogleich im nächsten Pkt).

In Österreich wurde das Konzept eines solchen *shift of fiduciary duties* hingegen noch nicht eingehend diskutiert.⁴⁰¹ Fragen wie Interessenverschiebungen in der Krise, die Rolle des Konzepts der beschränkten Haftung, die damit zusammenhängende Verhaltensökonomie und insb auch die Rolle der Leitungsorgane in diesem Zusammenhang sind hingegen auch hierzulande nicht ganz neu.⁴⁰²

Das österr Pflichtenregime für Geschäftsleiter reagiert auf die besonderen Herausforderungen in der Unternehmenskrise wie in Pkt 3.3 dargestellt primär damit, dass sich die Organpflichten in dieser Zeit zu einer Sanierungsverantwortung und zu besonderen Pflichten iZm Insolvenzprophylaxe (s oben Pkt 2.5) verdichten. Daneben sind aufgrund der Legalitätspflicht der Geschäftsleitung besondere Regelungen wie etwa die Rückzahlungssperre hinsichtlich eigenkapitalersetzender Gesellschafterkredite nach § 14 EKEG (s oben Pkt 2.2.4) sowie besondere an das URG oder die Insolvenz geknüpfte Pflichten (s zu all dem in den folgenden Pkten 4 ff) zu berücksichtigen.

3.4.2. Deutsche Diskussion zum *shift of fiduciary duties*

In der dLit gab es wie gleich gezeigt wird eine deutlich weitergehende Diskussion zu einem *shift of fiduciary duties*, die bis zur deutschen Umsetzung der RIRL (s dazu ausf unten Pkt D 7.2.2) eigentlich auch geklärt schien. Hintergrund der von Klöhn (jedoch beschränkt auf die AG) ausgelösten Diskussion ist der Gedanke, dass ab einem gewissen Zeitpunkt in der Krise nicht mehr die Anteilsinhaber, sondern die Gläubiger als Träger des Residualinteresses am Unternehmen anzusehen seien.⁴⁰³ Im Krisenzusammenhang konfliktieren demnach die Interessen der Anteilsinhaber und der Gläubiger uU bei jeder

⁴⁰¹ Darauf hinweisend bereits Wabl, BULA 2019, 49 (54); ders, ZIK 2019, 178 (178).

⁴⁰² Ausf dazu jüngst Fidler, wbl 2020, 601 (605 ff) iZm dem EKEG und der *ratio legis* des Kapitalersatzrechts.

⁴⁰³ Klöhn, ZGR 2008, 110 (136 mwN); dieser setzt sich in seinem Aufsatz auch ausf mit der Rechtslage in den Vereinigten Staaten auseinander (126 ff).

Transaktion, die die Gesellschaft auf Kosten zusätzlichen Risikos (wieder) profitabler machen soll.⁴⁰⁴ Auch *Kebekus/Zenker* verweisen auf die in Insolvenznähe bestehende Gefahr übermäßig risikoreichen Verhaltens (*gambling for resurrection*)⁴⁰⁵ und den Umstand, dass in der materiellen Insolvenz (jedenfalls bei Überschuldung) die wirtschaftliche Inhaberschaft des Unternehmens bei den Gläubigern liege.⁴⁰⁶ Daher wird die Frage gestellt, ob Geschäftsleiterpflichten nicht als Auffangregelung im System des Gläubigerschutzes dienen sollen oder können, und ob daher etwa ein Leitungsorgan im Rahmen seiner Leitungspflichten von einer Transaktion Abstand nehmen muss, auch wenn *keine* explizite Gläubigerschutznorm greift.⁴⁰⁷ Hinter dieser rechtlichen Diskussion stehen internationale ökonomische Theorien, die „aus dem Geld befindlichen“ Anteilsinhabern in der Krise einen Anreiz für eine Risikoerhöhung (alles „auf eine Karte“ setzen) zuschreiben.⁴⁰⁸ *Kuntz* folgert jüngst in einer umfassenden Aufarbeitung zahlreicher ökonomischer Studien, dass aus einer ohne Frage bestehenden Interessendivergenz zwischen Anteilsinhabern und Gläubigern nicht ohne Weiteres folge, dass die Geschäftsleiter zulasten Letzterer handle. Es komme vielmehr darauf an, wie nahe der Geschäftsleiter den Anteilsinhabern stehe.⁴⁰⁹

Die wohl überwiegende dLit geht bei der AG ähnlich wie hierzulande für die Geschäftsleitungsaufgaben von einem interessenpluralistischen Ansatz aus, der idR ein Rangverhältnis vermeidet und einen Interessenausgleich im Einzelfall betont.⁴¹⁰ Bei der GmbH hingegen postuliert die dhM überwiegend einen Vorrang der Gesellschafterinteressen,⁴¹¹ der teilweise als interessenmonistischer Ansatz bezeichnet wird.⁴¹²

Die Herausforderung liege nach *Klöhn* darin, dass die insb in der Krise gefährdeten Gläubigerinteressen trotz gesetzlicher Gläubigerschutzvorschriften wie etwa

⁴⁰⁴ *Klöhn*, ZGR 2008, 110 (113).

⁴⁰⁵ Dazu jüngst auch *Kuntz*, ZIP 2021, 597 (598) („Spiel um Wiederauferstehung“).

⁴⁰⁶ *Kebekus/Zenker* in FS Georg Maier-Reimer 319 (333 mwN).

⁴⁰⁷ *Klöhn*, ZGR 2008, 110 (116 f) zu den Vorstandspflichten bei der dAG.

⁴⁰⁸ Jüngere Studien indizieren hingegen, dass viele Unternehmen ihre Risiken in der Krise sogar senken; aus dazu jüngst *Kuntz*, ZIP 2021, 597 (598 f mwN), der auf die oft ungefilterte Übernahme solcher Studien durch die Rechtslehre hinweist. Wie noch in Pkt 9 dargestellt, zeigt die im Rahmen dieser Arbeit erstellte empirische Studie für Österreich ein von beiden Konzepten abweichendes Bild.

⁴⁰⁹ *Kuntz*, ZIP 2021, 597 (600 mwN).

⁴¹⁰ Für viele *Korch*, ZGR 2019, 1050 (1056 mwN), der auch auf Gegenmeinungen verweist, die einen Vorrang der Aktionärsinteressen anerkennen, ohne aber die Stakeholderbelange völlig unberücksichtigt zu lassen (sog moderater *Shareholder-Value-Ansatz*, s dazu bereits oben Pkt 2.2.5.3); s zur Diskussion auch *Seibt*, ZIP 2013, 1597 (1597 mwN); *Seibt/von Treuenfeld*, DB 2019, 1190 (1193); *Goetker* in *Flöther* 273 (280).

⁴¹¹ Ebenso einen Überblick bietend *Korch*, ZGR 2019, 1050 (1056) mit Verweis auf *Fleischer* in MüKo GmbHG II³ § 43 Rz 16 ff; dazu auch *Klöhn* in *Bork/Schäfer*, GmbHG⁴ (2019) § 43 Rz 4 (der aber den interessenpluralistischen Ansatz als noch herrschend ansieht).

⁴¹² *Klöhn* in *Bork/Schäfer*, GmbHG⁴ (2019) § 43 Rz 4. Bei der GmbH, bei der lt BGH der Wille durch denjenigen der Gesellschafter gegenüber ihrem Geschäftsführer repräsentiert wird (BGH II ZR 189/99 NJW 2000, 1571), sollen demnach die interessenpluralistischen Ziele der AG nicht passen, auch weil sich dazu kein Hinweis im GmbHG finde (stellvertr *Fleischer* in MüKo GmbHG II³ § 43 Rz 16). Wie bereits mehrfach angesprochen, ist das deutsche Recht hier nur bedingt mit dem österr vergleichbar, weil der Gläubigerschutz bei der dGmbH etwa in Bezug auf die Kapitalerhaltungsvorschriften (s RIS-Justiz RS0105518) oder auch den Gläubigervorbehalt (s oben Pkt 2.4.2) doch klar hinter dem österr Recht zurückbleibt.

Kapitalerhaltungsvorschriften, Insolvenzanfechtungstatbeständen oder Tatbeständen wie der Existenzvernichtungshaftung durch „geschickte Transaktionsgestaltung“ uU nur mangelhaft geschützt seien bzw der Schutz zumindest zeitlichen, persönlichen oder subjektiven Einschränkungen unterliege.⁴¹³ Er diskutiert dabei für das deutsche Recht die folgenden Modelle:

- Eine sog „Ausgleichslösung“, nach welcher der Vorstand einen Ausgleich zwischen beiden Gruppen (Aktionäre und Gläubiger) herbeiführen müsse. Diese sei „theoretisch gut, praktisch schlecht“, weil sie Rechtsunsicherheit (insb bei nicht oder nur schwer lösbaren Interessenkonflikten) sowie hohe Transaktionskosten schaffe. Weiters würde die Fokussierung auf einen bestimmten Zeitpunkt (etwa „Insolvenznähe“) zu einem sog *chilling effect*, dh der Entmutigung von Vorständen, im Unternehmensinteresse liegende Risiken einzugehen, führen.⁴¹⁴ Überdies führe die Orientierung am gemeinsamen Residualinteresse zu einem „Entscheidungshilfevakuum“ in allen Fällen, die ein Nullsummenspiel zwischen Aktionären und Gläubigern darstellen.⁴¹⁵ Schließlich drohe durch die Anwendbarkeit der dBJR in praxi ein Rechenschaftsvakuum durch eine höhere Gefahr eines Vorstandsopportunismus.⁴¹⁶
- Eine sog „Aktionärspriorität“, wonach im Konfliktfall die Interessen der Aktionäre Vorrang genießen, wobei die Entscheidung über den Einsatz von Gesellschaftsvermögen im Gläubigerinteresse der dBJR unterliege.⁴¹⁷ Dieses Konzept sei „theoretisch schlecht, aber praktisch zu bevorzugen“, weil es insb klare und kostengünstige Entscheidungsregeln biete und ein „Entscheidungshilfevakuum“ (s schon oben zur Ausgleichslösung) vermeide.⁴¹⁸ Das Risiko des Aktionärsopportunismus (Ausbeutung der Gläubiger im Aktionärsinteresse) sei geringer als das eines Vorstandsopportunismus, weil sich Finanzgläubiger durch entsprechende Klauseln (*covenants*) ohnehin schützen könnten und auch sonstige Gläubiger durch die gesetzlichen Gläubigerschutzvorschriften (genannt werden §§ 57 ff, 71 ff dAktG, §§ 129 ff dInsO) geschützt seien.⁴¹⁹

Durch das Bevorzugen des zweiten Modells einer Aktionärspriorität scheint Klöhn einem *shift of fiduciary duties* im Vorfeld der Insolvenz eine Absage zu erteilen. Bei Vorliegen einer Überschuldung und/oder Zahlungsunfähigkeit sei die Leitungsmacht des Vorstands

⁴¹³ Klöhn, ZGR 2008, 110 (116).

⁴¹⁴ Klöhn, ZGR 2008, 110 (141 ff).

⁴¹⁵ Für solche Fälle schlägt Klöhn (ZGR 2008, 110 [148]) aber selbst vor, dass man durch eine Modifizierung des Ausgleichsmodells abhelfen könnte, nach welcher Reichtumstransfers in solchen Situationen nicht vorgenommen werden dürften.

⁴¹⁶ Klöhn, ZGR 2008, 110 (146 f).

⁴¹⁷ Klöhn, ZGR 2008, 110 (130 ff).

⁴¹⁸ Klöhn, ZGR 2008, 110 (148 f).

⁴¹⁹ Klöhn, ZGR 2008, 110 (153 f).

aber *allein* im Interesse der Gläubiger auszuüben,⁴²⁰ das Gesellschaftsinteresse sei im Falle der Insolvenz das Interesse der Gläubiger.⁴²¹

Diesen Argumenten sind kurze Zeit später auch *Seibt*⁴²² und schließlich auch weitere⁴²³ gefolgt, wonach im Vorfeld der materiellen Insolvenz ebenso von *keinem shift of fiduciary duties* im deutschen Recht auszugehen sei. In diesem Zeitraum gebe es noch kein insolvenzrechtliches Gleichbehandlungsgebot und Gläubigerinteressen seien nicht stärker zu gewichten.⁴²⁴ Anerkannt sei aber, dass die Geschäftsleitung ihr Leitungsermessen uU überschreite, wenn sie verschiedene Gläubigergruppen ohne sachliche Rechtfertigung ungleich behandelt, und dadurch das Risiko signifikant erhöht wird, dass ein Sanierungskonzept nicht erfolgreich umgesetzt werden kann.⁴²⁵

Auch *Kebekus/Zenker* sprachen sich *gegen* eine Übernahme dieses *shift's* in das deutsche Recht aus und wiesen insb darauf hin, dass selbst eine Verschiebung der Pflichtenausrichtung in der Krise *keine* Auswirkung auf den Sorgfaltsmaßstab bzw das unternehmerische Ermessen innerhalb der dBJR haben würde, wenn man sich von einem Verständnis der dBJR als Regel allein im Anteilseignerinteresse löse.⁴²⁶ Der Gefahr des *gambling for resurrection* oder (insb bei Gesellschafter-Geschäftsfleitern) einer unlauteren Verfolgung von Anteilseignerinteressen könne und müsse durch eine sorgfältige Prüfung von Gesetzesverstößen, Interessenskollisionen und va der Orientierung am Gesellschaftswohl Rechnung getragen werden.⁴²⁷ In der Krise gelte dabei ein immer enger geschnürtes Pflichtenkorsett.⁴²⁸

Damit schien auch nach Verabschiedung der RIRL die Diskussion beendet. Wie in Pkt D 7.2.2 noch ausf dargestellt, haben das StaRUG und insb die dazugehörigen Mat hingegen eine neuerliche Diskussion entfacht.

3.5. Einbindung und Abhängigkeit von anderen Gesellschaftsorganen

Wie bereits in Pkt 2.5 ausgeführt, sehen das österr Gesellschaftsrecht und insb die dortigen Insolvenzprohylaxe-Bestimmungen umfassende Einberufungs- und Berichtspflichten vor. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die Geschäftsleitung die anderen

⁴²⁰ *Klöhn*, ZGR 2008, 110 (155) mit Verweis auf die Rsp zur bei materieller Insolvenz auf die Gläubigerinteressen ausgerichteten Sorgfaltspflicht BGH II ZR 88/99 BGHZ 146, 264 (275) sowie II ZR 2/72 NJW 1974, 1088 (1089) (beide zur GmbH); ähnlich *Goetker* in *Flöther* 273 (275, auch FN 11).

⁴²¹ *Klöhn*, ZGR 2008, 110 (156) mit Verweis auf das im Insolvenzverfahren geltende Verfahrensziel gem §§ 157, 270 Abs 1 S 2 dInsO.

⁴²² *Seibt*, ZIP 2013, 1597 (1599) mit Verweis auf *Klöhn*, ZGR 2008, 110 (127 f).

⁴²³ *Korch*, ZGR 2019, 1050 (1057); *ders*, NZG 2020, 1299 (1301); aA *Thole*, ZIP 2020, 1985 (1987).

⁴²⁴ *Seibt*, ZIP 2013, 1597 (1599) mit Verweis auf *Klöhn*, ZGR 2008, 110 (127 f).

⁴²⁵ *Seibt*, ZIP 2013, 1597 (1599).

⁴²⁶ *Kebekus/Zenker* in FS Georg Maier-Reimer 319 (333), auch mit Verweis auf *Klöhn*, ZGR 2008, 110 (147 f).

⁴²⁷ *Kebekus/Zenker* in FS Georg Maier-Reimer 319 (333 mwN).

⁴²⁸ *Kebekus/Zenker* in FS Georg Maier-Reimer 319 (333).

Gesellschaftsorgane (General- bzw Hauptversammlung sowie Aufsichtsrat wenn vorhanden) über eine vorliegende oder drohende Krise informiert.

Dieses Informationsbedürfnis ist aber kein Selbstzweck, sondern auch Ausdruck der Tatsache, dass die Geschäftsleitung bei der Einleitung und Umsetzung von Sanierungsmaßnahmen auch ein Stück weit vom Aufsichtsrat und insb den Anteilseignern abhängig ist. Neben wohl meist vorliegenden Genehmigungspflichten⁴²⁹ geht es dabei vor allem um die eigentümerseitige finanzielle Unterstützung notwendiger Maßnahmen. Die Geschäftsleitung muss die General- bzw Hauptversammlung in eine Position bringen, informiert über mögliche Sanierungsszenarien und allfällige eigene Beiträge (wie etwa Gesellschafterzuschüsse oder eine erforderliche Kapitalerhöhung) entscheiden zu können.⁴³⁰

Aus dieser Abhängigkeit schließt die Lit, dass die Geschäftsleitung trotz aller Sorgfalt zuallererst *nur* die Pflicht zur Vor- bzw Unterbreitung entsprechender Sanierungsmaßnahmen oder –vorschläge trifft.⁴³¹ Tragen die anderen zu involvierenden Organe die Sanierung nicht mit, kann die Geschäftsleitung demnach keine Haftung für eine Verletzung ihrer Sanierungsverantwortung treffen, weil ihr dies *alleine* nicht zum Vorwurf gemacht werden könne.⁴³² Sehr wohl hat die Geschäftsleitung die Konsequenzen aus einer Weigerung zu ziehen, alternative Schritte zu erwägen (zB ein Reorganisationsverfahren) und zB bei Insolvenzeintritt einen Insolvenzantrag zu stellen.⁴³³

Damit weisungs- oder zustimmungsberechtigte Organe eine zweckmäßige Sanierung nicht stören oder vereiteln können, sieht etwa das URG auch eine mögliche Haftung anderer Organe vor (s dazu noch unten Pkt 4.8). Einen ähnlichen Gedanken verfolgt die RIRL mit dem dort vorgesehenen Obstruktionsverbot (s noch Pkt C 2.8).

3.6. Abdingbarkeit

Auch hier gilt das bereits oben in Pkt 2.4 Gesagte. Insb in solchen Fällen ist der dort dargestellte zwingende Gläubigervorbehalt von Bedeutung, der *gerade* iZm Krisen- und Sanierungsverantwortung regelmäßig zum Tragen kommen wird.⁴³⁴

⁴²⁹ Die allermeisten Sanierungsmaßnahmen bedürfen schon gesetzlich oder sonst gesellschaftsvertraglich- bzw satzungsmäßig idR der Zustimmung anderer Organe (neben der General- bzw Hauptversammlung oft auch des Aufsichtsrats); s dazu auch Karollus in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1145 f); C. Fritz/Schauer, SWK-Spezial (2009) 245; Dellinger, ZIK 1997, 207 (210).

⁴³⁰ Dellinger, ZIK 1997, 8 (9 f), nach welchem sich dies schon aus der Pflicht zur fachlich einwandfreien Leitung der Gesellschaft ergibt; s dazu auch bereits oben Pkt 2.5.3.1.

⁴³¹ Karollus in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1145 f); C. Fritz/Schauer, SWK-Spezial (2009) 245.

⁴³² Karollus in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1157); C. Fritz/Schauer, SWK-Spezial (2009) 48.

⁴³³ Karollus in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1156 f).

⁴³⁴ Für die Anwendbarkeit reichen nicht bloß vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten aus (U. Torggler in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* 35 [37] mit Verweis auf die hM); insb im Konkurs wird dies regelmäßig der Fall sein (s nur Wagner, Geschäftsführerhaftung Rz 10).

4. Pflichten iZm URG bzw Reorganisationsverantwortung

4.1. Telos

4.1.1. Unternehmensreorganisationsgesetz

Das Bundesgesetz über die Reorganisation von Unternehmen (Unternehmensreorganisationsgesetz, im Folgenden **URG**) wurde mit dem IRÄG 1997 eingeführt und sollte dazu beitragen, zukünftig Unternehmensinsolvenzen zu vermeiden bzw zu verringern.⁴³⁵

Das URG in Kombination mit Änderungen im Bereich des Gesellschaftsrechts (s dazu bereits oben Pkt 2.5) sollte eine umfassende(re) Insolvenzprophylaxe ermöglichen.⁴³⁶ Die Reorganisation eines Unternehmens sei lt den Mat „natürlich erfolgsversprechender, je früher Maßnahmen eingeleitet werden“, weswegen „eine frühzeitige Reaktion auf eine sich abzeichnende Unternehmenskrise“ ermöglicht „und die Reorganisation oder Sanierung eines lebensfähigen Unternehmens“ erleichtert werden sollten.⁴³⁷ Diese Beweggründe erinnern sehr an die von der EU in der RIRL proklamierten Ziele (s dazu Pkt C 2).

Das Reorganisationsverfahren sollte Unternehmen zur Verfügung stehen, die sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befinden, die aber gem § 1 Abs 1 URG ausdrücklich noch *nicht* insolvent sind. Als Vorteile des Verfahrens beworben wurden die Vorwegprüfung der Anfechtbarkeit von Reorganisationsmaßnahmen, der Ausschluss des Eigenkapitalcharakters von Gesellschafterleistungen und die objektive Prüfung des Reorganisationskonzepts durch einen gerichtlich bestellten Reorganisationsprüfer.⁴³⁸ Das Verfahren wurde aber bereits im Begutachtungsverfahren auch kritisiert, etwa weil die Kosten zu hoch seien oder das Verfahren generell zu unattraktiv sei.⁴³⁹ Weitere Maßnahmen wie etwa ein Konkurs- oder Exekutionsschutz oder eine Überstimmung einzelner Gläubiger wurden aber mangels vorliegender materieller Insolvenz (auch aus verfassungsrechtlichen Erwägungen) damals als nicht sachgerecht angesehen.⁴⁴⁰

§ 1 Abs 2 URG definiert den Begriff Reorganisation als „eine nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen durchgeführte Maßnahme zur Verbesserung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage eines im Bestand gefährdeten Unternehmens, die dessen nachhaltige Weiterführung ermöglicht“. Der Begriff Sanierung wurde nach den Mat im URG bewusst vermieden, weil er zu sehr an die Unternehmenssanierung im Ausgleichs- oder Konkursverfahren erinnert hätte und ein Reorganisationsverfahren gerade *nicht* mit einem

⁴³⁵ ErläutRV 734 XX. GP 32. Das Verfahren steht jeglicher Art von Unternehmen (mit Ausnahme der in § 2 URG genannten Ausnahmen wie etwa Kreditinstituten oder Versicherungsunternehmen) zur Verfügung.

⁴³⁶ ErläutRV 734 XX. GP 32 f, 35 (dies insb in Ergänzung der damals schon bestehenden Regelungen).

⁴³⁷ ErläutRV 734 XX. GP 33, 74.

⁴³⁸ ErläutRV 734 XX. GP 34.

⁴³⁹ ErläutRV 734 XX. GP 75.

⁴⁴⁰ ErläutRV 734 XX. GP 76.

Insolvenzverfahren in Verbindung gebracht werden sollte.⁴⁴¹ Das Verfahren sollte sich vielmehr auf betriebsinterne Maßnahmen konzentrieren, die durch Aufnahme eines Reorganisationskredits unterstützt werden sollten.⁴⁴²

Weitere Detailausführungen zum Reorganisationsverfahren als solches können in diesem Rahmen unterbleiben.⁴⁴³ In der Praxis ist das Reorganisationsverfahren jedenfalls nie richtig angekommen, weswegen bereits zwei Jahre nach dessen Inkrafttreten Überlegungen zu einer Steigerung der Attraktivität angestellt wurden.⁴⁴⁴ Über die Gründe für die fehlende praktische Relevanz wurde umfassend diskutiert,⁴⁴⁵ und die bereits bei Gesetzwerdung geäußerte Kritik stellte sich als weitestgehend berechtigt heraus.⁴⁴⁶

4.1.2. Organpflichten bzw Reorganisationsverantwortung

Trotz der fehlenden praktischen Relevanz des Reorganisationsverfahrens an sich wurde das URG in der Lit und Rsp trotzdem immer wieder behandelt. Hauptverantwortlich dafür sind die in den §§ 22 ff URG vorgesehenen Haftungsbestimmungen für Organe. Die enorm wichtige Rolle der Leitungsorgane und gleichzeitig die damit verbundenen Kontroversen werden dadurch bestätigt, dass in den Mat *gerade* zu § 22 URG die umfangreichsten Erläut gemacht wurden (nämlich zwei volle Seiten).⁴⁴⁷

Durch eine spezielle, an die URG-Kennzahlen (siehe dazu noch Pkt 4.2) geknüpfte Haftungsbestimmung sollten Organe zu frühzeitigem Handeln angeleitet werden. Die zeitliche Vorverlagerung der Verantwortlichkeit⁴⁴⁸ sollte das Reorganisationsverfahren effektuieren und einen gewissen Druck auf die Organe ausüben, damit diese Alarmsignale beachten und bei deren Eintritt bzw Vorliegen unverzüglich reagieren.⁴⁴⁹ Die Haftungsbestimmungen sollten damit „auf eine Art Frühwarnsystem“ hinauslaufen,⁴⁵⁰ wodurch die Zahl der mit erheblichen Nachteilen für die Gläubiger und einer volkswirtschaftlich schädlichen Kapitalvernichtung verbundenen Insolvenzen zurückgedrängt werden sollte.⁴⁵¹

⁴⁴¹ ErläutRV 734 XX. GP 76; C. Fritz/Schauer, SWK-Spezial (2009) 53.

⁴⁴² ErläutRV 734 XX. GP 76.

⁴⁴³ Eine gute Übersicht bieten etwa Schumacher, ÖBA 1997, 855 (855 ff) oder C. Fritz/Schauer, SWK-Spezial (2009) 52 ff.

⁴⁴⁴ Siehe nur Kleiner, SWK 1999, W 83.

⁴⁴⁵ Als Grund wird etwa genannt, dass die ausdrücklich normierte Redepflicht des Abschlussprüfers (§ 273 Abs 2 UGB) oft bereits früher als die URG-Kennzahlen greife und daher bereits früher Reorganisations- oder Sanierungsmaßnahmen gesetzt würden (J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 628 f); s zur Kritik auch Schumacher in Grininger/Jaufer/Schumacher 1 (10); Wabl, ICR 2017, 245 (249, 252).

⁴⁴⁶ Siehe nur Dellinger, ZIK 1997, 207 (207) („totes Recht“).

⁴⁴⁷ ErläutRV 734 XX. GP 85 f.

⁴⁴⁸ ErläutRV 734 XX. GP 85. Im Lichte einer spätestens mit dem Eintritt eines Reorganisationsbedarfs ebenso ausgelösten Sanierungsverantwortung (s zuvor Pkt 3.2) muss dies aber nicht zwingend eine Vorverlagerung bedeuten, sondern eher eine zusätzlich zu beachtende Haftungsbestimmung.

⁴⁴⁹ ErläutRV 734 XX. GP 85.

⁴⁵⁰ ErläutRV 734 XX. GP 33.

⁴⁵¹ ErläutRV 734 XX. GP 85.

Mit dem Reorganisationsverfahren selbst stehen die Haftungsbestimmungen aber nur in losem Zusammenhang,⁴⁵² was sich auch schon daraus ergibt, dass die Haftungsbestimmungen (anders als das Verfahren selbst) nur auf prüfpflichtige juristische Personen anwendbar sind.⁴⁵³ Diese Einschränkung auf prüfpflichtige Gesellschaften⁴⁵⁴ wird damit gerechtfertigt, dass solchen Gesellschaften die Warnsignale für die Einleitung eines Reorganisationsverfahrens bzw zur Setzung von sonstigen Schritten gesetzlich verpflichtend vom Jahresabschlussprüfer mittels dessen Bericht mitgeteilt würden. Dies könne den Informationsstand der Vertretungsorgane und somit auch deren Sorgfaltsmaßstab erhöhen.⁴⁵⁵

Tatsächlich befindet sich aber im URG wie unten in Pkt 4.3 noch dargestellt gar keine explizite Handlungs- oder Antragspflicht für Geschäftsleiter. Die Einleitung eines Reorganisationsverfahrens als solches wird als freiwillig bezeichnet, wofür schon der Wortlaut in § 1 Abs 1 URG (ein Unternehmen *kann* ein solches Verfahren beantragen) und die einschlägige OGH-Rsp⁴⁵⁶ sprechen.

Dennoch können nach dem Gesetzestext des § 22 URG vertretungsbefugte Organe prüfpflichtiger juristischer Personen uU für bis zu EUR 100.000 haften, wenn sie kein Reorganisationsverfahren einleiten (gesprochen wird von einer sog „verschuldensunabhängigen Erfolgshaftung“, s dazu noch unten Pkt 4.3.2). Man könnte daher im Kontext der gegenständlichen Arbeit doch von einer Art „Reorganisationspflicht“⁴⁵⁷ sprechen. Da auch hier gleich wie bei der Sanierungsverantwortung die Abhängigkeit insb von anderen Organen gegeben ist, ist mE gleich wie dort (s dazu Pkt 3.1) der Begriff „Reorganisationsverantwortung“ treffender.

4.2. Pflichtenauslöser

§ 22 Abs 1 Z 1 URG knüpft die potentielle Haftung an einen Bericht des Abschlussprüfers, aus dem aufgrund des Erfüllens der URG-Kennzahlen (s sogleich) die Vermutung des Reorganisationsbedarfs anzunehmen ist. Gem § 1 Abs 3 URG ist Reorganisationsbedarf insb bei einer vorausschauend feststellbaren wesentlichen und nachhaltigen Verschlechterung der Eigenmittelquote anzunehmen.

Reorganisationsbedarf wird vermutet, wenn die Eigenmittelquote des Unternehmens iSv § 23 URG weniger als 8% *und* die fiktive Schuldentilgungsdauer iSv § 24 URG mehr als 15 Jahre betragen. Die Kennzahlen der §§ 23, 24 URG (sog „URG-Kennzahlen“) zeichnen

⁴⁵² Vergleicht man dies mit dem Aufbau der RIRL und der Unterteilung in die Regelungen über den präventiven Restrukturierungsrahmen und die gesondert in Art 19 geregelten Pflichten der Unternehmensleitung, ergeben sich zwangsläufig Ähnlichkeiten (s dazu noch unten Pkt C 2).

⁴⁵³ *Mohr*, URG § 22 Anm 1 mit Verweis auf die Mat.

⁴⁵⁴ § 22 Abs 1 URG gilt nur für prüfpflichtige juristische Personen, die ein Unternehmen betreiben bzw vergleichbare Personengesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter mit Vertretungsbefugnis eine natürliche Person ist (§ 22 Abs 2 URG).

⁴⁵⁵ Siehe nur *Jenatschek* in *Buchegger*, Zusatzband I § 22 URG Rz 9.

⁴⁵⁶ Siehe bereits oben Pkt 3.3.1.3 zur E OGH 6 Ob 269/05k GesRZ 2006, 92.

⁴⁵⁷ Siehe auch *Wabl*, ZIK 2019, 178 (179) (im Einzelfall mögliche „Reorganisationspflicht“); *Dellinger*, ZIK 1997, 8 (15) hingegen betont, dass durch § 1 URG *keine* solche begründet werde.

sich nach den Mat durch eine einfache Berechnung, leichte Nachvollziehbarkeit sowie die Möglichkeit der rückwirkenden Überprüfung aus und ließen sich ohne nennenswerten zusätzlichen Aufwand aus dem handelsrechtlichen Rechenwerk berechnen.⁴⁵⁸ Diese seien ein „Warnsignal“, das die Organe veranlassen solle, mit Hilfe sachkundiger Beratung einen möglichen Reorganisationsbedarf festzustellen.⁴⁵⁹ Ein starres Anknüpfen an die URG-Kennzahlen wird aber teils auch kritisch gesehen, weil sie den Besonderheiten des Einzelfalls in keiner Weise gerecht werden würden.⁴⁶⁰

Nachdem das Reorganisationsverfahren gem § 1 Abs 1 URG nur solventen Unternehmen zur Verfügung steht, wird auch von einem zeitlichen „Korridor“ vom ersten Zeitpunkt des Vorliegens von Reorganisationsbedarf bis zur materiellen Insolvenz gesprochen.⁴⁶¹

Der Eintritt der URG-Kennzahlen ist aber nicht nur für § 22 URG relevant. An diese ist etwa auch der Krisenbegriff des EKEG (§ 2 Abs 1 Z 3 EKEG) geknüpft⁴⁶² und bei Erfüllung der Kennzahlen erfolgt auch ohne die Haftungsbestimmung des § 22 URG eine Verdichtung der Verhaltenspflichten für Geschäftsleiter.⁴⁶³

4.3. Pflichteninhalt

4.3.1. Vorbemerkung

Wird nach Erhalt eines Berichts des Abschlussprüfers über die Vermutung eines Reorganisationsbedarfs nicht *unverzüglich* ein Reorganisationsverfahren eingeleitet oder nicht gehörig fortgesetzt und wird innerhalb von zwei Jahren danach ein Insolvenzantrag gestellt, haften die Mitglieder des vertretungsbefugten Organs gegenüber der Gesellschaft zur ungeteilten Hand, jedoch pro Person höchstens bis zu EUR 100.000 (§ 22 Abs 1 Z 1 URG). Dasselbe gilt, wenn der Jahresabschluss nicht oder verspätet aufgestellt wurde oder nicht unverzüglich der Abschlussprüfer mit dessen Prüfung beauftragt wird (§ 22 Abs 1 Z 2).⁴⁶⁴

⁴⁵⁸ ErläutRV 734 XX. GP 86.

⁴⁵⁹ ErläutRV 734 XX. GP 86 f. Der Gesetzgeber hat es sich beim Konzept des Reorganisationsbedarfs gewiss nicht leicht gemacht. Das Abstellen auf Kapitalstruktur- und Finanzkraftkennzahlen war die Folge umfassender empirischer Untersuchungen aus Deutschland, der Befassung mit betriebswirtschaftlicher Lit und einer selbst angestellten empirischen Überprüfung der Insolvenzfälle aus den Jahren 1995 und 1996 und wurde umfassend begründet. Als Hauptzielgruppe für das neue Verfahren wurden buchmäßig reorganisationsbedürftige Unternehmen identifiziert, die bis dahin – so die Annahme – mangels der vom URG vorgesehenen Gegenmaßnahmen insolvent wurden.

⁴⁶⁰ Jüngst *Piringer*, *ecolex* 2021, 227 (227 mwN).

⁴⁶¹ *Viehböck/Linder*, *SWK* 2009, 1269 (1274).

⁴⁶² Ausf dazu jüngst *Piringer*, *ecolex* 2021, 227 (227 ff).

⁴⁶³ Siehe bereits oben Pkt 2.5.3 für Einberufungs- und Berichtspflichten sowie Pkt 3.2 für die auch bei Erfüllung der URG-Kennzahlen ausgelöste Sanierungsverantwortung; s zu alldem auch *Lindner in Kalss/Frotz/Schörghofer* 707 (709).

⁴⁶⁴ So auch ErläutRV 734 XX. GP 85. Die Voraussetzung des § 22 Abs 1 Z 2 bezeichnet *Dellinger* (ZIK 1997, 207 [212]) als „merkwürdig“, da der Auftrag zur Erstellung des Jahresabschlusses gem § 270 Abs 1 UGB – wenn vorhanden – vom Aufsichtsrat zu erteilen sei.

Nach der gesetzlichen Idee erfährt die Geschäftsleitung daher vom Vorliegen der URG-Kennzahlen durch den Bericht des Abschlussprüfers iZm der Jahresabschlussprüfung. Das URG selbst verpflichtet die Geschäftsleitung hingegen nicht, die Kennzahlen laufend selbst zu berechnen. Dennoch lässt sich bereits aus der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltspflicht und den Insolvenzprophylaxebestimmungen (s oben Pkt 2.5) entnehmen, dass daneben auch eine laufende Beobachtungs- und Prüfpflicht besteht.⁴⁶⁵

Die Haftung droht gem § 22 Abs 3 URG nur jenen Organmitgliedern, die die Einleitung eines Reorganisationsverfahrens abgelehnt haben. Wenn daher ein Mitglied für die Einleitung ist, sich aber nicht durchsetzen kann, ist dieses Mitglied haftungsfrei.⁴⁶⁶

Nicht unerwähnt bleiben darf an dieser Stelle schließlich, dass die Einleitung eines Reorganisationsverfahrens im Einzelfall (und auch für *nicht* prüfpflichtige Gesellschaften) auch aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Sanierungsverantwortung geboten sein kann, wenn dies im Einzelfall das ex ante gebotene Sanierungsinstrument darstellt (s dazu bereits oben Pkt 3.3.2). Dann droht (zumindest bei prüfpflichtigen Gesellschaften) nicht „nur“ die Haftung aus § 22 URG, sondern eine allgemeine schadenersatzrechtliche Haftung aufgrund einer Sorgfaltspflichtverletzung. § 22 Abs 4 URG stellt ausdrücklich klar, dass von dieser Haftung sonstige Schadenersatzansprüche nach anderen Gesetzen unberührt bleiben.

4.3.2. Verschuldensunabhängige Erfolgshaftung

4.3.2.1. Voraussetzungen

§ 22 Abs 1 URG nennt die folgenden Haftungsvoraussetzungen:

- (a) Über das Vermögen des konkreten prüfpflichtigen Unternehmens wird ein Insolvenzverfahren eröffnet.
- (b) Innerhalb der letzten zwei Jahre⁴⁶⁷ vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wurde vom Abschlussprüfer ein vermuteter Reorganisationsbedarf (s dazu bereits zuvor Pkt 4.2) berichtet oder wäre bei einem rechtzeitig aufgestellten Jahresabschluss berichtet worden.
- (c) Nach Erhalt eines solchen Berichts hat die Geschäftsleitung nicht *unverzüglich* ein Reorganisationsverfahren eingeleitet *oder* nicht gehörig fortgesetzt.
- (d) Nicht sämtliche Verbindlichkeiten sind durch die Insolvenzmasse gedeckt.

⁴⁶⁵ Viehböck/Linder, SWK 2009, 1269 (1274); Lindner in Kalss/Frotz/Schörghofer 707 (715 f); Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager² 1145 (1154 ff).

⁴⁶⁶ Dellinger, ZIK 1997, 207 (212).

⁴⁶⁷ Dellinger, ZIK 1997, 207 (212) bezeichnete diese Frist als „nicht unbedenklichen Anreiz zur Konkursverschleppung“. Diesem Bedenken ist mE nicht zu folgen, ist doch im Falle einer Insolvenzverschleppung davon auszugehen, dass die URG-Kennzahlen nicht nur einmalig „reißen“, sondern bis zur Insolvenzeröffnung durchgehend erfüllt sein werden bzw bei pflichtgemäßem Aufstellen eines Jahresabschlusses erfüllt sein würden, weswegen das Hinausschieben der Insolvenzeröffnung faktisch idR nicht zu einer Exkulpierung des Geschäftsleiters führen sollte.

Die Haftung nach § 22 URG ist konzeptionell weder von der Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Geschäftsleiters noch von einem Verschulden abhängig, sie ist eine reine Erfolgshaftung. Sie wird auch als verschuldensunabhängige Haftung für rechtmäßiges Verhalten und somit als Gefährdungshaftung bezeichnet.⁴⁶⁸ Es steht aber der Nachweis der fehlenden Kausalität offen (s unten Pkt 4.5.). Dies ist insb der etwas untypischen Ausgestaltung geschuldet, dass eben *keine* explizite Antragspflicht vorgesehen, sondern „nur“ eine indirekte Haftung bei der Nichteinleitung angedroht wird. In der Lit wurde diese Konstruktion weitestgehend und teils heftig kritisiert (s dazu sogleich Pkt 4.3.2.2).

§ 22 URG verwendet den Begriff „unverzüglich“, was etwa im Vergleich zu anderen Bestimmungen wie § 69 Abs 2 IO, wo von „ohne schuldhaftem Zögern“ ausgegangen wird, verwundern mag. Die Schwierigkeit ergibt sich zuallererst dadurch, dass § 22 wie dargestellt eine verschuldensunabhängige Erfolgshaftung vorsieht, weswegen das Kriterium der Schuldhaftigkeit eigentlich nicht relevant sein sollte.⁴⁶⁹

§ 22 URG scheint damit zwar primär die Nichteinleitung des Verfahrens im Auge zu haben, indem ausdrücklich auch die nicht gehörige Fortsetzung eines bereits laufenden Verfahrens sanktioniert wird, wird das Haftungsregime des URG aber auf das Verfahren selbst ausgedehnt. Daraus folgt, dass etwa eine generell nicht sorgfaltskonforme Verfahrensführung oder auch die Verletzung von Mitwirkungs-, Mitteilungs- oder Informationspflichten⁴⁷⁰ nicht nur eine Haftung nach den gesellschaftsrechtlichen (Sanierungs-)Pflichten, sondern auch eine (verschärfte) Haftung nach dem URG zur Folge haben kann.

4.3.2.2. Kritik in der Lit

Die gewählte Haftungskonstruktion als verschuldensunabhängige Erfolgshaftung ist in der Lit auf Verwunderung und Kritik gestoßen. Schon im Vorfeld der Einführung des URG vertrat *Dellinger*, dass eine Präzisierung der gesellschaftsrechtlichen sanierungsbezogenen Organpflichten bzw eine Integration in selbige im Vergleich zur geplanten Haftung lt URG „vorzugswürdig“ wäre.⁴⁷¹ Vielmehr hätten die Einberufungspflichten des § 36 Abs 2 GmbHG sowie § 83 AktG dahingehend angepasst werden sollen, dass diese mit einer ausdrücklichen gesetzlichen, der Gesellschaft (*nicht* den Gläubigern) gegenüber bestehenden Pflicht zur Vorlage eines Sanierungskonzepts verbunden werden könnte.⁴⁷² Der mit der

⁴⁶⁸ *Dellinger*, ZIK 1997, 8 (11); *Jenatschek* in *Buchegger*, Zusatzband I § 22 URG Rz 6.

⁴⁶⁹ In diese Richtung auch *Dellinger*, ZIK 1997, 207 (210). Dieser hat dennoch die Gewährung einer 60-tägigen Frist für die Antragstellung vorgeschlagen, aber nicht in Anlehnung an § 69 Abs 2 IO, sondern an die in § 5 Abs 2 URG vorgesehene Frist zur Vorlage eines Reorganisationsplans. Insb könne es der Geschäftsleitung nach diesem wohl nicht vorgeworfen werden, dass etwa ein gem § 26 URG einzuholendes Gutachten trotz sorgfältiger Auswahl und pflichtgemäßer Urgenz länger dauert.

⁴⁷⁰ Zu denken ist an die Pflicht zur Vorlage eines Reorganisationsplans nach § 5 Abs 2 URG, zur Einzahlung des Kostenvorschusses gem § 5 Abs 1 URG oder die Mitteilungs- bzw Informationspflichten nach § 11 URG; so auch *Jenatschek* in *Buchegger*, Zusatzband I § 22 URG Rz 6; *Schumacher*, ÖBA 1997, 855 (864 f); *Dellinger*, ZIK 1997, 207 (211).

⁴⁷¹ *Dellinger*, ZIK 1997, 8 (15) sowie *ders*, ZIK 1997, 207 (215 FN 60).

⁴⁷² *Dellinger*, ZIK 1997, 8 (9 f).

Haftungsbestimmung des § 22 URG *ohne* Abstimmung mit bereits bestehenden gesellschaftsrechtlichen Pflichten unternommene Versuch, die Ausnützung eines Reorganisationsverfahrens zu erreichen, führe hingegen zu einigen Ungereimtheiten.⁴⁷³

Schumacher etwa bezeichnete die gewählte Haftungskonstruktion als „erstaunlich“.⁴⁷⁴ *J. Reich-Rohrwig* äußerte ebenso Bedenken und proklamierte iZm dem URG „Vorständen und Geschäftsführern drohen neue Haftungen“.⁴⁷⁵ *Dellinger* sprach von einer „Gefährdungshaftung neuen Typs“, die mit der „Gefährdung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs durch Unterlassung der Reorganisation trotz Eigenkapitalschwäche und mangelnder Eigenfinanzierungskraft“ begründet werde.⁴⁷⁶ In Wahrheit werde ein erlaubtes Verhalten, nämlich der Verzicht auf ein Reorganisationsverfahren, im Fall des Scheiterns der Gesellschaft unter Haftungssanktion gestellt, um indirekt zu erreichen, dass das Reorganisationsverfahren doch gewählt wird.⁴⁷⁷ Obwohl der Gesetzgeber ausdrücklich keine weitere Pflicht vorsehen wollte, werde durch den über die Haftungsdrohung bewirkten Druck im Ergebnis doch so etwas Ähnliches wie eine Obliegenheit geschaffen.⁴⁷⁸ *Jenatschek* bezeichnete diese als „Quasi-Obliegenheit“.⁴⁷⁹ Diese umstrittene Haftung werde umso lebendiger, sollte das Verfahren selbst totes Recht bleiben.⁴⁸⁰

Neben der inhaltlichen Kritik an § 22 URG wurden auch rechtspolitische und verfassungsrechtliche Bedenken geäußert. *J. Reich-Rohrwig/Zehetner* bezeichneten das Haftungssystem bereits früh wegen fehlender gesetzlicher Determinierung der Organpflichten iZm Sanierungsschritten und der Auferlegung einer verschuldensunabhängigen Haftung, die dem Organmitglied systemwidrig das Unternehmerrisiko auferlege, als verfassungswidrig.⁴⁸¹ Auch nach *Wagner* verstoße die Haftungsbestimmung des §§ 22 iVm 27 URG aufgrund mangelnder sachlicher Rechtfertigung gegen den Gleichheitsgrundsatz und sei daher verfassungswidrig.⁴⁸²

Nach *Dellinger* (später auch gefolgt von *Jenatschek*) erscheine die Haftungsregelung nicht als verfassungswidrig, weil bei Verletzung einer Sanierungspflicht ohnehin auch eine Haftung nach § 25 GmbHG bzw § 84 AktG eintreten würde.⁴⁸³ Offen sei aber, ob die Haftung in ihrer Schärfe rechtspolitisch gerechtfertigt sei.⁴⁸⁴ Generell dürfe es jedenfalls keinen Haftungsautomatismus geben, denn es schiene „sachlich kaum zu rechtfertigen“, wenn

⁴⁷³ *Dellinger*, ZIK 1997, 8 (15).

⁴⁷⁴ *Schumacher*, ÖBA 1997, 855 (865).

⁴⁷⁵ *J. Reich-Rohrwig*, SWK 1997, W 103 (107).

⁴⁷⁶ *Dellinger*, ZIK 1997, 207 (207 f); ähnlich auch *Jenatschek* in *Buchegger*, Zusatzband I § 22 URG Rz 6.

⁴⁷⁷ *Dellinger*, ZIK 1997, 8 (10).

⁴⁷⁸ *Dellinger*, ZIK 1997, 207 (208).

⁴⁷⁹ *Jenatschek* in *Buchegger*, Zusatzband I § 22 URG Rz 7.

⁴⁸⁰ *Dellinger*, ZIK 1997, 207 (207).

⁴⁸¹ *J. Reich-Rohrwig/Zehetner*, IRÄG 1997, 55.

⁴⁸² *Wagner*, Geschäftsführerhaftung Rz 445.

⁴⁸³ *Dellinger*, ZIK 1997, 207 (208); diesem folgend *Jenatschek* in *Buchegger*, Zusatzband I § 22 URG Rz 8.

⁴⁸⁴ *Dellinger*, ZIK 1997, 207 (215 FN 60). Auch dies sei aber grds zu bejahen, da aufgrund der Verschuldensunabhängigkeit ein einfacher und damit kurzer Prozess zur Durchsetzung der Organhaftung führen könnte, ohne zweckmäßige Sanierungen zu behindern oder mit einem überzogenen Haftungsrisiko zu belasten.

Organmitglieder, die nach sorgfältiger Prüfung ex ante aussichtsreiche Restrukturierungsmaßnahmen außerhalb des Reorganisationsverfahrens ergriffen haben, bei späterer unverschuldeter Insolvenz persönlich haften würden, nur weil sie von der freiwilligen und von ihnen nach pflichtgemäßem Ermessen für weniger erfolgsversprechend gehaltenen Einschaltung des Gerichts abgesehen haben⁴⁸⁵ (dieser auch von *Wagner*⁴⁸⁶ geäußerten Kritik ist wie bereits in Pkt 3.3.1.3 gezeigt später auch der OGH gefolgt, s auch sogleich Pkt 4.5).

4.4. Nichteintritt der Haftung

Die an das Erfüllen der URG-Kennzahlen geknüpfte Vermutung des Reorganisationsbedarfs kann auch entkräftet werden. § 26 Abs 1 URG sieht dementsprechend vor, dass die Haftung dann nicht eintritt, wenn unverzüglich nach Erhalt des Berichts des Abschlussprüfers ein Gutachten eines Wirtschaftstreuhanders beauftragt wird, und dieses feststellt, dass *kein* Reorganisationsbedarf gegeben ist. Auch hier stellt sich die Frage, was Unverzüglichkeit im Einzelfall bedeutet (s bereits zuvor Pkt 4.3.2.1).⁴⁸⁷ Sollten andere Gesellschaftsorgane mit dem Bericht befasst sein, könnte sich nach der Lit die Einholung eines Gutachtens aber verzögern, weswegen bei Einhaltung der gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen und Fristen (zB § 36 Abs 2 GmbHG) von keinem schuldhaften Zögern auszugehen sei.⁴⁸⁸ Insb aufgrund des im nächsten Pkt behandelten Haftungsentfalls nach § 27 URG ist die Bedeutung von § 26 URG in der Praxis eher gering.

4.5. Entfall der Haftung

§ 27 URG statuiert, dass eine mögliche Organhaftung entfällt, wenn bewiesen wird, dass die Insolvenz aus anderen Gründen als wegen der Unterlassung der Reorganisation eingetreten ist. Das URG sieht dadurch eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität vor, die dem klagenden Insolvenzverwalter im Prozess helfen kann.⁴⁸⁹

Was mit „anderen Gründen“ gemeint ist, war bei Gesetzwendung noch nicht ganz klar. Die Mat beziehen sich lediglich auf außergewöhnliche, nicht zu erwartende Umstände.⁴⁹⁰ Wiederum *Dellinger* hat schon im Gesetzwendungsprozess vertreten, dass der vorgesehene Entfall der Kausalität gerade *nicht* notwendig voraussetze, dass die Insolvenz auf außergewöhnliche Umstände zurückzuführen sei. Vielmehr würde der Entlastungsbeweis häufig schon dann gelingen können, wenn die Organe nur auf die Einschaltung des Gerichts und damit des Reorganisationsprüfers, nicht aber auf ex ante vernünftige Sanierungsschritte

⁴⁸⁵ *Dellinger*, ZIK 1997, 207 (208).

⁴⁸⁶ Geschäftsführerhaftung Rz 206 ff.

⁴⁸⁷ Lt *Jenatschek* in *Buchegger*, Zusatzband I § 26 URG Rz 3 solle die Reaktionszeit der Geschäftsleitung auf die Feststellung des Abschlussprüfers kurz bemessen sein, da bei einem Vorliegen der Kennzahlen das folgende Wirtschaftsjahr bereits laufe.

⁴⁸⁸ *Jenatschek* in *Buchegger*, Zusatzband I § 26 URG Rz 3; *Schumacher*, ÖBA 1997, 855 (866).

⁴⁸⁹ *Dellinger*, ZIK 1997, 207 (209, 214), nach welchem diese Beweislastumkehr im Endeffekt auch die wesentliche verbleibende Sanktion des URG im Vergleich zu einem „normalen“ Haftungsprozess darstellt.

⁴⁹⁰ ErläutRV 734 XX. GP 88.

verzichtet hätten.⁴⁹¹ In die gleiche Richtung argumentierten rasch *Schumacher*⁴⁹² und *Wagner*,⁴⁹³ weswegen schon vor der E 6 Ob 269/05k (s oben Pkt 3.3.1.3) die wohl hL davon ausging, dass im Einzelfall auch alternative Sanierungsmaßnahmen zu einem Entfall der Haftung führen können.⁴⁹⁴ Wenig überraschend wurden daher auch die vom OGH in seiner E 6 Ob 269/05k getätigten Klarstellungen⁴⁹⁵ in der Lit soweit ersichtlich durchwegs begrüßt.⁴⁹⁶ Durch diese seien lt *C. Fritz/Schauer* sogar „die legistischen Schattenseiten des Anlassgesetzes nun doch harmonisch in das System des Haftungsrechtes eingefügt“ worden.⁴⁹⁷ Auch nach *Wagner* präzisieren die §§ 22 u 27 URG schließlich die gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltsanforderungen.⁴⁹⁸

In der Sache sei lt *Dellinger*,⁴⁹⁹ *Jenatschek*⁵⁰⁰ und *Wagner*⁵⁰¹ bei Einleitung alternativer Sanierungsmaßnahmen ein Entfall der Haftung schon deswegen gegeben, weil § 27 URG lediglich die Unterlassung der „Reorganisation“ und nicht des „Reorganisationsverfahrens“ anspreche. Reorganisation iSv § 1 Abs 2 URG umfasse eben auch die außergerichtliche Reorganisation, weswegen es für einen Haftungsentfall schon ausreiche, dass ernsthaft und sorgfältig nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen durchgeführte Maßnahmen zur Verbesserung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage eines im Bestand gefährdeten Unternehmens, die dessen nachhaltige Weiterführung ermöglichen, gesetzt werden. Wenn die Organe alternative Maßnahmen setzen, weil sie die Einschaltung eines Gerichts aufgrund sorgfältigen und pflichtgemäßen Ermessens für nicht erfolgsversprechend gehalten haben, stelle dies *keine* unzulässige Übertretung des unternehmerischen Risikos dar.⁵⁰² Der OGH stellt unmissverständlich klar, dass es mit vernünftigen Wertungen nicht vereinbar wäre, wenn ein Unternehmer (das Organ der Kapitalgesellschaft) die einzig sinnvolle wirtschaftliche Maßnahme einer außergerichtlichen Reorganisation nicht in Angriff nehmen darf, weil er sich ansonsten der Haftung nach § 22 URG aussetzt und ihm der Entlastungsbeweis nach § 27 URG verwehrt wird, obwohl er nachweisen kann, dass seine

⁴⁹¹ *Dellinger*, ZIK 1997, 8 (14 f).

⁴⁹² *Schumacher*, ÖBA 1997, 855 (866 f).

⁴⁹³ *Wagner*, Geschäftsführerhaftung Rz 195 ff.

⁴⁹⁴ aa damals noch *Mohr*, URG § 27 Anm 4, der insb argumentierte, dass die Einschaltung des Reorganisationsprüfers den Sanierungserfolg eher fördern könnte, weil der Reorganisationsprüfer den Reorganisationsplan objektiv prüfe und daher eher eine Zustimmung der einbezogenen Personen zu erwarten wäre.

⁴⁹⁵ Siehe nur RIS-Justiz RS0120441: Der Entlastungsbeweis der fehlenden Kausalität der Unterlassung eines Antrags auf Einleitung eines Reorganisationsverfahrens ist sowohl durch den Nachweis, dass die Insolvenz auch bei rechtzeitiger Antragstellung nicht vermieden hätte werden können als auch durch den Nachweis, dass betriebswirtschaftlich sinnvolle außergerichtliche Reorganisationsmaßnahmen – wenn auch letztlich erfolglos – vorgenommen wurden, möglich.

⁴⁹⁶ Für viele *Lindner* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 707 (716 f); so auch schon *Viehböck/Linder*, SWK 2009, 1269 (1274).

⁴⁹⁷ *C. Fritz/Schauer*, SWK-Spezial (2009) 71; ähnlich *Binder* in *Ratka/Rauter* 200 (Rz 3/97).

⁴⁹⁸ *Wagner*, Geschäftsführerhaftung Rz 141.

⁴⁹⁹ *Dellinger*, ZIK 1997, 207 (213 f).

⁵⁰⁰ *Jenatschek* in *Buchegger*, Zusatzband I § 27 URG Rz 4 f; *ders*, SWK 10/2007, W 35.

⁵⁰¹ *Wagner*, Geschäftsführerhaftung Rz 201 ff.

⁵⁰² *Jenatschek* in *Buchegger*, Zusatzband I § 26 URG Rz 7 f mit Verweis auf OGH 6 Ob 269/05k GesRZ 2006, 92; ebenso *ders*, 10/2007, W 35 (37 f).

Maßnahmen das richtige Mittel zur Erhaltung der Solvenz waren.⁵⁰³ In gewissen Fällen kann die Einleitung eines gerichtlichen Reorganisationsverfahrens daher auch von vornherein sinnlos erscheinen (negative Publizität, Kosten etc) und es liegt diesfalls auch im pflichtgemäßen Ermessen der Geschäftsleitung, in dieser Situation gerade *kein* Reorganisationsverfahren zu beantragen.⁵⁰⁴

Zu weit geht mE aber der von *Jenatschek* geforderte Beleg, dass die Einleitung eines Reorganisationsverfahrens ernstlich in Erwägung gezogen, aber wegen der Nachteile bzw Kosten nicht durchgeführt worden sei.⁵⁰⁵ Ein solcher Beleg ist in der Praxis im Haftungsprozess aus Beweisgründen zwar nützlich, der Entfall der Haftung muss aber ebenso möglich sein, wenn solche Belege nicht vorliegen, aber dennoch im Haftungsprozess der Beweis gelingt, dass ein Reorganisationsverfahren die Insolvenz ebenso nicht abgewendet hätte. Denn im Ergebnis hängt die Haftung weder von der Rechtswidrigkeit des Verhaltens noch von einem Verschulden ab, sondern ausschl von der Kausalität, die im Rahmen einer Beweislastumkehr entkräftet werden kann.⁵⁰⁶

Weiters steht dem Organ der Nachweis offen, dass zum Zeitpunkt der Kenntnis des Reorganisationsbedarfs die Finanzierungssituation des Unternehmens bereits so schlecht war, dass die Einleitung von (weiteren) Reorganisationsmaßnahmen zu spät gekommen wäre.⁵⁰⁷ Schließlich müsse lt *Schumacher* zur Entlastung die Einleitung des damals noch zur Verfügung stehenden gerichtlichen Ausgleichs bei drohender Zahlungsunfähigkeit führen, da damit ein „Mehr“ iSd Gläubigerschutzes veranlasst werden würde.⁵⁰⁸ Dem ist mE umgelegt auf das heutige Sanierungsverfahren grds zuzustimmen, jedoch nur dann, wenn die Einleitung des Ausgleichs- bzw heute Sanierungsverfahrens im Rahmen des unternehmerischen Ermessens eine sorgfaltskonforme Entscheidung darstellt. Ansonsten sollte zwar die Haftung nach dem URG entfallen, jedoch eine Haftung aus einer Verletzung der Sanierungsverantwortung drohen (s dazu bereits zuvor Pkt 3.3.1.4 zur Sorgfaltswidrigkeit einer verfrühten Insolvenzantragstellung).

4.6. Ermessen und BJR

Das Konzept des unternehmerischen Ermessens und die Anwendbarkeit der BJR wurden zu § 22 URG soweit ersichtlich noch nicht diskutiert. Wahrscheinlich liegt dies daran, dass die nicht gerade systemkonforme Haftungskonstruktion als verschuldensunabhängige

⁵⁰³ OGH 6 Ob 269/05k GesRZ 2006, 92 (zur GmbH) (Pkt IV.).

⁵⁰⁴ So bereits OGH 6 Ob 269/05k GesRZ 2006, 92 (s oben Pkt 3.3.1.3); zutr auch *Lindner* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 707 (716 f); *Viehböck/Linder*, SWK 2009, 1269 (1274); *Jenatschek*, SWK 10/2017, W 35 (39), nach welchem dies auch der Praxis der idR bevorzugten außergerichtlichen Sanierung entspreche.

⁵⁰⁵ *Jenatschek* in *Buchegger*, Zusatzband I § 26 URG Rz 9.

⁵⁰⁶ *C. Fritz/Schauer*, SWK-Spezial (2009) 67 sowie ausf zum Entlastungsbeweis 69 (mit Hinweis darauf, dass dieser Beweis in der Praxis oft schwierig zu erbringen sein wird); ebenso *Lindner* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 707 (716); s auch *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 626 ff.

⁵⁰⁷ *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 626 ff mit Verweis auf OGH 6 Ob 269/05k GesRZ 2006, 92.

⁵⁰⁸ *Schumacher*, ÖBA 1997, 855 (867).

Erfolgshaftung viel grundlegendere Diskussionen wie die eben in Pkt 4.5 dargestellte Diskussion zum Haftungsentfall ausgelöst und erfordert hat. Gerade weil der Tatbestand nicht wirklich in das bestehende gesellschaftsrechtliche Haftungsregime „passt“, hilft die BJR den Leitungsorganen in diesem Zusammenhang wohl auch nur bedingt. Selbst wenn im konkreten Fall unternehmerische Entscheidungen im Rahmen der Sanierungsverantwortung unter sorgfältiger Einhaltung der BJR-Grundsätze getroffen wurden (und daher im Haftungsprozess einer inhaltlichen ex post Kontrolle entzogen wären), müsste aufgrund der von § 27 URG statuierten Beweislastumkehr der haftungsbefreiende alternative Sanierungsversuch zur Gänze – und daher etwa auch inkl dessen betriebswirtschaftlicher Sinnhaftigkeit⁵⁰⁹ - vom beklagten Organ bewiesen werden.

4.7. Innenhaftung

Trotz der besonderen Haftungskonstruktion bleibt es auch hier beim Grundprinzip der Innenhaftung. Bereits die Mat halten explizit fest, dass es sich um keine ausdrückliche Verpflichtung zur Antragstellung handle und die Regelung daher *kein* Schutzgesetz (wohl gemeint zu Gunsten der Gläubiger) sei.⁵¹⁰ Eine Geltendmachung durch die Gesellschaft selbst ist aber durch § 28 Abs 1 URG ausgeschlossen. Demnach können die Ansprüche nach §§ 22 und 25 URG (zu Letzterem sogleich Pkt 4.8) nämlich nur vom Masse- oder Sanierungsverwalter für die Insolvenzmasse geltend gemacht werden.⁵¹¹

4.8. Haftung anderer Gesellschaftsorgane

Dass Geschäftsleiter bei der Setzung von Sanierungsmaßnahmen idR von der Zustimmung und Mitwirkung anderer Organe abhängig sind, wurde bereits oben in Pkt 3.5 betont. Der URG-Gesetzgeber hat diese Problematik erkannt und in § 25 URG explizit adressiert. Danach haftet die Geschäftsleitung dann nicht, wenn die Einleitung des Reorganisationsverfahrens vorgeschlagen wurde, die dafür notwendige Zustimmung des Aufsichtsrats bzw der Gesellschafterversammlung aber nicht erteilt oder sogar wirksam die Weisung zur Nichteinleitung erteilt wurde. Um in solchen Fällen kein Haftungsdefizit zu erzeugen, haften stattdessen die Mitglieder des ablehnenden / weisungsgebenden Organs entsprechend nach den Bestimmungen des § 22 Abs 1 URG.⁵¹² Systemkonform müssen mE auch diesen die Entlastungsmöglichkeiten der §§ 26, 27 URG zu Gute kommen (s zuvor Pkt 4.4 u 4.5).

⁵⁰⁹ RIS-Justiz RS0120441.

⁵¹⁰ ErläutRV 734 XX. GP 86; dazu auch *Mohr*, URG § 1 Anm 3 u § 22 Anm 4; *Dellinger*, ZIK 1997, 8 (12).

⁵¹¹ Dies kann in grenzüberschreitenden Sachverhalten den Vorteil bringen, dass ein Haftungsanspruch nach dem URG als insolvenznahe iSv Art 6 Abs 1 EuInsVO 2015 zu qualifizieren ist und daher vom Verwalter im Eröffnungsstaat geltend gemacht werden können (s jüngst OLG Graz 2 R 81/20d ZIK 2021/36).

⁵¹² ErläutRV 734 XX. GP 87.

4.9. Abdingbarkeit und Aufrechnung

Um die Präventivwirkung⁵¹³ der Haftungsdrohung nach §§ 22, 25 URG zu gewährleisten, sieht § 28 Abs 2 URG zwei weitere Sonderregelungen vor. Die juristische Person kann nach S 1 der Bestimmung einerseits auf daran knüpfende Ansprüche *nicht* verzichten, weswegen die Haftung etwa auch dann besteht, wenn der Geschäftsleitung von den Anteilshabern die Entlastung erteilt wurde.⁵¹⁴ Ob dies aufgrund des auch abseits des URG geltenden Gläubigervorbehalts (s oben Pkt 2.4) im Ergebnis einen Unterschied macht, ist zwar für die allermeisten Fälle zu bezweifeln, für den klagenden Insolvenzverwalter sollte die Regelung dennoch hilfreich sein. Andererseits kann nach § 28 Abs 2 S 2 URG gegen den Anspruch der Gesellschaft *nicht* mit Forderungen gegenüber der Gesellschaft aufgerechnet werden.⁵¹⁵

5. Überleitung zum Pflichtenregime bei materieller Insolvenz

Bis hierher wurde das iW gesellschaftsrechtliche Pflichtenregime im vorinsolvenzlichen Bereich behandelt. Die Geschäftsleitung ist im Rahmen ihrer allgemeinen Sorgfaltspflicht und der daraus entspringenden Sanierungsverantwortung, aber auch aufgrund spezifischer Insolvenzprophylaxebestimmungen (wozu auch die § 22 ff URG zu zählen sind) verpflichtet, Sanierungsbedarf zu erkennen und Gegenstrategien zur Vermeidung einer Insolvenz zu entwickeln.

Dem dargestellten Pflichtenportfolio ist gemein, dass gesellschaftsrechtliche Grundprinzipien wie die Bündelung des unternehmerischen Risikos bei der Gesellschaft, das trotz Interessenpluralismus stets zuallererst am *Unternehmenswohl* ausgerichtete unternehmerische Ermessen sowie die BJR, die Haftungskanalisation über das Gesellschaftsvermögen und das Prinzip der Innenhaftung anwendbar sind und bleiben. Auch bei der Auswahl und Umsetzung der ex ante „richtigen“ Sanierungsstrategie kommt der Geschäftsleitung ein Ermessensspielraum zu und die BJR ist für in diesem Rahmen getroffene unternehmerische Entscheidungen anwendbar. Beschränkt wird die Geschäftsleitung durch die Legalitätspflicht, durch die auch stets die Berücksichtigung von Gläubigerinteressen durch zwingende Gläubigerschutzvorschriften (insb Kapitalerhaltungsvorschriften) sichergestellt ist.

Das Leitungsermessen verdichtet und der Ermessensspielraum verringert sich aber mit Zunahme der Krise. Gläubigerinteressen sind nach bestehendem österr Recht auch mit Fortschreiten der Krise *nicht* anders als sonst (also über zwingende Gläubigerschutzvorschriften) zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund scheint für das bestehende österr Recht auch ein sog *shift of fiduciary duties* in der Unternehmenskrise wohl zu verneinen (s dazu noch ausf unten Pkt D 7.2.3.2(c)).

⁵¹³ *Mohr*, URG § 28 Anm 3.

⁵¹⁴ *Mohr*, URG § 22 Anm 5.

⁵¹⁵ *Mohr*, URG § 28 Anm 3.

Bei diesen geschilderten gesellschaftsrechtlichen Grundprinzipien handelt es sich um ein über mehr als ein Jahrhundert etabliertes, sorgfältig entwickeltes und ausbalanciertes System, in dem auf umfassende Rsp und Lit zurückgegriffen werden kann. Den einzig *nicht* systemkonformen Aspekt bringt der deswegen auch stark kritisierte § 22 URG, der in seinem Anwendungsbereich trotz der OGH-Rsp zum Entfall der Haftung (s oben Pkt 4.5) den von der BJR eigentlich bezweckten *safe harbour* konterkarieren oder zumindest gefährden kann (s oben Pkt 4.6).

Weil die Geschäftsleitung es idR nicht selbst in der Hand hat, eine Sanierung oder Reorganisation zu beginnen und umzusetzen (idR besteht Abhängigkeit von Anteilsinhabern, Aufsichtsorganen oder Dritten), bestehen in dieser vorinsolvenzlichen Phase schließlich auch keine unbedingten Sanierungs- oder Reorganisations*pflichten*. Daher werden wie bereits erwähnt im Rahmen der gegenständlichen Arbeit auch primär die Begriffe Sanierungs- bzw Reorganisations*verantwortung* verwendet.

Eine gewisse Zäsur erfahren diese Grundprinzipien schließlich mit dem Eintritt der materiellen Insolvenz. Ab diesem Zeitpunkt konkretisieren sich die Pflichten der Geschäftsleitung zu einer strengen Insolvenzantragspflicht und Gläubigerinteressen sind neben den immer geltenden Gläubigerschutzvorschriften zusätzlich durch insolvenzrechtliche Regelungen geschützt. Wie sich in den folgenden Pkten zeigen wird, bleiben aber die bis dato relevanten Prinzipien daneben auch weiterhin relevant.

6. Insolvenzantragspflicht

6.1. Telos

Die Pflicht zur rechtzeitigen Stellung eines Insolvenzantrags wird als „Kardinalpflicht“ der Leitungsorgane bezeichnet.⁵¹⁶ Geregelt ist sie in § 69 IO, der die Insolvenzeröffnung auf Antrag des Schuldners behandelt. Nach dessen Abs 2 ist bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§§ 66 u 67 IO) ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber sechzig Tage⁵¹⁷ nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (Anm: oder Überschuldung, s § 67 Abs 2 IO) die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu beantragen. Schuldhaft verzögert ist der Antrag nach dem Gesetzestext dann nicht, wenn die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens mit Eigenverwaltung sorgfältig betrieben worden ist.⁵¹⁸

⁵¹⁶ Honsell, GesRZ 1984, 134 (207 f); U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 20 Rz 3; Trenker in Konecny 97 (97) (dieser Beitrag Trenkers stützt sich nach Angaben desselben weitestgehend auf dessen Beiträge Trenker, JBl 2018, 354 u 434; in der gegenständlichen Arbeit wird auf Zitate aus Lezterem verzichtet); J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 741; Feltl/Told in Gruber/Harrer, GmbHG² § 25 Rz 222.

⁵¹⁷ § 69 Abs 2a IO sieht bei Naturkatastrophen und vergleichbaren Katastrophen eine Verlängerung der Antragsfrist auf 120 Tage vor. Diese Regelung hat zuletzt aufgrund der COVID-19 Pandemie deutlich an Bedeutung und Aufmerksamkeit gewonnen.

⁵¹⁸ Wie unten in Pkt 6.3.2.3 gezeigt, sind aber generell aussichtsreiche und realisierbare Sanierungsversuche zulässig.

Die in den §§ 66 u 67 mit der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung geregelte materielle Insolvenz (s dazu noch im Detail sogleich in Pkt 6.2) stellt eine Zäsur dar. An sie knüpft das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung (*par condicio creditorum*),⁵¹⁹ welches im Rahmen einer geordneten Haftungsabwicklung nach wie vor das Grundprinzip des österr Insolvenzrechts ist.⁵²⁰ Dieses Grundprinzip determiniert dementsprechend auch die Pflichten der Geschäftsleitung (s dazu im Folgenden und auch noch unten Pkt 7 zum Zahlungsverbot) und ebenso das Insolvenzanfechtungsrecht.⁵²¹

Der Zweck der zwingenden Insolvenzantragspflicht kann dabei in erster Linie darin erblickt werden, die Insolvenzmasse vor einem „Weiterwursteln“⁵²² und daher einer weiteren Schmälerung zu schützen. Dadurch sollen die Aussichten der Gläubiger auf Befriedigung ihrer Forderungen geschützt bzw verbessert werden.⁵²³ Geschützt werden sowohl Alt- als auch Neugläubiger (s unten Pkt 6.4).

Gem § 69 Abs 3 IO trifft die Antragspflicht bei juristischen Personen deren organschaftliche Vertreter (also bei GmbH und AG die Geschäftsführer bzw Vorstände). Die organschaftlichen Vertreter sind jeweils einzeln berechtigt und verpflichtet, den Insolvenzantrag zu stellen; dies gilt auch bei bloßer Gesamtvertretungsbefugnis.⁵²⁴ Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen einzelnen Geschäftsleitungsmitgliedern über die Insolvenzantragstellung sieht § 69 Abs 4 IO eine Schlichtungsregelung vor.⁵²⁵ Den Aufsichtsrat trifft selbst zwar keine unmittelbare Insolvenzantragspflicht, ihn trifft aber sehr wohl eine gesteigerte und intensivierte Überwachungspflicht, die dazu führen kann, dass auf die Stellung eines Insolvenzantrags durch die Geschäftsleitung hinzuwirken ist.⁵²⁶

Im Rahmen dieser Arbeit wird nur auf die gegenständlich wesentlichsten Aspekte Bezug genommen. Ähnliche in der Praxis höchstrelevante Fragen wie Beweislast,

⁵¹⁹ *Kodek* in KLS § 1 Rz 3; ausf dazu *Nunner-Krautgasser*, Schuld 270 ff; im Ergebnis auch OGH 26. 4. 2001, 6 Ob 37/01m.

⁵²⁰ Daran hat sich auch durch die Verstärkung des Sanierungsgedankens nichts geändert, s nur *Nunner-Krautgasser*, Schuld 243 f mwN („Der Gedanke der Haftungsverwirklichung bildet stets den funktionellen Ausgangspunkt eines Insolvenzrechts, wie immer seine Mittel im Einzelnen ausgestaltet sind und um welche Ziele das historische Befriedigungsziel auch erweitert sein mag“); für andere Zwecke des Insolvenzverfahrens wie etwa den Gedanken der Restschuldbefreiung bzw der Sanierung s auch *Kodek* in KLS § 1 Rz 4.

⁵²¹ Für viele *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 1.2. mwN. Im Anfechtungsrecht wird in § 30 IO der Schutzbereich der *par condicio creditorum* sogar uU um bis zu 60 Tage „vorverlegt“, was historisch insb damit begründet wurde, dass Zahlungen häufig monatlich stattfinden und damit oft die Zahlungsunfähigkeit infolge einer begünstigenden Zahlung erst gegen Ende eines Monats eintritt (s *dies*, Rz 10.46; *Denkschrift* 39).

⁵²² OGH 6 Ob 110/00w ÖBA 2002, 238 (*Schummer* 173) = *ecolex* 2001, 369 (*Widhalm*); RIS-Justiz RS0006361.

⁵²³ *Reisch* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 727 (739 f).

⁵²⁴ Eine Geschäftsverteilung innerhalb des Leitungsorgans oder die Tatsache, dass ein Mitglied nicht alleinvertretungsberechtigt ist, entbindet selbiges daher nicht von der Insolvenzantragspflicht (OGH 3 Ob 622/78 SZ 52/116; s auch *Reisch* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 727 [739 f]); zur Antragsbefugnis auch *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 4 (Stand 1. 12. 2005, rdb.at); *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger II*⁴ § 69 KO Rz 14.

⁵²⁵ Kann bei einer zwingend vom Gericht abzuhaltenden Anhörung kein Einverständnis erzielt werden, ist das Insolvenzverfahren nur zu eröffnen, wenn der Insolvenzgrund glaubhaft gemacht wird (s dazu auch OGH 8 Ob 118/15h ZIK 2016, 192).

⁵²⁶ *Kodek* in *Konecny* 165 (168); *Schumacher* in KLS § 69 Rz 31 mwN.

Schadensberechnung und Anderes werden daher auch in diesem Abschnitt wenn erforderlich nur vereinzelt und kurz angesprochen.⁵²⁷

6.2. Pflichtenauslöser

6.2.1. Vorbemerkung

Die Insolvenzantragspflicht ist nach hA an die *objektive* Erkennbarkeit der materiellen Insolvenz (also der Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung) geknüpft.⁵²⁸ Diese beiden zwingenden⁵²⁹ Insolvenzgründe sind gesetzlich aber nicht definiert. Im Gesetz *keine* Begriffsbestimmung der Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung und auch der Zahlungseinstellung vorzusehen, war eine bewusste Entscheidung des historischen Gesetzgebers, „weil diese Begriffsbestimmungen im Gesetze [sic!] zum Teil überflüssig, zum Teil gefährlich“ seien.⁵³⁰ Insb würden gesetzliche Begriffsbestimmungen besonders in Einzelfällen nicht elastisch genug sein, sondern könnten zu Unrichtigkeiten und Härten führen. Mit *Schumacher* ist der Denkschrift auch heute noch insoweit Recht zu geben, als die gesetzliche Vorgabe bestimmter Begriffsinhalte für normierte wirtschaftliche Sachverhalte den Praxisanforderungen häufig nicht gerecht werden kann.⁵³¹ Umgekehrt kann das Fehlen von Legaldefinitionen naturgemäß auch zu Rechtsunsicherheit führen,⁵³² die gleichzeitig für die Geschäftsleitung auch einen gewissen Ermessensspielraum eröffnen kann.⁵³³

Im Folgenden wird ein kompakter Überblick über die österr Insolvenzgründe gegeben, wobei vor dem Hintergrund des in der RIRL enthaltenen Kriteriums der wahrscheinlichen Insolvenz ein besonderes Augenmerk auf prognostische Elemente wie etwa die drohende Zahlungsunfähigkeit oder die Überschuldung gelegt wird.⁵³⁴

⁵²⁷ Einen vertiefenden Überblick zur Insolvenzantragspflicht bieten etwa: *Schumacher* in KLS § 69; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO (Stand 1. 12. 2005, rdb.at); *Reisch* in *Lichtkoppler/Reisch*² 215 (219 ff); *dies* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 727 (727); *Viehböck/Linder*, SWK 2009, 1269 (1279).

⁵²⁸ OGH 8 Ob 117/15m ecolex 2016/93; *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1161); *Schumacher* in KLS § 69 Rz 66.

⁵²⁹ Daneben gibt es noch den fakultativen Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit, der unten in Pkt 6.2.2.3 behandelt wird.

⁵³⁰ *Denkschrift* 64; *Schumacher* in KLS § 66 Rz 2.

⁵³¹ *Schumacher* in KLS § 66 Rz 2.

⁵³² Bei zuviel Argumentationsspielraum könne das Ergebnis einer Haftungsklage häufig nur ein „fauler Kompromiss“ sein, so *Schumacher* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* 63 (65 u 71), der mit diesem Argument insb den Insolvenzgrund der Überschuldung kritisiert, der kraft seiner fehlenden Konturen viel „Vergleichsmasse“ bilde (s dazu noch unten Pkt 6.2.3.1).

⁵³³ *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1159).

⁵³⁴ Weitergehend zu den Insolvenzgründen s etwa *Schumacher* in KLS (Kommentierung zu §§ 66 u 67 IO).

6.2.2. Zahlungsunfähigkeit

6.2.2.1. Zahlungsunfähigkeit selbst

Die Zahlungsunfähigkeit iSd § 66 IO ist ein revisibler Rechtsbegriff, und betriebswirtschaftliche Zugänge sind – auch wenn es um einen wirtschaftlichen Sachverhalt geht – nur eingeschränkt relevant.⁵³⁵ Lt OGH ist Zahlungsunfähigkeit gegeben, 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.⁵³⁶ Künftig fällig werdende Schulden sind *nicht* zu berücksichtigen.⁵³⁷ Nur die zum Stichtag fälligen Verbindlichkeiten sind bei der Frage, ob Zahlungsunfähigkeit vorliegt, relevant.⁵³⁸ Es erfolgt daher eine ausschl punktuelle, zeitpunktbasierte Betrachtung (anders als bei der Überschuldung, s unten Pkt 6.2.3).

In seiner vielzitierten und -diskutierten E 3 Ob 99/10w⁵³⁹ hat der OGH ausgesprochen, dass Zahlungsunfähigkeit anzunehmen ist, wenn der Schuldner *mehr* als 5 % aller *fälligen* Verbindlichkeiten *nicht* begleichen kann. Betont wird in dieser anfechtungsrechtlichen E aber, dass diese Grenze bloß eine Orientierungshilfe für den Anfechtungsgegner darstelle, wann noch von einer Zahlungsstockung (s unten Pkt 6.2.2.2) auszugehen sei.⁵⁴⁰ Eine generell tolerable dauerhafte 5%ige Liquiditätslücke soll darin nach der Lit aber nicht verstanden werden.⁵⁴¹

Insb im Vergleich zur Überschuldung wird grds davon ausgegangen, dass die Konturen der Zahlungsunfähigkeit hinreichend scharf sind und es sich um einen für den Anwender gut erkennbaren und daher auch justiziablen Begriff handelt.⁵⁴²

⁵³⁵ Schumacher KLS § 66 Rz 6; Kodek, Insolvenzrecht Rz 207.

⁵³⁶ stRsp: OGH 21. 2. 2013, 9 ObA 138/12b; 2 Ob 117/12p ZIK 2013, 117; 8 Ob 118/11b RdW 2012/168; 3 Ob 99/10w EvBl 2011, 726 (Konecny); 8 Ob 133/08d RdW 2009/199; 19. 12. 1989, 2 Ob 143/89; 8 Ob 624/88 wbl 1990, 348 (Dellinger); 6 Ob 701/86 ÖBA 1988, 276 (Koziol); 2 Ob 532, 533/86 ÖBA 1987, 341 (krit Koziol); RIS-Justiz RS0064528; hL: Schumacher in KLS § 66 Rz 3; Honsell, GesRZ 1984, 134 (140); Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 5 mwN (Stand 1. 12. 2005, rdb.at); Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger II⁴ § 66 KO Rz 9 ff; Reisch in Kalss/Frotz/Schörghofer 727 (730 ff); Isola/Seidl/Sprajc, ZIK 2012, 214 (214); J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 644 ff.

⁵³⁷ OGH 8 Ob 624/88 wbl 1990, 348 (Dellinger); OGH 3 Ob 99/10w EvBl 2011, 726 (Konecny).

⁵³⁸ OGH 3 Ob 181/14k ZIK 2015/227 (Derntl); Schumacher in KLS § 66 Rz 9 mwN; Konecny, ÖJZ 2011, 728.

⁵³⁹ EvBl 2011, 726 (Konecny) = Widhalm-Budak, ZIK 2011, 85 = ÖBA 2011/1747 (Bartlmä) = Schumacher, ÖBA 2012, 816 = Bachl, SV 2015, 18 = Aigner/Fellner, ÖBA 2019, 188; s auch RIS-Justiz RS0126559.

⁵⁴⁰ OGH 3 Ob 99/10w Pkt VIII.

⁵⁴¹ Schumacher in KLS § 66 Rz 7 mwN. Anders könnte man das jüngst von der *Kammer der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer (Fachsenat für Betriebswirtschaft)* herausgegebene Fachgutachten zur Zahlungsunfähigkeit KFS/BW 7, ksw.or.at (5 Rz 13, Stand 10. 4. 2019) (im Folgenden **Fachgutachten Zahlungsunfähigkeit**) verstehen, wonach ein Schuldner zahlungsfähig sei, „solange das Ausmaß der fälligen Schulden, die er nicht termingerecht bezahlen kann, 5 % nicht überschreitet.“

⁵⁴² Für viele Schumacher in Artmann/Rüffler/U. Torggler 63 (65). Es gibt aber auch Kriti, zB zu teilweise negativen praktischen Erfahrungen mit aus Strafverfahren stammenden Buchsachverständigen (ders, KLS § 66 Rz 5) sowie dem Umstand, dass aus der strafrechtlichen Rsp auch das Kriterium der „redlichen wirtschaftlichen

6.2.2.2. Zahlungsstockung

Liegt nur ein vorübergehender Mangel an Zahlungsmitteln vor, der voraussichtlich wieder zur Zahlungsfähigkeit führt, handelt sich um eine *bloße* Zahlungsstockung.⁵⁴³ Die reine Zahlungsstockung ist *kein* zwingender Insolvenzgrund und verpflichtet daher auch nicht zur Insolvenzantragstellung⁵⁴⁴ (eine Antragstellung durch den Schuldner aufgrund von drohender Zahlungsunfähigkeit ist aber idR möglich, s sogleich Pkt 6.2.2.3, und bei ebenso vorliegender Überschuldung dennoch verpflichtend, s unten Pkt 6.2.3). Die Prognose hinsichtlich der Behebung der Zahlungsstockung muss sich auf *konkrete* Aussichten stützen.⁵⁴⁵

Die noch zulässige Dauer der Beseitigung eines vorübergehenden Zahlungsdefekts hängt lt OGH von den Umständen des Einzelfalls ab. Als Orientierungshilfe für die Beschaffung der notwendigen Mittel nennt er eine Frist von bis zu drei Monaten, wobei der Schuldner innerhalb dieser mit hoher Wahrscheinlichkeit *alle* seine Schulden wieder bei Fälligkeit zahlen können muss.⁵⁴⁶ Eine noch längere Frist, höchstens aber etwa fünf Monate, setzt voraus, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mit der Beseitigung der Liquiditätslücke zu rechnen ist.⁵⁴⁷

Mögliche Beispiele sind lt der Rsp etwa vorhandenes Vermögen, aus dem der Schuldner in Kürze hinreichende Mittel zur Überwindung der Liquiditätslücke gewinnen kann,⁵⁴⁸ Belehbarkeit von Vermögen (insb pfandlastenfreie Liegenschaften)⁵⁴⁹ oder das Vorliegen einer Finanzierungszusage.⁵⁵⁰ In einem gläubigerseitig angestrebten Insolvenzeröffnungsverfahren ist der sichere Eingang ausreichender Mittel in naher Zukunft zu behaupten und zu bescheinigen.⁵⁵¹

Gebahrung“ gefordert werde (s die Rsp OGH 11 Os 75/89 JBl 1991, 465; 11 Os 87/90 ÖBA 1991, 680; 1 Ob 134/07y GES 2008, 4 [Schopper]; krit dazu auch *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzzesetze § 66 KO Rz 56 ff [Stand 1. 9. 1999, rdb.at]; *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* II⁴ § 66 KO Rz 50; *Reisch* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 727 [731 f]; *Isola/Seidl/Sprajc*, ZIK 2012, 214 [217]), was in der Praxis erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich bringe (*Isola/Seidl/Sprajc*, ZIK 2012, 214 [217 f]; diesen folgend *Schumacher* in KLS § 66 Rz 17 mwN, nach welchem ansonsten mit einem Abstellen auf die redliche wirtschaftliche Gebahrung die Grenzl意思en zur drohenden Zahlungsunfähigkeit und zur Fortbestehensprognose verwischen würden). Eine auf Täuschung beruhende Kreditbeschaffung schließt die Zahlungsunfähigkeit lt OGH jedenfalls nicht aus (3 Ob 99/10w EvBl 2011, 726 [Konecny]).

⁵⁴³ OGH 3 Ob 99/10w EvBl 2011, 726 (*Konecny*); OLG Linz 2 R 77/17g ZIK 2018, 118; *Schumacher* in KLS § 66 Rz 18; *Jaufer*, Unternehmen³ 54 ff.

⁵⁴⁴ *Schumacher* in KLS § 66 Rz 18.

⁵⁴⁵ *Rebernig/Zeitler*, ZIK 2013, 92 (95); *Schumacher* in KLS § 66 Rz 18.

⁵⁴⁶ OGH 8 Ob 117/15m ecolex 2016/93; 8 Ob 118/11b RdW 2012/168; 3 Ob 99/10w EvBl 2011, 726 (*Konecny*); *Schumacher* in KLS § 66 Rz 22.

⁵⁴⁷ OGH 8 Ob 117/15m ecolex 2016/93; 8 Ob 118/11b RdW 2012/168; 3 Ob 99/10w EvBl 2011, 726 (*Konecny*); OLG Graz 3 R 1/15i ZIK 2015/193; *Schumacher* in KLS § 66 Rz 22.

⁵⁴⁸ OGH 6 Ob 532/90 ÖBA 1990, 942 (*Karollus*) = wbl 1990, 345 (*Dellinger*).

⁵⁴⁹ OGH 2 Ob 532, 533/86 ÖBA 1987, 341 (krit *Koziol*).

⁵⁵⁰ OGH 7 Ob 288/04k JBl 2006, 122 (*König*); vgl auch OLG Graz 3 R 137/14p ZIK 2015, 70 (hier wird für die Berücksichtigung Klagbarkeit der Finanzierungszusage verlangt).

⁵⁵¹ OLG Wien 28 R 470/13p ZIK 2014, 230.

6.2.2.3. Drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 167 Abs 2 IO)

§ 167 Abs 2 IO ermöglicht Schuldner, schon bei drohender Zahlungsunfähigkeit (auch als „Zeitraumilliquidität“ bezeichnet)⁵⁵² ein Sanierungsverfahren zu beantragen. Hierbei handelt es sich also um keinen zwingenden, zur Antragstellung verpflichtenden, sondern um einen fakultativen Insolvenzeröffnungsgrund.⁵⁵³ Sollte ein Sanierungsverfahren aus Sicht des Unternehmens die „richtige“ Sanierungsoption sein, kann aber die Sanierungsverantwortung im Einzelfall bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit das Einleiten eines solchen gebieten (s dazu oben Pkt 3.3.2).

Die drohende Zahlungsunfähigkeit soll Schuldner Anreiz geben, möglichst frühzeitig ein Verfahren anzustreben, um die Chancen für eine erfolgreiche Sanierung zu erhöhen.⁵⁵⁴ Eingeführt wurde der Tatbestand mit dem IRÄG 1997 noch im damaligen § 1 Abs 1 AO.⁵⁵⁵ Er wurde in diesem Zusammenhang als ein wesentlicher Beitrag des Gesetzgebers zur angestrebten Insolvenzprophylaxe gesehen.⁵⁵⁶ Die bereits damals zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit entwickelten Kriterien sollten nach *Buchegger*⁵⁵⁷ auch für die drohende Zahlungsunfähigkeit gelten.

Auch wenn der Zweck der drohenden Zahlungsunfähigkeit schnell einleuchtet, sind – wohl aufgrund der bis dato geringen praktischen Relevanz⁵⁵⁸ und der soweit ersichtlich auch fehlenden Rsp – im Detail viele Fragen ungeklärt (anders ist die Situation in Deutschland, wo zuletzt mit dem StaRUG weitere Klarstellungen erfolgt sind; s dazu noch unten Pkt D 6.2). Nachdem in der ReO die wahrscheinliche Insolvenz (auch) an die drohende Zahlungsunfähigkeit geknüpft wird, könnte deren praktische Relevanz in Zukunft aber auch hierzulande zunehmen (s unten Pkt D 6.1).

Von drohender Zahlungsunfähigkeit ist auszugehen, wenn die Zahlungsunfähigkeit aufgrund von in Zukunft bzw absehbarer Zeit fällig werdender Verbindlichkeiten eintreten wird.⁵⁵⁹ Es

⁵⁵² *Jaufer*, Unternehmen³ 59.

⁵⁵³ Siehe bereits die Mat zum IRÄG 1997 ErläutRV 734 XX. GP 53, die eine „Möglichkeit“ zur Verfahrenseröffnung betonen; s auch *Schumacher* in KLS § 66 Rz 33; *Lentsch* in KLS § 67 Rz 13.

⁵⁵⁴ Siehe ErläutRV 612 XXIV. GP 29 (IRÄG 2010) sowie ErläutRV 734 XX. GP 53 (IRÄG 1997): „möglichst rechtzeitige Eröffnung“; s auch *Lentsch* in KLS § 67 Rz 13.

⁵⁵⁵ ErläutRV 734 XX. GP 52.

⁵⁵⁶ *Karollus/Huemer*, Fortbestehensprognose² 25, die aber auf eine möglicherweise geringe praktische Relevanz hinweisen, da wohl kaum jemand bereit sei, ohne rechtlichen Druck den Weg in ein Insolvenzverfahren zu beschreiten und damit das – zumindest vorläufige – Scheitern einzugestehen.

⁵⁵⁷ *Buchegger* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 953 (971) mit Verweis auf *Sprung/Schumacher*, JBl 1978, 122 (insb 127 ff) und die dort gewonnenen Grundsätze.

⁵⁵⁸ Von 459 im Jahr 2012 untersuchten oberösterreichischen Insolvenzverfahren wurde etwa lediglich eines aufgrund von drohender Zahlungsunfähigkeit eröffnet (*Mayr/Mitter/Baschinger*, ZIK 2020, 224 [225]).

⁵⁵⁹ ErläutRV 734 XX. GP 53; *Schumacher* in KLS § 66 Rz 33 mit Verweis auf dRsp (zB BGH IX ZR 93/11 NZI 2014, 17); *Lentsch* in KLS § 67 Rz 14; *Mohr*, Sanierungsplan Rz 413 mwN.

sind also anders als bei der Zahlungsunfähigkeit nicht nur aktuell, sondern auch zukünftig fällige Forderungen miteinzubeziehen.⁵⁶⁰

Unstr scheint, dass auch hier die Prüfung der Liquiditätslage durch Erstellung einer Finanz- bzw Liquiditätsplanung durchzuführen ist.⁵⁶¹ Darüber hinaus stellen sich ähnlich wie bei der Fortbestehensprognose iZm der Überschuldungsprüfung (s unten Pkt 6.2.3.3) zuallererst zwei zentrale Fragen: Welcher Wahrscheinlichkeitsgrad wird gefordert und welcher Prognosezeitraum wird angelegt?

- Der geforderte Wahrscheinlichkeitsgrad wurde hierzulande noch nicht vertiefend diskutiert. Nach *Lentsch* drohe die Zahlungsunfähigkeit, wenn deren Eintrittswahrscheinlichkeit höher als 50% sei, und die Rsp⁵⁶² zur Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung (s dazu noch unten Pkt 6.2.3.3) sei anwendbar.⁵⁶³
- Der Prognosezeitraum sei nach *Lentsch* hingegen unklar. In Anlehnung an die bei der Fortbestehensprognose aufzustellende Primärprognose von etwa zwölf Monaten vertritt dieser, dass Zahlungsunfähigkeit drohe, wenn sich aus einer Liquiditätsplanung ergebe, dass nicht alle fälligen Verbindlichkeiten innerhalb der nächsten zwölf Monate bezahlt werden können.⁵⁶⁴ *Jaufer* unterstreicht ebenso die über den Prognosezeitraum bestehende Uneinigkeit, wobei ein Endpunkt der Prognose jedenfalls in der zuletzt fällig werdenden Verbindlichkeit zu sehen sei.⁵⁶⁵ *Mohr* fordert etwa „in naher Zukunft fällige“ Verbindlichkeiten.⁵⁶⁶ *Schumacher* nennt als Beispiel einen „endfälligen“ Kredit, der in absehbarer Zeit fällig aber nicht bedienbar sein wird.⁵⁶⁷ Lt dem Fachgutachten Zahlungsunfähigkeit liege eine drohende Zahlungsunfähigkeit etwa kurz oder eventuell länger (beispielhaft werden acht Monate genannt) vor dem Fälligwerden einer Verbindlichkeit vor, welche die bis zur Fälligkeit verfügbaren Mittel offensichtlich deutlich übersteigt.⁵⁶⁸

⁵⁶⁰ *Schumacher* in KLS § 66 Rz 33, der dies aber auf dem Grunde nach schon bestehende Forderungen einschränkt. Diese Einschränkung greift mE zu kurz, da im Rahmen einer aussagekräftigen prognostischen Liquiditätsplanung auch innerhalb des Prognosezeitraums erwartbar entstehende Forderungen und Verbindlichkeiten miteinbezogen werden sollten (ähnlich *Jaufer*, Unternehmen³ 59, für den einiges dafür spreche, auch noch nicht begründete, aber absehbare Zahlungsverpflichtungen im Rahmen des Finanzplans zu berücksichtigen).

⁵⁶¹ *Schumacher* in KLS § 66 Rz 33; *Lentsch* in KLS § 167 Rz 15 mit Verweis auf *Mock* in *Uhlenbruck*, InsO I¹⁵ § 18 Rz 27 ff.

⁵⁶² Verwiesen wird insb auf RIS-Justiz RS0064962.

⁵⁶³ *Lentsch* in KLS § 167 Rz 14 mit Verweis auf *Mock* in *Uhlenbruck*, InsO I¹⁵ § 18 Rz 26 mwN.

⁵⁶⁴ *Lentsch* in KLS § 167 Rz 14 f, der insb auch darauf verweist, dass der Prognosezeitraum daher deutlich länger als bei der Zahlungsstockung (Anm: drei bis fünf Monate, s oben Pkt 6.2.2.2) sein könne und eine klare Unterscheidung der beiden Tatbestände fordere; nach *Buchegger* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 953 (971) hingegen habe die drohende Zahlungsunfähigkeit mit der Zahlungsstockung nichts zu tun, weil die Zahlungsstockung bei den bereits fälligen Verbindlichkeiten ansetze und die drohende Zahlungsunfähigkeit auf künftig fällig werdende.

⁵⁶⁵ *Jaufer*, Unternehmen³ 59 mit Verweis auf die Diskussion in der dLit.

⁵⁶⁶ *Mohr*, ÖJZ 2010, 887 (888); *ders*, Sanierungsplan Rz 413.

⁵⁶⁷ *Schumacher* in KLS § 66 Rz 33.

⁵⁶⁸ Fachgutachten Zahlungsunfähigkeit 10 Rz 39 iVm Rz 22.

Viele Fragen wie etwa die Abrenzung zu und das Verhältnis mit der Überschuldung oder die Einbeziehung von Sanierungsmaßnahmen wurden bis dato soweit ersichtlich noch gar nicht tiefergehend diskutiert. Tatsächlich stellt auch der Überschuldungstatbestand einen Prognosestatbestand dar, der insb auf die Gefahr der künftigen Illiquidität abstellt (s dazu noch im Detail unten Pkt 6.2.3).⁵⁶⁹ Trotz der schon offensichtlichen Unterschiede (drohende Zahlungsunfähigkeit ist anders als die Überschuldung nicht auf gewisse Gesellschaftstypen beschränkt und bedarf keiner rechnerischen Überschuldung) sind auch Ähnlichkeiten zwischen den beiden Tatbeständen nicht von der Hand zu weisen. Dies wird auch dadurch unterstrichen, dass in der Lit wie eben dargestellt auch mehrfach auf die Rsp zur Überschuldung zurückgegriffen wird. Gerade die Klarstellung des Prognosezeitraums und die damit zusammenhängende Abgrenzung zur Überschuldung sind mE zentral und erfordern eine tiefergehende Auseinandersetzung (die Notwendigkeit einer klareren Abgrenzung hat auch der SanInsFoG-Gesetzgeber erkannt und die Insolvenzgründe nach der dInsO angepasst, s unten Pkt D 6.2).

Eine wesentliche Klarstellung ist mE dahingehend zu treffen, dass drohende Zahlungsunfähigkeit *nicht* auch drohende Überschuldung miteinschließt. In der Systematik der IO wäre dies möglich und in gewisser Hinsicht sogar konsistent, gelten doch nach § 67 Abs 2 IO die sich auf die Zahlungsunfähigkeit beziehenden Vorschriften der IO sinngemäß explizit auch für die Überschuldung.⁵⁷⁰ Diese Begriffsauslegung ist mE aber abzulehnen, weil dies ansonsten zu einem „doppelten“ (zweifachen) prognostischen Element führen würde. Dies würde einerseits zu nur mehr schwer kalkulierbarer Rechtsunsicherheit bei der Feststellung dieses Tatbestands führen.⁵⁷¹ Andererseits wäre dies umso mehr aus Gläubigerschutzerwägungen problematisch, wäre die Einleitung eines Sanierungsverfahrens (und zukünftig eines Restrukturierungsverfahrens) mit potentiellen Eingriffen in deren (Eigentums-)Rechte bei einer womöglich in drei oder mehr Jahren eintretenden *echten* (die Überschuldung nicht begrifflich miteinschließenden) Zahlungsunfähigkeit wohl nicht zu rechtfertigen. Ob dogmatisch eine diesbezügliche teleologische Reduktion begründbar ist, ist mE zweifelhaft, finden sich zum Telos der Bestimmung außer der Anreizschaffung für frühzeitiges Handeln doch wenig Anhaltspunkte. Eine gesetzliche Klarstellung wäre daher wünschenswert (s dazu auch noch unten Pkt D 6.3).

Ebenso hierzulande noch nicht diskutiert wurde soweit ersichtlich, ob gleich wie bei der insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose Sanierungsmaßnahmen in die Prognose einbezogen werden können oder müssen. Bei der Überschuldung ist dies insb deswegen zentral, weil durch das (zulässige) Einbeziehen von Sanierungsmaßnahmen der

⁵⁶⁹ Schumacher in KLS § 67 Rz 5; ders in Bartsch/Pollak/Buchegger II⁴ § 67 KO.

⁵⁷⁰ Dies galt auch schon bei Inkrafttreten des IRÄG 1997, mit dem wie zuvor angeführt der Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit eingeführt wurde. Der mit dem heutigen § 67 Abs 2 IO wortgleiche damalige § 67 Abs 2 KO galt nach § 76 Abs 1 AO („Soweit der Erste Teil der Ausgleichsordnung nichts anderes bestimmt, sind die Bestimmungen der Konkursordnung [...] sinngemäß anzuwenden“) wohl auch für die AO, in welcher der Begriff der Überschuldung kein einziges Mal verwendet wurde.

⁵⁷¹ Siehe dazu insb noch die iZm der Fortbestehensprognose betonten Schwierigkeiten bei „Fernprognosen“ unten in Pkt 6.2.3.3.

Insolvenzgrund und mit diesem eine daran geknüpfte Insolvenzantragspflicht entfallen kann (s unten Pkt 6.2.3.3). Dies ist für das schuldenrische Unternehmen, deren Geschäftsleitung, aber insb auch für mit dem Unternehmen kontrahierende (und dieses etwa finanzierende) Gläubiger von zentraler Bedeutung. Bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit ist diese Dringlichkeit mE *nicht* gegeben, weswegen auch keine Einbeziehung erfolgen muss. Auch hier wäre eine Klarstellung durch den Gesetzgeber wünschenswert (s zu diesem Thema auch noch unten Pkt D 6.2 zum SanInsFoG).

6.2.3. Überschuldung

6.2.3.1. Überschuldung generell

Der Anwendungsbereich dieses Insolvenzgrundes ist gem § 67 Abs 1 IO explizit auf eingetragene Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, juristische Personen und Verlassenschaften beschränkt. Im Rahmen ihres Anwendungsbereichs ist die Überschuldung aber als Insolvenzgrund gleichberechtigt zur Zahlungsunfähigkeit (s nur § 67 Abs 2 IO). Der Zweck dieses zusätzlichen Insolvenzgrundes liegt darin, eine frühzeitigere Insolvenzeröffnung zu ermöglichen, die einerseits schon früher die Gleichbehandlung und bestmögliche Gläubigerbefriedigung, andererseits aber auch die Erhöhung der Sanierungschancen des Schuldners fördern soll.⁵⁷²

Der Gesetzgeber ging ursprünglich von einer statischen Betrachtung aus, wonach eine Überschuldung bereits vorliegen sollte, wenn die Summe der (fälligen und nichtfälligen) Schulden die Aktivbestandteile des Vermögens übersteigt.⁵⁷³ Diese Auffassung steht aber nicht mehr im Einklang mit dem modernen, zweistufigen und dynamischen Überschuldungstatbestand.⁵⁷⁴ Seit seiner Leit-E 1 Ob 655/86⁵⁷⁵ vertritt der OGH in stRsp,⁵⁷⁶ dass die Überschuldungsprüfung durch eine Fortbestehensprognose zu ergänzen ist (s dazu noch unten Pkt 6.2.3.3), weil bei einer rein statischen Beurteilung auch gesunde, aber fremdfinanzierte Unternehmen uU insolvenzrechtlich überschuldet wären.⁵⁷⁷ Der Überschuldungstatbestand ist lt OGH daher auf jene Fälle zu reduzieren, in denen die Lebensfähigkeit der Gesellschaft unter Bedachtnahme auf eingeleitete Sanierungsmaßnahmen *nicht* mit zumindest überwiegender (also mehr als 50%iger) Wahrscheinlichkeit gesichert ist.⁵⁷⁸ Der Insolvenzgrund der Überschuldung ist daher nur

⁵⁷² Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 3 mwN (Stand 1. 9. 1999, rdb.at).

⁵⁷³ Denkschrift 63.

⁵⁷⁴ Schumacher in KLS § 67 Rz 1; schon ders in Bartsch/Pollak/Buchegger II⁴ § 67 KO Rz 2 f.

⁵⁷⁵ OGH 1 Ob 655/86 wbl 1987, 74 (zust Wilhelm) (Anfechtungsentscheidung zur GmbH).

⁵⁷⁶ RIS-Justiz RS0064962; jüngst OGH 6 Ob 19/15k RdW 2015, 372.

⁵⁷⁷ So auch die hL, s etwa Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 34 ff (Stand 1. 9. 1999, rdb.at); Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger II⁴ § 67 KO Rz 21 ff; Jaufer, Unternehmen³ 66 ff; Reisch in Kalss/Frotz/Schörghofer 727 (733 ff); J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 650 ff; ders, GmbH-Recht I² Rz 2/369 ff; Widhalm-Budak in Konecny 247 (247).

⁵⁷⁸ stRsp RIS-Justiz RS0064962, jüngst OGH 6 Ob 19/15k RdW 2015, 372 (zur GmbH), OGH 1 Ob 655/86 wbl 1987, 74 (zust Wilhelm); OLG Graz 3 R 75/16y.

erfüllt, wenn *beide* genannten Kriterien (rechnerische Überschuldung *und* negative Fortbestehensprognose) erfüllt sind. Nach wohl hM ist bei den beiden Tatbestandsmerkmalen keine bestimmte Prüfungsreihenfolge einzuhalten.⁵⁷⁹

Nicht zuletzt dieses prognostische Element macht die Überschuldung im Vergleich zur Zahlungsunfähigkeit schwerer greifbar. Teilweise wird daher in der Lit, allen voran von *Schumacher*, die Abschaffung der Überschuldung als Insolvenzeröffnungsgrund gefordert.⁵⁸⁰ Sie sei ein unklarer und der Rechtssicherheit abträglicher Tatbestand, der in der Praxis mangels Bestimmtheit große Probleme mache.⁵⁸¹ Überdies habe sie als Insolvenzeröffnungsgrund versagt, weil sie von Schuldnern nicht als Grund für eine frühzeitige Verfahrenseröffnung herangezogen werde und daher ihre Appellfunktion gegenüber den antragspflichtigen Organen nicht erfülle.⁵⁸² Verbleiben würde daher die in nachfolgenden Haftungsprozessen herangezogene Sanktionsfunktion, die *va* aufgrund der Dehnbarkeit und Unbestimmtheit des Begriffs problematisch sei.⁵⁸³ Befürworter der Beibehaltung des Überschuldungstatbestands streichen insb dessen verhaltenssteuernde Funktion und die Ausstrahlwirkung in andere Bereiche wie insb das Insolvenzanfechtungsrecht heraus.⁵⁸⁴ Ähnliche Diskussionen gab und gibt es auch in der dLit (s noch unten Pkt D 6.2). Wie noch in Pkt D 6 ausf dargestellt wird, haben sich beide Gesetzgeber dennoch für eine Beibehaltung der Überschuldung entschieden, sind dabei jedoch im Detail doch deutlich unterschiedliche Wege gegangen.

6.2.3.2. Rechnerische Überschuldung

Übersteigen die Passiva die Aktiva, bilden die Aktiva kein ausreichendes Deckungspotential mehr, und es ist von einer rechnerischen Überschuldung auszugehen.⁵⁸⁵ Abzustellen ist aber nicht auf Buch- oder Fortführungs-, sondern auf Liquidationswerte.⁵⁸⁶ Um die rechnerische Überschuldung zu überprüfen, ist ein Überschuldungsstatus aufzustellen, der idR eine geordnete außergerichtliche Liquidation des Schuldnervermögens unterstellt.⁵⁸⁷ Wie bereits in Pkt 3.3.1.4 dargestellt, muss lt OGH eine sorgfältig agierende Geschäftsleitung zwischen

⁵⁷⁹ *Schumacher* in KLS § 67 Rz 6; *P. Doralt/Nowotny*, RdW 1987, 146 (146); teilweise wird aber auch als erster Prüfschritt die Erstellung des Überschuldungsstatus gefordert (zur Diskussion s *Karollus/Huemer*, Fortbestehensprognose² 61 ff).

⁵⁸⁰ Der osterr Gesetzgeber könne sich lt *Schumacher* in KLS § 67 Rz 1 getrost von ihr trennen (gleich wie es andere Länder bereits in der Vergangenheit getan hätten).

⁵⁸¹ *Schumacher* in KLS § 67 Rz 1.

⁵⁸² *Schumacher* in KLS § 67 Rz 1; *ders* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* 63 (68) (reine „Überschuldungseröffnungen“ gäbe es praktisch nicht); dieser Befund wird durch eine jüngst veröffentlichte empirische Studie bestätigt, wonach von 459 im Jahr 2012 untersuchten oberösterreichischen Insolvenzverfahren lediglich *drei* alleine aufgrund vorliegender Überschuldung eröffnet wurden (*Mayr/Mitter/Baschinger*, ZIK 2020, 224 [225]).

⁵⁸³ *Schumacher* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* 63 (69).

⁵⁸⁴ Zur Diskussion auch *Trenker* in *Verlag Österreich*, Im Interview: Romana Weber-Wilfert & Martin Trenker. Insolvenzen durch Coronakrise, verlagooesterreich.at (Stand 28. 5. 2020), der sich aber eine solche Abwägung an dieser Stelle nicht anmaßen wollte.

⁵⁸⁵ *Schumacher* in KLS § 67 Rz 31; *Karollus/Huemer*, Fortbestehensprognose² 65 ff.

⁵⁸⁶ OGH 1 Ob 655/86 wbl 1987, 74 (zust *Wilhelm*); 6 Ob 282/03v ZIK 2004, 171.

⁵⁸⁷ *Schumacher* in KLS § 67 Rz 32 f mwN.

einer rein rechnerischen sowie einer insolvenzrechtlichen Überschuldung unterscheiden können.⁵⁸⁸ Gegenständlich stellt die Fortbestehensprognose den primär zu untersuchenden Aspekt dar, weswegen zur rechnerischen Überschuldung auf die weitergehende Lit verwiesen wird.⁵⁸⁹

6.2.3.3. Fortbestehensprognose

(a) Generell

Die Fortbestehensprognose ist das dynamische und zentrale Element der Überschuldungsprüfung. Dem in der Praxis äußerst bedeutsamen Leitfaden zur Fortbestehensprognose⁵⁹⁰ ist folgender Satz vorangestellt: „Jedes Unternehmen braucht eine Fortbestehensprognose.“⁵⁹¹ Lt OGH ist in der Prognose „mit Hilfe sorgfältiger Analysen von Verlustursachen, eines Finanzierungsplans sowie der Zukunftsaussichten der Gesellschaft die Wahrscheinlichkeit der künftigen Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu prüfen.“⁵⁹² Geplante Sanierungsmaßnahmen sind in diese Überlegungen miteinzubeziehen.⁵⁹³ Nicht eindeutig beantwortet ist die Frage, ob jede einzelne Sanierungsmaßnahme per se überwiegend erfolgswahrscheinlich sein muss oder ob diese im Zusammenwirken zu einer überwiegend wahrscheinlichen Zahlungsfähigkeit führen müssen.⁵⁹⁴

Die Fortbestehensprognose ist nach hA in eine liquiditätsbezogene Primärprognose (Zahlungsunfähigkeitsprognose) und eine etwas „weichere“ Sekundärprognose zu unterteilen (s dazu sogleich).⁵⁹⁵ *Schumacher* lehnt hingegen aus

⁵⁸⁸ OGH 9 Ob 33/04z RdW 2005, 98 (zur Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers wegen grober Pflichtverletzung aufgrund verfrühter Insolvenzantragstellung).

⁵⁸⁹ Ausf zum Überschuldungsstatus *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzzesetze § 67 KO Rz 42 ff (Stand 1. 9. 1999, rdb.at); s auch *Schumacher* in KLS § 67 Rz 32 ff mwN.

⁵⁹⁰ *Kammer der Wirtschaftstreuhänder/Wirtschaftskammer Österreich/KMU Forschung Austria*, Leitfaden Fortbestehensprognose Gemeinsame Stellungnahme, ksw.or.at (2, Stand März 2016), im Folgenden **Leitfaden Fortbestehensprognose**; die Bedeutung solcher Leitfäden wird insb auch dadurch unterstrichen, dass die Erstfassung des Leitfadens aus dem Jahr 2006 auch in den Mat zum IRÄG 2010 (ErläutRV 612 XXIV. GP 14) explizit genannt wurde.

⁵⁹¹ Insolvenzzesetzlich ist dieser Satz freilich nicht ganz präzise, da Unternehmen, die rechnerisch nicht überschuldet sind, auch keine (positive) Fortbestehensprognose benötigen. Im Unternehmensalltag ist dabei aber wohl ohnehin eher die von jedem Unternehmen geforderte betriebswirtschaftliche, vorausschauende Planung gemeint. So auch S 10 des Praxisleitfadens („Für einen sorgfältigen Unternehmer bzw. ein sorgfältiges Geschäftsleitungsorgan soll das Wissen über den Fortbestand und die Zukunft seines Unternehmens eine Selbstverständlichkeit sein.“, insb auch mit Verweis auf die going concern-Prämisse in § 201 Abs 2 Z 2 UGB).

⁵⁹² stRsp RIS-Justiz RS0064962, jüngst OGH 6 Ob 19/15k RdW 2015, 372 (zur GmbH), OGH 1 Ob 655/86 wbl 1987, 74 (zust *Wilhelm*); OLG Graz 3 R 75/16y.

⁵⁹³ stRsp RIS-Justiz RS0064962.

⁵⁹⁴ Für eine Gesamtbetrachtung *Schumacher* in KLS § 67 Rz 7; ebenso wohl *Jaufer*, Unternehmen³ 93; aA abstellend darauf, „dass die einzelnen Maßnahmen als solche überwiegend wahrscheinlich erfolgsversprechend und die einzelnen Maßnahmen auch in der geplanten Kombination ausreichend sind“ *Widhalm-Budak* in *Konecny* 247 (257).

⁵⁹⁵ *Widhalm-Budak* in *Konecny* 247 (249); Leitfaden Fortbestehensprognose 14. Auch wenn der Begriff der „Sekundärprognose“ in der Rsp in dieser Form bis dato nicht explizit verwendet wird, wird in der Praxis davon ausgegangen, dass der OGH mit der „Lebensfähigkeit“ genau dies meint (Leitfaden Fortbestehensprognose 15).

Rechtssicherheitserwägungen sog „Fernprognosen“ ab, da diese an sich sanierungsfeindlich seien bzw lebensfähige Unternehmen in die Insolvenz treiben würden. Begriffe wie eine „Überlebensfähigkeit“ über einen längeren Zeitraum, eine „nachhaltige Tendenzwende“, ein (operativer) „Turnaround“,⁵⁹⁶ eine „Wiederherstellung der Ertragskraft“ oder des „positiven Eigenkapitals“ oder auch die „Beseitigung der rechnerischen Überschuldung“⁵⁹⁷ sowie eine geforderte Darstellbarkeit einer „künftigen positiven Unternehmensentwicklung“⁵⁹⁸ seien mit dem geltenden Insolvenzrecht durchwegs nicht in Einklang zu bringen.⁵⁹⁹ Die Rsp geht dennoch genau von solchen weichen Merkmalen wie der Lebensfähigkeit,⁶⁰⁰ einer zukünftigen positiven Entwicklung oder einem Ausgleichen der rechnerischen Unterbilanz aus.⁶⁰¹

(b) Verantwortung der Geschäftsleitung

Die Erstellung und der Inhalt der Fortbestehensprognose liegen in der Verantwortung der Geschäftsleitung und selbige ist auch von dieser zu unterzeichnen.⁶⁰² Wie im Folgenden noch gezeigt wird, ist die Fortbestehensprognose in vielen Aspekten ein bewegliches und daher auch ein mit notwendigen Unschärfen behaftetes System. Der Umfang der Prognose hängt von den Besonderheiten wie etwa der Größe, der Branche, der Dienstnehmeranzahl und der Komplexität des Unternehmens ab.⁶⁰³ Bei der Erstellung kommt der Geschäftsleitung daher ein gewisser Beurteilungsspielraum zu (s dazu noch unten Pkt 6.3.3).⁶⁰⁴ Für die Richtigkeit kommt es stets auf die ex ante Betrachtung eines sorgfältig handelnden Geschäftsleiters im Zeitpunkt der Prognoseerstellung an, weswegen ein nachträgliches Scheitern als solches nicht schadet.⁶⁰⁵

Das beklagte Organ trifft idR die Beweislast, dass die Fortbestehensprognose im maßgeblichen Zeitpunkt positiv war und eine Insolvenzantragspflicht daher nicht

⁵⁹⁶ Schumacher in KLS § 67 Rz 11 f mit Verweis auf Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 90 (Stand 1. 9. 1999, rdb.at).

⁵⁹⁷ Schumacher in KLS § 67 Rz 12 mit Verweis auf OLG Wien 28 R 202/16f ZIK 2017, 67, wo beides zurecht abgelehnt worden sei.

⁵⁹⁸ Schumacher in KLS § 67 Rz 12 mit Verweis auf Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 77 ff (Stand 1. 9. 1999, rdb.at).

⁵⁹⁹ Schumacher in KLS § 67 Rz 12 mwN; dazu auch Widhalm-Budak in Konecny 247 (249); auf einen „Turnaround“ bzw eine längerfristige positive Entwicklung abstellend aber Leitfaden Fortbestehensprognose 21 f.

⁶⁰⁰ RIS-Justiz RS0064989.

⁶⁰¹ RIS-Justiz RS0064962.

⁶⁰² Auch wenn diese von einem Berater erstellt wurde; s Leitfaden Fortbestehensprognose 30.

⁶⁰³ Leitfaden Fortbestehensprognose 20.

⁶⁰⁴ Jauffer, Unternehmen³ 111, wonach dies einen wesentlichen Unsicherheitsfaktor bei der Beurteilung der Fortbestehensprognose darstelle.

⁶⁰⁵ So schon die Mat zum IRÄG 2010, ErläutRV 612 XXIV. GP 14: „Dabei schadet es nicht, wenn der Schuldner in der Folge (doch) insolvent wird, sich die positive Prognose also nicht erfüllt. Es kommt vielmehr ausschließlich auf die ex ante-Beurteilung der Fortbestehensprognose an.“

bestand.⁶⁰⁶ Die Fortbestehensprognose muss im maßgeblichen Zeitpunkt aber nicht *tatsächlich* erstellt worden sein, sondern es genügt, dass zB im Haftungsprozess bewiesen wird, dass sich eine positive Prognose im maßgebenden Zeitpunkt erstellen lässt bzw lassen hätte.⁶⁰⁷

Mit der Prognoseerstellung ist es aus Sicht der Geschäftsleitung schließlich nicht getan. Die darin skizzierten Maßnahmen sind auch umzusetzen und Planungsziele sind laufend mit der Realität zu vergleichen. Bei auffallenden Abweichungen (zB Wegfall wesentlicher Sanierungsvoraussetzungen) ist die bestehende Fortbestehensprognose anzupassen bzw eine neue zu erstellen.⁶⁰⁸

(c) Primärprognose

Bei dieser wird auf Basis eines Finanzplans beurteilt, ob künftig die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft aufrecht bleibt oder ob eine wahrscheinliche Zahlungsunfähigkeit⁶⁰⁹ gegeben ist. Es wird daher in diesem Zeitraum nicht auf die wirtschaftliche Fortführbarkeit oder Lebensfähigkeit, sondern auf die Aufrechterhaltung der Liquidität abgestellt.⁶¹⁰

Als Prognosezeitraum werden in der Lit das laufende und das nächste Geschäftsjahr,⁶¹¹ aber etwa auch ein Zeitraum von zwölf⁶¹² oder auch nur sechs bis zu zwölf Monaten⁶¹³ angenommen.

(d) Sekundärprognose

Diese weniger greifbare Beurteilung tritt im Vergleich zur liquiditätsbasierten Primärprognose in den Hintergrund und ist ergänzender Natur.⁶¹⁴ Es geht primär darum, aE des Beobachtungszeitraums der Primärprognose solche Unternehmensdaten und Finanzierungsvoraussetzungen zu haben, dass auch darüber hinaus zumindest von einer periodenübergreifenden Zahlungsfähigkeit ausgegangen

⁶⁰⁶ Viehböck/Linder, SWK 2009, 1269 (1279 f); Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 107 f (Stand 1. 9. 1999, rdb.at); Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose² 153 f; aA Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger II⁴ § 69 KO Rz 107 ff.

⁶⁰⁷ IZm der Insolvenzanfechtung hat der OGH in seiner E 6 Ob 110/00w ÖBA 2002, 238 (Schummer 173) = ecolex 2001, 369 (Widhalm) zwar angedeutet, dass sich eine kreditgebende Bank im Anfechtungsprozess auf eine positive Fortbestehensprognose nur dann berufen könne, wenn eine solche vom Unternehmer auch erstellt und ausreichend begründet wurde. Daraus könne lt Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose² 125 f mwN mE zutr aber nicht geschlossen werden, dass im Haftungsprozess nicht der ex-post Beweis offen stehen würde; s auch Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger II⁴ § 67 KO Rz 31 mwN mit Hinweis auf die Nützlichkeit einer tatsächlichen Prognose als Beweismittel.

⁶⁰⁸ Schumacher in KLS § 67 Rz 30 mit Verweis auf frühere Stellungnahmen; Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 105 (Stand 1. 9. 1999, rdb.at); Widhalm-Budak in Konecny 247 (258); Leitfaden Fortbestehensprognose 37.

⁶⁰⁹ OGH 7 Ob 84/07i ZIK 2008, 66; OGH 28. 3. 2002, 8 Ob 221/01k („wahrscheinliche Zahlungsunfähigkeit“); RIS-Justiz RS0064962; Widhalm-Budak in Konecny 247 (248); Schumacher in KLS § 67 Rz 7.

⁶¹⁰ Schumacher in KLS § 67 Rz 14 mit Verweis auf Fischer, NZI 2016, 665 (665 mwN).

⁶¹¹ Stellvertr Schumacher in KLS § 67 Rz 29.

⁶¹² Leitfaden Fortbestehensprognose 22 (mit Verweis auf abweichende Stimmen in der Lit).

⁶¹³ Widhalm-Budak in Konecny 247 (249).

⁶¹⁴ Schumacher in KLS § 67 Rz 15 mit Verweis auf frühere Stellungnahmen; Widhalm-Budak in Konecny 247 (255); aA Leitfaden Fortbestehensprognose 21 („beide Prognosebestandteile von gleicher Wichtigkeit“).

werden kann.⁶¹⁵ In der Rsp wird wie bereits angesprochen zusätzlich die Beseitigung der vermögensmäßigen Unterdeckung innerhalb des Prognosezeitraums verlangt,⁶¹⁶ was von der jüngeren Lit aber mE zu Recht abgelehnt wird.⁶¹⁷ Der in der Rsp verwendete Begriff „Lebensfähigkeit“⁶¹⁸ sei nach *Schumacher* schließlich nicht als Wiedererlangung der Ertragsfähigkeit oder Ertragskraft bzw ein „turnaround“ zu verstehen, sondern dies sei mit einer auch nach Ende des Primär-Prognosezeitraums aufrecht bleibenden Zahlungsfähigkeit gleichzusetzen.⁶¹⁹

Als Prognosezeitraum wird idR ein Richtwert von zwei bis drei Geschäftsjahren angenommen.⁶²⁰

(e) Notwendiger Wahrscheinlichkeitsgrad

Vorausgesetzt für eine *positive* Fortbestehensprognose ist nach stRsp eine zumindest *überwiegende* Wahrscheinlichkeit,⁶²¹ was nach absolut hA als mehr als 50%ige Wahrscheinlichkeit verstanden wird.⁶²²

Für gewisse, „stabilisierende Prognoseelemente“⁶²³ gelten aber idR besondere Regeln:

- Beiträge von Gesellschaftern müssen rechtsverbindlich zugesagt sein.⁶²⁴ Eine Gesellschafterhaftung kann bei entsprechender Bonität des Haftenden eine günstigere Fortbestehensprognose bewirken.⁶²⁵
- Gläubigerseitige Sanierungshilfen (Stundungen, Forderungsnachlässe etc) bedürfen idR ebenso einer rechtsverbindlichen Zusage.⁶²⁶

⁶¹⁵ *Widhalm-Budak* in *Konecny* 247 (255); *Schumacher* in KLS § 67 Rz 15, 21, 24 mwN (die Zahlungsfähigkeit solle nicht durch eine „schleichende Liquidation des Vermögens“ aufrechterhalten werden, die kurz nach Ende des Primär-Prognosezeitraums zur Insolvenz führe).

⁶¹⁶ RIS-Justiz RS0064962 („rechnerische Unterbilanz [...] ausgeglichen“).

⁶¹⁷ *Karollus/Huemer*, Fortbestehensprognose² 81 mwN; *Schumacher* in KLS § 67 Rz 23; Leitfaden Fortbestehensprognose 15.

⁶¹⁸ OGH 6 Ob 19/15k RdW 2015, 372; 3 Ob 173/08z ZIK 2009, 38 (*Widhalm-Budak*).

⁶¹⁹ *Schumacher* in KLS § 67 Rz 23 mit Verweis auf OGH 7 Ob 84/07i ZIK 2008, 66.

⁶²⁰ Leitfaden Fortbestehensprognose 22, mit Verweis darauf, dass im Einzelfall auch ein deutlich längerer Prognosezeitraum maßgeblich sein könne (zB bei Unternehmen im Anlagenbau, Immobilienerrichtung bzw Projektgeschäften oder bei Unternehmen in gewissen Situationen wie zB in der Aufbauphase).

⁶²¹ RIS-Justiz RS0064989; OGH 6 Ob 19/15k RdW 2015, 372.

⁶²² Für alle: *Schumacher* in KLS § 67 Rz 22 mwN; Leitfaden Fortbestehensprognose 24.

⁶²³ *Schumacher* in KLS § 67 Rz 26.

⁶²⁴ OGH 1 Ob 655/86 wbl 1987, 74 (zust *Wilhelm*); 1 Ob 144/01k, *Intercontinentale*, RdW 2002, 342 (zum AR einer GmbH); ErläutRV 612 XXIV. GP 14 (IRÄG 2010); *Widhalm-Budak* in *Konecny* 247 (256); Leitfaden Fortbestehensprognose 26.

⁶²⁵ OGH 6 Ob 282/03v ZIK 2004, 171.

⁶²⁶ ErläutRV 612 XXIV. GP 14 (IRÄG 2010); Leitfaden Fortbestehensprognose 27, mit Verweis darauf, dass es im Einzelfall auch genügen könne, wenn seitens der Finanzierungspartner grds Verhandlungsbereitschaft bestehe, aufgrund welcher mit einer rechtsverbindlichen Zusage gerechnet werden könne und dies in Summe mehr als 50 % wahrscheinlich sei; *Widhalm-Budak* (in *Konecny* 247 [253]) vertritt angelehnt an OGH 3 Ob 99/10w, dass rechtsverbindliche Zusagen zu unentgeltlichen Sanierungsmaßnahmen Dritter idR längstens binnen drei Monaten vorliegen müssen, widrigenfalls eine Fortbestehensprognose nicht (weiter) darauf gestützt werden dürfe.

- Absichtserklärungen, Vorverträge, *letters of intent* oder Vorfinanzierungen durch einen Investor setzen idR voraus, dass bereits konkrete, erfolgsversprechende Gespräche geführt werden.⁶²⁷ Zusätzlich muss überhaupt generell der Einstieg eines Investors überwiegend wahrscheinlich sein, also ein „liquider Markt“ (Interessenten) vorhanden sein.⁶²⁸
- Bei einem „stillen Ausgleich“ kann bei einer bereits hohen Annahmequote uU auf die Wahrscheinlichkeit der Erlangung weiterer Zustimmungserklärungen geschlossen werden.⁶²⁹
- Eine noch nicht bestehende Kreditfinanzierung kann dann in die Prognose einbezogen werden, wenn eine hinreichende Kreditwürdigkeit und unstr. Besicherungspotential vorhanden ist⁶³⁰ (weil dies eine dem gewöhnlichen Geschäftsleben entsprechende Annahme ist).⁶³¹
- Eine gänzlich unverbindliche Finanzierungszusage begründet grds. keine positive Fortbestehensprognose.⁶³² In der sog. *Intercontinentale* Entscheidung genügte lt. OGH aber eine nicht rechtsverbindliche Zusage der Muttergesellschaft, weil diese schon in der Vergangenheit erhebliche Summen zur Verlustabdeckung beisteuerte, und der Zusammenbruch der Muttergesellschaft im konkreten Fall für die schuldnerische Gesellschaft nicht vorhersehbar war.⁶³³ Dieser E. folgend kann also das von Sanierungsbeteiligten in der Vergangenheit an den Tag gelegte Verhalten – abhängig von der Intensität und Häufigkeit – für deren zukünftiges Verhalten wahrscheinlichsbegründende Bedeutung haben.⁶³⁴
- Das in der Praxis sehr häufige „Henne-Ei-Problem“ (Finanzierungszusage als Voraussetzung für eine positive Fortbestehensprognose, aber Finanzierungszusage wird nur unter der Voraussetzung einer solchen abgegeben) kann durch die Einfügung einer Bedingung in die Prognose gelöst werden (der Knoten löst sich, sobald beide Dokumente vorliegen).⁶³⁵

6.2.3.4. Auslöser der Überschuldungsprüfung

Nach Rsp und Lit können insb. folgende Auslöser für die Pflicht zur Durchführung einer Überschuldungsprüfung durch die Geschäftsleitung identifiziert werden (diese decken sich

⁶²⁷ Schumacher in KLS § 67 Rz 27 mwN.

⁶²⁸ Widhalm-Budak in Konecny 247 (257).

⁶²⁹ ErläutRV 612 XXIV. GP 14 (IRÄG 2010); Leitfaden Fortbestehensprognose 27.

⁶³⁰ Schumacher in KLS § 67 Rz 26 mit Verweis auf eigene frühere Stellungnahmen; Karollus, RWZ 2007/2, 2 (5); Leitfaden Fortbestehensprognose 27; offenlassend OGH 6 Ob 19/15k RdW 2015, 372.

⁶³¹ Widhalm-Budak in Konecny 247 (254).

⁶³² OGH 6 Ob 19/15k RdW 2015, 372.

⁶³³ OGH 1 Ob 144/01k, *Intercontinentale*, RdW 2002, 342.

⁶³⁴ Schumacher in KLS § 67 Rz 28; idS. auch Widhalm-Budak in Konecny 247 (254, 257); Leitfaden Fortbestehensprognose 26.

⁶³⁵ ErläutRV 612 XXIV. GP 14 (IRÄG 2010); Leitfaden Fortbestehensprognose 28.

wenig überraschend vielfach mit den bereits oben in Pkt 3.2 genannten Auslösern möglicher Sanierungspflichten):

- Vorliegen negativen Eigenkapitals gem § 225 Abs 1 UGB: Dieses ist zwar allein noch kein Grund für einen Insolvenzantrag,⁶³⁶ *spätestens* zu diesem Zeitpunkt ist lt OGH aber eine Überschuldungsprüfung durchzuführen.⁶³⁷ Gem § 225 Abs 1 UGB ist damit explizit auch eine Erläuterungspflicht der Geschäftsleitung im Anhang der Bilanz verbunden.⁶³⁸
- Verlust der Hälfte des Stamm- bzw Grundkapitals und damit zusammenhängende gesellschaftsrechtliche Einberufungspflichten (insb § 36 Abs 2 GmbHG, § 83 AktG).⁶³⁹
- Klare Indizien für eine rechnerische Überschuldung.⁶⁴⁰
- Reorganisationsbedarf gem § 1 Abs 3 URG bzw das Erfüllen der URG-Kennzahlen.⁶⁴¹
- Handfeste Krisensymptome, die eine weitere Verschlechterung der Unternehmenssituation erwarten lassen müssen und bei anhaltend negativen Ergebnissen zu einem Aufzehren des Eigenkapitals im nächsten Jahr führen könnten oder die sonst eine Bestandsgefährdung implizieren.⁶⁴²

Bei der Beurteilung ist eine Gesamtbetrachtung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens erforderlich, bei der auch die Besonderheiten der Branche, die Unternehmensgröße, die Marktverhältnisse und die Wettbewerbssituation sowie ähnliche Einflussfaktoren berücksichtigt werden müssen.⁶⁴³ Wird trotz Vorliegens von Krisenanzeichen die Erstellung einer Fortbestehensprognose als nicht notwendig erachtet, sollte dies aus Beweisgründen entsprechend dokumentiert werden.⁶⁴⁴

⁶³⁶ OGH 6 Ob 250/16g GesRZ 2018, 61 (*Engin-Deniz*).

⁶³⁷ OGH 6 Ob 17/02x RdW 2003, 262; 6 Ob 110/00w ÖBA 2002, 238 (*Schummer* 173) = *ecolex* 2001, 369 (*Widhalm*).

⁶³⁸ Dazu auch *Schumacher* in KLS § 67 Rz 62.

⁶³⁹ *Schumacher* in KLS § 67 Rz 61; *Moser*, GesRZ 2010, 264; *ders*, GesRZ 2011, 29.

⁶⁴⁰ OGH 6 Ob 17/02x RdW 2003, 262; 6 Ob 110/00w ÖBA 2002, 238 (*Schummer* 173) = *ecolex* 2001, 369 (*Widhalm*); das strenge Abstellen des OGH auf sämtliche Fälle der rechnerischen Überschuldung wird in der Lit teilweise kritisiert und etwa das Abstellen auf „handfeste Krisensymptome“ gefordert, die den weiteren Bestand des Unternehmens zweifelhaft machen. Die bloße Vermutung, ein Status zu Liquidationswerten könne negativ sein und somit keine Schuldendeckung mehr ausweisen, gebiete demnach noch keine Überschuldungsprüfung, da diesfalls auch viele gesunde Unternehmen eine aufwendige Fortbestehensprognose zu erstellen hätten (s dazu etwa *Karollus/Huemer*, Fortbestehensprognose² 130 f mwN).

⁶⁴¹ *Schumacher* in KLS § 67 Rz 63; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 23 (Stand 1. 9. 1999, rdb.at).

⁶⁴² Leitfaden Fortbestehensprognose 17 ff mit einer ausf Auflistung möglicher finanzieller, betrieblicher und sonstiger Umstände; *Schumacher* in KLS § 67 Rz 21; *Karollus/Huemer*, Fortbestehensprognose² 131 f nennen etwa auch einen getroffenen Liquidationsbeschluss, anhängige Passivprozesse über erhebliche Verbindlichkeiten, einen Wegfall der Kreditlinien oder erhebliche Zahlungsrückstände; s zu Krisenindikatoren auch *Pateter*, Krisenwarnpflichten 92 ff.

⁶⁴³ *Jaufer*, Unternehmen³ 93;

⁶⁴⁴ Leitfaden Fortbestehensprognose 19.

6.3. Pflichteninhalt

6.3.1. Insolvenzprüfung und -antragstellung

Um rechtzeitig und pflichtgemäß ein Insolvenzverfahren zu beantragen, muss der Geschäftsleitung naturgemäß in einem ersten Schritt das Vorliegen eines Insolvenzgrundes bekannt sein. Aus der Insolvenzantragspflicht ist daher nach hA auch die Verantwortung für die Prüfung und Feststellung des Vorliegens der Insolvenzeröffnungsgründe (Pflicht zur *Insolvenzprüfung*) abzuleiten.⁶⁴⁵ Selbige ergibt sich auch schon aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht und der Sanierungsverantwortung der Geschäftsleitung (s oben Pkt 3.2).⁶⁴⁶

Die Insolvenzreife einer Gesellschaft ist wie bereits dargestellt nicht immer einfach zu beurteilen.⁶⁴⁷ Die bloße Insolvenzeröffnung lässt noch keinen sicheren Schluss auf ein schuldhaftes Verhalten der Geschäftsleitung zu.⁶⁴⁸ Die Insolvenzantragspflicht besteht auch, wenn es voraussichtlich zu einer Abweisung des Insolvenzantrags mangels kostendeckenden Vermögens kommen wird.⁶⁴⁹

Nach objektiver Erkennbarkeit des Eintritts eines der zwingenden Insolvenzgründe (s bereits oben Pkt 6.2.1) ist ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber nach Ablauf der gesetzlichen Sanierungsfrist (s sogleich Pkt 6.3.2) die Insolvenzeröffnung zu beantragen.

6.3.2. Sanierungsfrist

6.3.2.1. Absolute Höchstfrist

Die in den §§ 69 Abs 2 u 2a statuierte 60- bzw 120-tägige Antrags- bzw Sanierungsfrist ist nach der Rsp eine *absolute* Höchstfrist, die nicht überschritten werden kann.⁶⁵⁰ Auch ein allenfalls sanierbarer Schuldner ist daher verpflichtet, einen bereits eingeleiteten Sanierungsversuch (vorerst) abubrechen,⁶⁵¹ einen Insolvenzantrag zu stellen und, wenn noch immer aussichtsreich, die Sanierung im Insolvenzverfahren fortzusetzen.⁶⁵² Auch wenn dies im Einzelfall unbefriedigend erscheinen mag, wird es rechtspolitisch befürwortet.

⁶⁴⁵ RIS-Justiz RS0059774; OGH 1 Ob 545/80 GesRZ 1982, 243 (*Kutschera*); 3 Ob 287/02f SZ 2003/133; ähnlich die stRsp des BGH, jüngst II ZR 248/17 ZIP 2020, 1239; dazu auch *Jaufer*, Unternehmen³ 154; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 107 (Stand 1. 12. 2005, rdb.at); *Karollus/Huemer*, Fortbestehensprognose² 27 f.

⁶⁴⁶ Dazu auch *Schumacher* in KLS § 69 Rz 26 mwN.

⁶⁴⁷ Insb im Zusammenhang mit der Überschuldungsprüfung, *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 717.

⁶⁴⁸ OGH 2 Ob 241/06i ecolex 2007, 856 (zur GmbH); *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 718.

⁶⁴⁹ OGH 12 Os 97/83 SSt 54/82; 7 Ob 2339/96p SZ 70/215; RIS-Justiz RS0065209.

⁶⁵⁰ OGH 6 Ob 19/15k RdW 2015, 372. In der Vergangenheit wurde teilweise etwa von der Rechtsanwaltschaft (erfolglos) die Verlängerung der Frist verlangt (s nur *Nagele*, ZIK 1995, 39 [41 f]).

⁶⁵¹ OGH 6 Ob 19/15k RdW 2015, 372; *Schumacher*, ecolex 1990, 337; *ders* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* II⁴ § 69 KO Rz 95; *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1160 f).

⁶⁵² *Schumacher* in KLS § 69 Rz 27; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 11 (Stand 1. 12. 2005, rdb.at).

Einerseits weil es auch in der Insolvenz noch ausreichende Sanierungsmöglichkeiten gäbe und andererseits, weil bei zeitlich unbegrenzter Fortsetzung des außergerichtlichen Sanierungsversuchs und bei dessen späterem Scheitern eine Aushöhlung der Insolvenzmasse drohen könne.⁶⁵³ Ein Überschreiten der Sanierungsfrist geschieht daher auf eigenes Risiko des Geschäftsleiters, der dadurch rechtswidrig handelt und im Schadensfall⁶⁵⁴ (daher idR im Insolvenzfall) sowie bei Verschulden persönlich haftet.⁶⁵⁵

6.3.2.2. Fristauslöser: Positive Kenntnis vom Insolvenzgrund

Nach der mE zutr und mittlerweile wohl hA beginnt die Sanierungsfrist erst mit positiver Kenntnis vom Eintritt des Insolvenzgrundes.⁶⁵⁶ Begründet wird dies insb mit der Komplexität des Überschuldungstatbestands und dem Umstand, dass bei Abstellen auf die objektive Erkennbarkeit die Sanierungsfrist de facto ihren Zweck verlieren würde.⁶⁵⁷ Das Abstellen auf die positive Kenntnis bedeutet aber nicht, dass die Geschäftsleitung die Frist durch ein böswilliges Verschließen der Augen⁶⁵⁸ oder durch die Bestellung eines neuen Organs⁶⁵⁹ hinausschieben bzw neuerlich in Gang setzen kann.

Die Sanierungsfrist wurde durch das IRÄG 1982⁶⁶⁰ eingeführt, um der Geschäftsleitung gerade einen letzten Sanierungsversuch ohne Verletzung der Insolvenzantragspflicht zu ermöglichen (diesfalls ist die Verzögerung nicht nur nicht schuldhaft, sondern auch nicht rechtswidrig).⁶⁶¹ Die strafrechtliche Rsp⁶⁶² des OGH ging noch davon aus, dass die Frist spätestens durch die Kenntnis des Schuldners vom Vorliegen der Voraussetzungen ausgelöst werde, was der obigen Ansicht zumindest nicht entgegensteht.

Bei Anknüpfen an eine objektive Erkennbarkeit wäre nach der Lit zu befürchten, dass die Geschäftsleitung bei Erkennen des Insolvenzgrundes vorsichtshalber sofort einen

⁶⁵³ J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 688; Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 20 (Stand 1. 12. 2005, rdb.at); in diese Richtung auch OGH 1 Ob 571/86, EUMIG I, JBl 1986, 713 (J. Reich-Rohrwig) = JBl 1987, 146 (Honsell).

⁶⁵⁴ Sind die Sanierungsbemühungen erfolgreich, wird eine Haftung in der Praxis idR nicht akut werden. Scheitern aber letztlich die Sanierungsbemühungen, so haften die Organmitglieder wegen Insolvenzverschleppung; s auch Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager² 1145 (1161).

⁶⁵⁵ J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 688.

⁶⁵⁶ Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 18 f (Stand 1. 12. 2005, rdb.at); ders, Vorstand 40 ff; Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht⁴ Rz 230; nunmehr auch Schumacher in KLS § 69 Rz 28; J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 681; Feltl/Told in Gruber/Harrer, GmbHG² § 25 Rz 225; Honsell, GesRZ 1984, 134 (136); Harrer, Haftungsprobleme 38 f; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 37; J. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² Rz 2/447; Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager² 1145 (1161); Jaufer, Unternehmen³ 158 f; Reisch in Kalss/Frotz/Schörghofer 727 (741 f); Trenker in Konecny 97 (98); aA (auf die objektive Erkennbarkeit abstellend): Dobner in Eberhardt/Gurmann 94 (126); Kastner/Doralt/Nowotny 398 FN 215; Binder in Ratka/Rauter 200 (Rz 3/39); früher noch Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger II⁴ § 69 Rz 70 ff.

⁶⁵⁷ Für alle Schumacher in KLS § 69 Rz 28.

⁶⁵⁸ Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 19 (Stand 1. 12. 2005, rdb.at).

⁶⁵⁹ OGH 15 Os 120/90 EvBl 1991, 353; RIS-Justiz RS0065132.

⁶⁶⁰ BGBl 370/1982.

⁶⁶¹ J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 679; Dellinger, Vorstand 39 f.

⁶⁶² OGH 12. 7. 1995, 13 Os 67/95; 15 Os 120/90 EvBl 1991, 353.

Insolvenzantrag stellen müsste.⁶⁶³ Die Geschäftsleitung wäre gezwungen, durch Nachforschungen erst herauszufinden, wann sie die Insolvenz hätte erkennen müssen und ob die Frist überhaupt noch läuft, worauf sie ihre Energie in dieser Phase aber nicht verschwenden müssen sollte.⁶⁶⁴

Unabhängig davon treten die Insolvenzantragspflicht selbst und daher der Anknüpfungspunkt für eine mögliche Insolvenzverschleppung aber wie bereits dargestellt mit objektiver Erkennbarkeit des Insolvenzgrundes durch einen sorgfältig handelnden Geschäftsleiter ein (s bereits oben Pkt 6.2.1). Fallen Eintritt des Insolvenzgrundes, objektive Erkennbarkeit und subjektive Kenntnis der Geschäftsleitung auseinander, kann die Sanierungsfrist daher zu einer vorübergehenden Unterbrechnung einer bereits ausgelösten Insolvenzantragspflicht führen.⁶⁶⁵ Es handelt sich demnach um ein haftungsfreies Fenster, das für eine mögliche Sanierung genutzt werden kann (und im Einzelfall auch muss).⁶⁶⁶

6.3.2.3. Aussichtsreiche und realisierbare Sanierungsversuche

Für das insolvenzantragspflichtige Organ ist die ex ante Beurteilung des Vorliegens eines Insolvenzgrundes (und insb einer Fortbestehensprognose) von entscheidender Bedeutung, befindet es sich doch im Spannungsverhältnis einer potentiellen Haftung wegen Insolvenzverschleppung und möglichen Angriffen der Gesellschafter, die zum Wohl der Gesellschaft eine (außergerichtliche) Sanierung fordern.⁶⁶⁷ Tatsächlich befindet sich die Geschäftsleitung bei der Frage des Ausnutzens der Sanierungsfrist daher oft in einem Dilemma. Die aus dem Gesellschaftsrecht entspringende Pflicht zu einem letzten Sanierungsversuch wird durch die zwingenden insolvenzrechtlichen Bestimmungen flankiert, wonach die Sanierungsfrist eine absolute Höchstfrist ist (s bereits zuvor Pkt 6.3.2.1) und nur dann in Anspruch genommen werden darf, wenn ein ernsthafter Sanierungsversuch aussichtsreich und realisierbar ist (s sogleich). Bei einem zulässigen Ausnutzen der Sanierungsfrist haftet die Geschäftsleitung für dadurch allenfalls entstehende Schäden aber grds *nicht*.⁶⁶⁸

Nach dem Wortlaut des § 69 Abs 2 IO ist der Insolvenzantrag nur dann nicht schuldhaft verzögert, wenn die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens *mit* Eigenverwaltung sorgfältig betrieben wurde. Nach hA⁶⁶⁹ darf die Frist aber auch für alternative, aber stets ernsthafte

⁶⁶³ Reisch in Kalss/Frotz/Schörghofer 727 (741).

⁶⁶⁴ J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 681 mit Verweis auf BGH II ZR 118/77, *Herstatt-Bank*, BGHZ 75, 96 (111); Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 19 (Stand 1. 12. 2005, rdb.at); Reisch in Kalss/Frotz/Schörghofer 727 (741 f).

⁶⁶⁵ Siehe nur Trenker in Konecny 97 (98 mwN), der auf daran uU geknüpfte Schwierigkeiten bei der Schadensberechnung hinweist.

⁶⁶⁶ Siehe dazu sogleich und ebenso bereits zur Sorgfaltswidrigkeit einer verfrühten Insolvenzantragstellung oben Pkt 3.3.1.4.

⁶⁶⁷ Widhalm-Budak in Konecny 247 (247); Gassner/Wabl, *ecolex* 2018, 908 (908).

⁶⁶⁸ J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 740 mit Verweis auf OGH 15 Os 120/90 EvBl 1991, 353; Honsell, *GesRZ* 1984, 134 (141); Dellinger, *Vorstand* 42.

⁶⁶⁹ OGH 6 Ob 19/15k RdW 2015, 372; Schumacher in KLS § 69 Rz 26 mwN; Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 20 (Stand 1. 12. 2005, rdb.at).

Sanierungsbemühungen⁶⁷⁰ etwa in Form eines außergerichtlichen⁶⁷¹ Sanierungsversuchs und auch generell für die sorgfältige Vorbereitung eines gerichtlichen Insolvenzverfahrens genutzt werden.⁶⁷²

Wird die Sanierungsfrist für einen Sanierungsversuch genutzt, ist zu untersuchen, ob die Geschäftsleitung im Rahmen ihrer Sorgfaltspflichten ex ante überzeugt sein durfte, dass das Sanierungskonzept aussichtsreich und dessen Verwirklichung ernsthaft möglich ist.⁶⁷³ Dies bedeutet insb, dass der jeweilige Insolvenzgrund noch innerhalb der Frist behebbar sein muss.⁶⁷⁴ Bei der Zahlungsunfähigkeit muss daher aE der Frist zumindest eine Zahlungsstockung darstellbar sein, bei der Überschuldung entweder die rechnerische Überschuldung beseitigt oder eine positive Fortbestehensprognose darstellbar sein.⁶⁷⁵ In der Praxis erfordert die Beurteilung dieser komplexen Fragen idR die Beiziehung externer Berater.⁶⁷⁶

Ernste Zweifel am Gelingen des Sanierungsversuchs stehen der Ausnutzung der Frist entgegen.⁶⁷⁷ Mit Erkennbarkeit der Aussichtslosigkeit endet sie jedenfalls.⁶⁷⁸

6.3.3. Ermessen und BJR

6.3.3.1. Insolvenzantragspflicht

Nach hA handelt es sich bei der Entscheidung, ob der Insolvenzantragspflicht gefolgt wird, um *keine* unternehmerische Entscheidung, sondern um eine zwingende gesetzliche Vorgabe, weswegen die BJR für diese Entscheidung nicht gelte.⁶⁷⁹ Auch für die Entscheidung über die

⁶⁷⁰ OGH 6 Ob 532/90 ÖBA 1990, 942 (*Karollus*) = wbl 1990, 345 (*Dellinger*); *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 14 ff (Stand 1. 12. 2005, rdb.at); *Jaufer*, Unternehmen³ 161; *Reisch* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 727 (739); zum Sanierungsablauf und –management s *Lichtkoppler/Reisch* 1 (31 ff).

⁶⁷¹ OGH 3 Ob 520/86 SZ 60/244; dazu näher *Dellinger*, Vorstand 43 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 37.

⁶⁷² Daher auch für ein Sanierungsverfahren *ohne* Eigenverwaltung und ein Konkursverfahren; *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 686; *ders* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 120 mwN (Stand 1. 6. 2015, rdb.at).

⁶⁷³ stRsp des OGH, RIS-Justiz RS0059532, zuletzt 9 Ob 24/04a ÖBA 2005, 683 (*Bollenberger*).

⁶⁷⁴ *Schumacher* in KLS § 69 Rz 29 mwN; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 16 (Stand 1. 12. 2005, rdb.at).

⁶⁷⁵ *Schumacher* in KLS § 69 Rz 30 mwN; inwieweit *nach* bereits vorliegender Zahlungsunfähigkeit zulässigerweise eine Zahlungsstockung argumentierbar sein kann, scheint in der Praxis mE aber eher unrealistisch, würde die Zahlungsstockung wenn dann wohl eher indizieren, dass gar nie Zahlungsunfähigkeit vorgelegen und die Sanierungsfrist gar nie begonnen hat.

⁶⁷⁶ *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 718 mit Verweis auf OGH 7 Ob 565/84 GesRZ 1984, 218; *Viehböck/Linder*, SWK 2009, 1269 (1276) (zulässig und in größeren Unternehmen im Rahmen der allgemeinen Sorgfaltspflicht „geboten“); *Karollus/Huemer*, Fortbestehensprognose² 101; generell zur Beiziehung von Beratern s oben Pkt 2.2.7.

⁶⁷⁷ OGH 1 Ob 571/86, *EUMIG I*, JBl 1986, 713 (*J. Reich-Rohrwig*) = JBl 1987, 146 (*Honsell*).

⁶⁷⁸ RIS-Justiz RS0065129; OGH 15 Os 120/90 EvBl 1991, 353; 12. 7. 1995, 13 Os 67/95; *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* II⁴ § 69 KO Rz 91; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 14 ff (Stand 1. 12. 2005, rdb.at).

⁶⁷⁹ *Trenker* in *Konecny* 97 (112 f) (ohne „Wenn und Aber“); *U. Torggler*, wbl 2009, 168 (170); *Gassner/Wabl*, ecolex 2018, 908 (911 FN 35); *Schopper* in *Haberer/Krejci* 615 (Rz 16.88).

zulässige Ausnutzung der Sanierungsfrist wird die BJR in der Lit als nicht anwendbar angesehen.⁶⁸⁰ Im Grundsatz scheint sich Beides logisch aus dem Umstand zu ergeben, dass das geschäftsleiterische Ermessen stets den Grenzen der Legalitätspflicht unterliegt (s dazu bereits oben Pkt 2.2.4) und dass bei aus der Legalitätspflicht entspringenden zwingenden Vorgaben auch die BJR nicht gilt (s oben Pkt 2.2.6.3).

Tatsächlich ist die Insolvenzantragstellung aber erst *nach* Auslaufen der Sanierungsfrist alternativlos.⁶⁸¹ Die bis dahin zu treffenden Entscheidungen über die Ausnutzung der Sanierungsfrist und die Insolvenzantragstellung sind nahezu nie „Schwarz-Weiß“-Entscheidungen. Diesen liegen vielmehr (auch) betriebswirtschaftliche, operative und daher auch unternehmerische Entscheidungen zu Grunde. Zu denken ist etwa an die als Teil eines Sanierungskonzepts geplante Schließung einzelner Betriebsteile, die als kostenreduzierende Maßnahme insgesamt zu einer Beseitigung des Insolvenzgrunds beitragen soll. Es drängt sich daher eine differenzierte(re) Betrachtung auf, aus der sich auch nach Insolvenzeintritt für gerade *nicht* alternativlose unternehmerische Entscheidungen dennoch die Anwendbarkeit der BJR ergeben könnte.

Die bereits vor Einführung der BJR entwickelte stRsp des OGH stünde dem mE zumindest nicht entgegen (Hervorhebungen jeweils durch den Autor): Wenn lt OGH ein Geschäftsführer Sanierungsversuche unternimmt, dann ist zu untersuchen, „ob er bei Anwendung jener objektiv zu beurteilenden Sorgfalt, die den Fähigkeiten und Kenntnissen, welche von einem Geschäftsführer in dem **betreffenden Geschäftszweig üblicherweise erwartet werden kann**, entspricht, und die ein im **kaufmännischen Leben erforderliches Eingehen wirtschaftlicher Risiken nicht ausschließt, überzeugt** sein durfte, daß sein Sanierungskonzept aussichtsreich und dessen Verwirklichung ernsthaft möglich sein werde“.⁶⁸² Nur so kann lt OGH „ein Geschäftsführer, der **einerseits den Gesellschaftern verantwortlich ist, andererseits die insolvenzrechtlichen Bestimmungen zu beachten hat, wirtschaftliche Entscheidungen** treffen, die den Gesellschafts- und den Gläubigerinteressen gerecht werden, **ohne eine uferlose Ausweitung seiner persönlichen Haftung** in der einen oder anderen Richtung **befürchten zu müssen**.“⁶⁸³ Der OGH betont damit zuallererst auch iZm der Insolvenzantragspflicht ausdrücklich die im Rahmen der allgemeinen Sorgfaltspflicht gültigen Grundprinzipien einer objektiven, aber differenzierten Maßfigur (s oben Pkt 2.2.3) und der Bedeutung unternehmerischer bzw wirtschaftlicher Risiken (s oben Pkt 2.1.2). Indem der OGH neben der einerseits gesellschaftsrechtlich bestehenden Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft und den Gesellschaftern (s oben Pkt 2.2.5.3) andererseits auf die „Beachtung“ insolvenzrechtlicher Bestimmungen verweist, betont er mE nichts Anderes als die durch die Legalitätspflicht (s oben Pkt 2.2.4) gezogenen Grenzen. Weiters betont der OGH ausdrücklich die Wichtigkeit *wirtschaftlicher* Entscheidungen, was mE nichts Anderes als unternehmerische Entscheidungen (s oben

⁶⁸⁰ Schumacher in KLS § 69 Rz 29.

⁶⁸¹ Trenker in Konecny 97 (112 f).

⁶⁸² stRsp RIS-Justiz RS0059532.

⁶⁸³ OGH 3 Ob 520/86 SZ 60/244.

Pkt 2.2.6.3) bedeuten kann.⁶⁸⁴ Schließlich soll eine uferlose Ausweitung der persönlichen Haftung vermieden werden, was im Endeffekt auch im Gesellschaftsrecht Grund für eine ex ante Betrachtung und die Ablehnung einer Erfolgshaftung (s oben Pkt 2.1.2) ist. Die Rsp des OGH könnte man daher durchaus so lesen, dass dieser der Geschäftsleitung auch iZm der Insolvenzantragspflicht und der Ausnutzung der Sanierungsfrist ein unternehmerisches Ermessen zubilligt, das aber durch die zwingenden und im Rahmen der Legalitätspflicht zu befolgenden insolvenzrechtlichen Vorgaben flankiert wird. Das Ermessen besteht wie gesagt nicht darin, *ob* der Insolvenzantragspflicht aE der Sanierungsfrist oder bei vorzeitiger Aussichtslosigkeit des Sanierungsversuchs nachgekommen wird, sondern vielmehr, *wie* ein im Einzelfall gesellschaftsrechtlich gebotener und insolvenzrechtlich erlaubter, aussichtsreicher (letzter) Sanierungsversuch umgesetzt wird.

Folgt man diesem Gedanken, stellt sich automatisch im nächsten Schritt die Frage, ob in diesen Grenzen auch die BJR anwendbar ist. Gibt es im Rahmen der Legalitätspflicht Handlungsspielräume, kann auch ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum bestehen. Wie bereits in Pkt 2.2.6.3 dargestellt, wird in der Lit etwa das Beispiel der Einrichtung eines IKS genannt, wo bei der Frage der Einrichtung (also des „Ob“) zweifellos *kein* Spielraum bestehe, bei der Frage des „Wie“ (also der Art der Umsetzung) aber sehr wohl.⁶⁸⁵ In diesem Zusammenhang kann der im Rahmen der BJR vorgesehene *safe harbour* ebenso anwendbar sein.⁶⁸⁶ Lt OGH sei bei der Ausgestaltung des IKS zumindest eine „Orientierung“ an der BJR angebracht.⁶⁸⁷ Dieselben Erwägungen könnten aufgrund des Gesagten mE im Grundsatz auch für die Insolvenzantragspflicht gelten. Einer sorgfältig agierenden Geschäftsleitung (die etwa das Vorliegen eines Insolvenzgrundes so früh wie ihr objektiv möglich erkennt) stehen am Tag „Null“ (also am Tag des Beginns der Insolvenzantrags- bzw Sanierungsfrist) idR mehrere Handlungsoptionen offen. Sie ist trotz der ausgelösten Frist und der damit zusammenhängenden insolvenzrechtlichen Pflichten gesellschaftsrechtlich idR sogar *verpflichtet*, diese Handlungsoptionen auszuloten und *nicht* sofort einen Insolvenzantrag zu stellen (s dazu bereits oben Pkt 6.3.2.3).⁶⁸⁸

Aus der Insolvenzantragspflicht selbst ergibt sich schließlich auch *keine* Pflicht zur Beantragung eines bestimmten Verfahrenstyps. Es ist nicht das Insolvenzrecht, das die Geschäftsleitung im Einzelfall zur Beantragung eines Sanierungsverfahrens oder zur

⁶⁸⁴ Im Vorfeld des StRÄG 2015 wurde etwa in der Diskussion zur Überarbeitung des Untreuetatbestands auch von „wirtschaftlichen Entscheidungen“ gesprochen (s *Chini*, AR aktuell 2/2014, 1).

⁶⁸⁵ *Kalss* in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 391; ähnlich auch zum Überwachungssystem iZm dem StaRUG: *Seibt/Bulgrin*, DB 2020, 2226 (2229); diesem folgend *Brückmans*, ZInsO 2021, 1 (2); *Scholz*, ZIP 2021, 219 (229).

⁶⁸⁶ Wie bereits in Pkt 2.2.6.3 dargestellt, wird insb in der dLit teilweise die dBJR zwar für solche Fälle als nicht unmittelbar anwendbar angesehen, jedoch wird eine im Ergebnis denselben Wertungen unterliegende modifizierte „spezialgesetzliche“ dBJR vertreten.

⁶⁸⁷ Jüngst OGH 8 ObA 109/20t GES 2021, 303 Pkt 3.1. (zum GF einer GmbH) (s dazu ebenso bereits oben Pkt 2.2.6.3).

⁶⁸⁸ Folgt man der mE zutr Annahme eines haftungsfreien Zeitfensters ab (wenn auch verspäteter) positiver Kenntnis vom Insolvenzgrund (s oben Pkt 6.3.2.2), stehen diese Handlungsoptionen uU sogar selbst bei einer davor bereits erfolgten Insolvenzverschleppung zur Verfügung.

Fortführung des Unternehmens verpflichtet. Eine Pflicht zur „richtigen“ Verfahrenswahl und daher insb auch zur Ausarbeitung eines Sanierungsplans ergibt sich wenn dann aus der gesellschaftsrechtlichen Sanierungsverantwortung.⁶⁸⁹ Bei diesen Entscheidungen und insb bei den damit verbundenen Sanierungsmaßnahmen kann es sich wiederum ebenso um unternehmerische Entscheidungen handeln, und auch hier steht die Legalitätspflicht der Anwendbarkeit der BJR mE nicht per se entgegen. Auch Gläubigerschutzerwägungen würden schließlich mE nicht automatisch gegen diesen Befund sprechen, weil diese durch die strengen Grenzen der Insolvenzantragspflicht und insb das an die materielle Insolvenz geknüpfte Zahlungsverbot (s unten Pkt 7) geschützt bleiben. Werden die dadurch vorgegebenen Leitplanken nicht eingehalten, scheitert auch die Berufung auf die BJR.

Wie im Folgenden dargestellt, zeigt sich die Relevanz dieser Erwägungen umso mehr iZm der Fortbestehensprognose.

6.3.3.2. Fortbestehensprognose

Auch sonst kommt der Geschäftsleitung im insolvenzrechtlichen Zusammenhang ein gewisser Spielraum zu. Bei der Insolvenzprüfung (s oben Pkt 6.3.1) und bei der Frage des *Vorliegens* eines Insolvenzgrundes gibt es ebenso oft keine „Schwarz-Weiß“-Antworten. Insb das Vorliegen einer insolvenzrechtlichen Überschuldung ist nicht immer eindeutig, weil die Fortbestehensprognose aufgrund ihres Prognosecharakters von vornherein mit Unsicherheiten behaftet ist. Bei der Erstellung selbiger, den darin enthaltenen Prämissen und der zu erfolgenden Wahrscheinlichkeitsabschätzung kommt der Geschäftsleitung daher nach der Lit ein „gewisser Beurteilungsspielraum“ zu.⁶⁹⁰ Der OGH betont iZm der Fortbestehensprognose, wenn auch nur indirekt, ein „einzuräumendes Ermessen“.⁶⁹¹ Gleichzeitig verlangt er wie bereits in Pkt 6.2.3.3 gezeigt bei der Prognoseerstellung eine sorgfältige Analyse von Verlustursachen und einen Finanzierungsplan unter

⁶⁸⁹ Siehe oben Pkt 3.3.2 zur Sanierungsverantwortung; s auch *Reisch* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 727 (745); dies in *Lichtkoppler/Reisch*² 215 (230); s auch *U. Torggler/Trenker* in *Konecny* 73 (75), die von einer aus dem Gesellschaftsrecht entspringenden Pflicht gegenüber der Gesellschaft zur Ausarbeitung eines Sanierungsplans innerhalb des Insolvenzverfahrens ausgehen (s dazu noch unten Pkt 8.3). Dasselbe muss mE auch bzw umso mehr im Vorfeld des Insolvenzverfahrens gelten.

⁶⁹⁰ *Jaufer*, Unternehmen³ 111, wonach dies einen wesentlichen Unsicherheitsfaktor bei der Beurteilung der Fortbestehensprognose darstelle; so auch *Fritz*, Kommanditgesellschaft II 119; ähnlich *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* II⁴ § 67 KO Rz 33.

⁶⁹¹ OGH 1 Ob 144/01k, *Intercontinentale*, RdW 2002, 342 (Hervorhebungen durch den Autor): „[...] es war deshalb zulässig, das weitere Schicksal des Unternehmens der Gemeinschuldnerin von einer entsprechenden Fortbestehensprognose abhängig zu machen. Dass die Beklagten bei dieser Prüfung nach der gegebenen Sachlage, insbesondere unter Berücksichtigung des bisherigen Verhaltens der Mehrheitsgesellschafterin, deren erklärten Zielvorgaben (ein Insolvenzverfahren unbedingt zu vermeiden) und deren gerade auch 1993 erteilten Finanzierungszusagen das ihnen **einzuräumende Ermessen eklatant missbraucht hätten, ist im Verfahren nicht hervorgekommen.**“ Diese Aussage bezieht sich zwar auf den AR einer GmbH, der selbst nicht der Insolvenzantragspflicht nach § 69 Abs 2 IO unterliegt. Die Aussage des OGH zur Einbeziehung des Verhaltens der Mehrheitsgesellschafterin in die Fortbestehensprognose spiegelt mE aber ebenso den dort der Geschäftsleitung zukommenden Beurteilungsspielraum wider (s bereits oben Pkt 6.2.3.3(e)).

Miteinbeziehung der Auswirkungen geplanter oder eingeleiteter Sanierungsmaßnahmen.⁶⁹² Der Finanzierungs- bzw Finanzplan ist dabei nach der Lit nach betriebswirtschaftlichen Kriterien auszuarbeiten⁶⁹³ und muss für sachverständige Dritte nachvollziehbar und nachprüfbar sein.⁶⁹⁴

Darüber hinaus wird in der Lit für die Erstellung der Fortbestehensprognose ein strenger Maßstab angelegt. Es handle sich lt *Karollus/Huemer* um eine für die Gläubiger wie auch für das Unternehmen äußerst schwerwiegende Maßnahme, bei deren Erstellung „höchste Sorgfaltsanforderungen“ und bei der Ermittlung der Prognoseunterlagen „größtmögliche Anstrengungen“ zu unternehmen seien.⁶⁹⁵ Gleichzeitig wird aufgrund des Prognosecharakters aber betont, dass keine Erfolgshaftung bestehe.⁶⁹⁶ Nach *Schumacher* seien überzogene Anforderungen grds abzulehnen und auch eine Fortbestehensprognose sei nur die „Kunst des Möglichen“. Auf bloßem „wishful thinking“ dürfe die Prognose aber nicht beruhen.⁶⁹⁷ Bei der Erstellung müssten die zur Verfügung stehenden Auskunftsquellen und Erkenntnismöglichkeiten nach bestem Wissen herangezogen, sorgfältig ausgewertet und daraus nachvollziehbare Schlüsse gezogen werden.⁶⁹⁸ Von Dritten abhängige Prämissen wie etwa Finanzierungsbeiträge gehören zur Prognosegrundlage und sind nicht selbst Gegenstand der Vorhersage.⁶⁹⁹ Ob in diesem Zusammenhang die BJR gilt wurde hierzulande soweit ersichtlich noch nicht tiefergehend diskutiert.

Anders ist dies in Deutschland, wo die Frage der Anwendbarkeit der dBJR auf die Fortführungsprognose nach deutschem Recht umstritten ist, die wohl überwiegende dLit sich aber *gegen* eine Anwendbarkeit ausspricht.⁷⁰⁰ Als Hauptargument wird angeführt, dass es sich um einen Rechtsbegriff und keine unternehmerische Entscheidung handle.⁷⁰¹ Der BGH betont iZm der Fortführungsprognose einen „Beurteilungsspielraum“ der Geschäftsleitung.⁷⁰² Es komme ebenso nicht auf nachträgliche Erkenntnisse ex post, sondern auf die damalige ex ante Sicht eines ordentlichen Geschäftsmannes an.⁷⁰³ Lt *Spindler* sei die

⁶⁹² stRsp des OGH seit der Leit-E 1 Ob 655/86 wbl 1987, 74 (zust *Wilhelm*); s auch *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* II⁴ § 67 KO Rz 50; zur Bedeutung der Analyse der Krisenursachen und Sanierungsmöglichkeiten als Vorfrage ausf auch *Karollus/Huemer*, Fortbestehensprognose² 100 ff.

⁶⁹³ *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* II⁴ § 67 KO Rz 50; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 92 (Stand 1. 9. 1999, rdb.at).

⁶⁹⁴ *Widhalm-Budak* in *Konecny* 247 (249); *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* II⁴ § 67 KO Rz 50 mwN.

⁶⁹⁵ *Karollus/Huemer*, Fortbestehensprognose² 98 f.

⁶⁹⁶ *Karollus/Huemer*, Fortbestehensprognose² 98; so auch schon die Mat zum IRÄG 2010, ErläutRV 612 XXIV. GP 14: „Dabei schadet es nicht, wenn der Schuldner in der Folge (doch) insolvent wird, sich die positive Prognose also nicht erfüllt. Es kommt vielmehr ausschließlich auf die ex ante-Beurteilung der Fortbestehensprognose an.“

⁶⁹⁷ *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* II⁴ § 67 KO Rz 30.

⁶⁹⁸ *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* II⁴ § 67 KO Rz 30.

⁶⁹⁹ *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* II⁴ § 67 KO Rz 54.

⁷⁰⁰ Siehe etwa *Schröder* in *HambKomm*⁷ § 19 InsO Rz 16a mwN; *Fischer*, NZI 2016, 665 (667); aA *Goette*, DStR 2016, 1752 (1755).

⁷⁰¹ *Schröder* in *HambKomm*⁷ § 19 InsO Rz 16a mwN; *Fischer*, NZI 2016, 665 (667).

⁷⁰² BGH II ZR 292/91 BGHZ 126, 181 (199); zust *Spindler*, MüKo AktG I⁵ § 92 Rz 75.

⁷⁰³ BGH II ZR 292/91 BGHZ 126, 181 (199); diesem folgend OLG Schleswig 5 U 60/09 ZIP 2010, 516 (518), nach welchem bereits begründete Anhaltspunkte für das Bestehen einer Prognose ausreichen, um zulässigerweise den Geschäftsbetrieb aufrechtzuerhalten.

BGH-Rsp aber *nicht* als tatsächlicher Ermessensspielraum zu verstehen, sondern ergebe sich letztlich aus dem Umstand, dass solchen Prognosen eine Subjektivität immanent sei und bei der Auswertung des Status quo Ungenauigkeiten und verschiedene Interpretationsmöglichkeiten vorliegen könnten.⁷⁰⁴ Weiterhin habe die Geschäftsleitung die Prognose anhand der aufgestellten Kriterien zu entwickeln.⁷⁰⁵ Die dBJR sei daher nach *Spindler* unmodifiziert *nicht* auf die Fortführungsprognose übertragbar, weil diese generell keine Anwendung auf die Insolvenzantragspflicht finden könne und bei der Prognose im Vergleich zur dBJR eine intensivere rechtliche Kontrolle der subjektiven Einschätzungen stattfinden müsse.⁷⁰⁶ Nach *Schröder* komme der vom BGH bejahte gewisse Beurteilungsspielraum aber im Ergebnis der Anwendung der dBJR gleich oder zumindest nahe.⁷⁰⁷ Dieser sei auch rechtlich *nicht* überprüfbar.⁷⁰⁸

Detailliert mit der Frage auseinandergesetzt haben sich insb *Fischer*⁷⁰⁹ (Anwendbarkeit der dBJR verneinend) sowie *Goette*⁷¹⁰ (Anwendbarkeit der dBJR bejahend).

- Nach *Fischer* sei die Beurteilung, ob eine positive Fortführungsprognose bestehe, eine rechtlich *gebundene* Entscheidung, weswegen es nicht im freien Ermessen der Geschäftsleitung stehe, ob eine günstige Prognose bejaht werde.⁷¹¹ Aufgrund des vom BGH bejahten Beurteilungsspielraums sei aber im Allgemeinen nur zu fordern, dass die Einschätzung vertretbar sein muss.⁷¹² Es bestehe zwar kein weites Ermessen iSd dBJR, aber ein mit der Rsp im Einklang stehendes wesentliches subjektives Element.⁷¹³ Eine auf fachgerecht erarbeiteter Tatsachengrundlage getroffene Prognose sei daher rechtlich *nicht* angreifbar, wenn sie ex ante betrachtet plausibel erscheine – die Prognose habe idS objektivierbar zu sein.⁷¹⁴
- Nach Ansicht *Goette*‘s seien hingegen die in der dLit vorgebrachten Argumente der strengeren Maßstäbe und des Nichtvorliegens einer unternehmerischen Entscheidung nicht stichhaltig und seien „überkommenem Denken verhaftet“.⁷¹⁵ Es stehe außer Frage, dass die Insolvenzantragspflicht selbst eine gesetzliche Pflicht ist.⁷¹⁶ Dass es sich bei der gedanklichen und planerischen Feststellung einer Fortführungsprognose nicht um eine unternehmerische Entscheidung handeln soll, sei hingegen eine – offenbar dem Wunsch nach möglichst breitflächiger Differenzierung gleichgelagerter

⁷⁰⁴ *Spindler*, MüKo AktG I⁵ § 92 Rz 75; ebenso *Fischer*, NZI 2016, 665 (667).

⁷⁰⁵ *Spindler*, MüKo AktG I⁵ § 92 Rz 75 mwN.

⁷⁰⁶ *Spindler*, MüKo AktG I⁵ § 92 Rz 76 mwN; ebenso *Fischer*, NZI 2016, 665 (667).

⁷⁰⁷ *Schröder* in HambKomm⁷ § 19 InsO Rz 16a mit Verweis auf BGH II ZR 292/91 BGHZ 126, 181 (199 f) sowie auf *Goette*, DStR 2016, 1752 (1755).

⁷⁰⁸ *Schröder* in HambKomm⁷ § 19 InsO Rz 16a; *Fischer*, NZI 2016, 665 (667 mwN) (jeweils abgeleitet aus der zitierten BGH-Rsp, auch wenn der BGH dies nicht ausdrücklich so betont).

⁷⁰⁹ NZI 2016, 665.

⁷¹⁰ DStR 2016, 1752.

⁷¹¹ *Fischer*, NZI 2016, 665 (667) mwN.

⁷¹² *Fischer*, NZI 2016, 665 (668).

⁷¹³ *Fischer*, NZI 2016, 665 (668).

⁷¹⁴ *Fischer*, NZI 2016, 665 (667); diesem folgend *Schröder* in HambKomm⁷ § 19 InsO Rz 16a.

⁷¹⁵ *Goette*, DStR 2016, 1752 (1754).

⁷¹⁶ *Goette*, DStR 2016, 1752 (1754).

Sachverhalte verpflichtete – Behauptung.⁷¹⁷ Eine Planung im Rahmen der Fortführungsprognose unterscheidet sich tatsächlich gar nicht von einer pflichtgemäßen Planung für eine nicht in der Krise befindliche Gesellschaft, weswegen es „wertungswidersprüchlich“ sei, der Geschäftsleitung bei der Fortführungsprognose den für die Planung unerlässlichen Freiraum nicht zuzubilligen.⁷¹⁸ Der Umstand, dass iZm der Fortführungsprognose für die Informationsbeschaffung ein objektiver Maßstab herangezogen werde, könne ebenso kein Grund für die Nicht-Anwendbarkeit der dBJR sein.⁷¹⁹ Auf der Ebene der Bewertung sorgfaltsgemäßen Vorgehens seien gewisse Bandbreiten zu akzeptieren.⁷²⁰ Im Ergebnis mache es aber keinen Unterschied, ob es bei der dBJR oder bei der damit verwandten Formulierung des „Beurteilungsspielraums“ bleibe, tatsächlich sei alleine entscheidend, dass der ex post über die Tragfähigkeit der Prognose entscheidende Richter einen gewissen Freiraum respektieren muss, wie ihn der BGH als unerlässlich herausgestellt habe.⁷²¹

Auch wenn die dargestellte Diskussion – gleich wie die zuvor zur Insolvenzantragspflicht dargestellten Erwägungen – sicherlich noch einer deutlich tiefergehenden Analyse bedürfen, sprechen mE gute Argumente für eine differenzierte Betrachtung und daher eine teilweise Anwendbarkeit der BJR auch iZm der Fortbestehensprognose. Nachdem selbiger unstr. stets eine ex ante Betrachtung zugrundezulegen ist (s. oben Pkt 6.2.3.3(b)), scheint gar nicht soviel Unterschied zwischen der Erstellung der Fortbestehensprognose und dem Prinzip des unternehmerischen Ermessens und der BJR zu bestehen. Durch die insolvenzrechtlich zwingend vorgegebenen Leitplanken ist das Ermessen zwar nicht mehr so weit wie im normalen Geschäftsgang (s. oben Pkt 2.2.2), ein Ermessen und ein *safe harbour* scheinen in den vorgegebenen Grenzen dennoch rechtfertigbar und auch dogmatisch vertretbar. Auch im normalen Geschäftsgang ist das Ermessen nicht immer gleich weit, in gewissen hochregulierten Branchen ist es das wahrscheinlich sogar nie. Durch die Legalitätspflicht wird das Ermessen tatsächlich oft und teils erheblich eingeschränkt. Ob man für die Legalitätspflicht berührende Entscheidungen nun die BJR oder eine „modifizierte BJR“ als anwendbar ansieht (s. zur Diskussion oben Pkt 2.2.6.3), ist im Ergebnis wohl sekundär, solange das Grundprinzip eines *safe harbours* gilt.

An dieser Stelle ist zu betonen, dass es hier *keinesfalls* darum geht, den Gläubigerschutz in irgendeiner Weise zu beschränken. Die dargestellten Stellungnahmen aus der öLit zu höchsten Sorgfaltsanforderungen und einer intensiveren rechtlichen Kontrolle sind insb. aus

⁷¹⁷ Goette, DStR 2016, 1752 (1754).

⁷¹⁸ Goette, DStR 2016, 1752 (1753 f., 1761). Die Fortführungsprognose sei keinesfalls auf eine „Pseudogewissheit vortäuschende Anwendung mathematischer Formeln“ zu stützen.

⁷¹⁹ Goette, DStR 2016, 1752 (1754).

⁷²⁰ Goette, DStR 2016, 1752 (1753).

⁷²¹ Goette, DStR 2016, 1752 (1754 f.) mit Verweis auf BGH II ZR 175/95 BGHZ 135, 244 (253) („[...] dass dem Vorstand bei der Leitung der Geschäfte des Gesellschaftsunternehmens ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt werden muss, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar ist. Dazu gehört neben dem bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Gefahr von Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen, der jeder Unternehmensleiter, mag er auch noch so verantwortungsbewusst handeln, ausgesetzt ist.“).

Gläubigerschutzerwägungen nur zu unterstreichen, handelt es sich bei der Fortbestehensprognose tatsächlich um ein äußerst sensibles und gleichzeitig enorm praxisrelevantes Instrument. Dies steht der Einräumung eines unternehmerischen Ermessens und der Anwendbarkeit der BJR aber im Grundsatz nicht entgegen, weil den diesbezüglichen Bedenken mE bereits durch das Gesellschaftsrecht ausreichend Rechnung getragen wird. Auch bei der BJR werden bei bedeutenden Entscheidungen erhöhte (und wenn erforderlich auch höchste) Sorgfaltsanforderungen geschuldet (s oben Pkt 2.2.3), die zu erhöhten Anforderungen bei der Einholung von Informationen und der Dokumentationspflicht führen (s oben Pkt 2.2.6.5) und idR die Beiziehung von Beratern gebieten (s oben Pkt 2.2.7). Die strengen Erfordernisse zu den erforderlichen Prognosegrundlagen (s oben Pkt 6.2.3.3(e)) müssen bereits im Rahmen der Legalitätspflicht befolgt werden (s oben Pkt 2.2.4) und gehören gerade *nicht* zu den unternehmerischen Entscheidungen.⁷²²

Wird die Geschäftsleitung diesen strengen Erfordernissen nicht gerecht, scheitert eine Berufung auf die BJR im Vorhinein. Erarbeitet sie aber (i) unter Beiziehung fachkundiger Berater, (ii) nach sorgsamer, der Wichtigkeit und Sensibilität der zu treffenden Entscheidungen gerecht werdender Abwägung aller zur Verfügung stehenden Optionen und (iii) unter Einhaltung der zwingenden Vorgaben für die Prognosegrundlagen (etwa verbindliche Zusage einer Gesellschafterfinanzierung) (iv) eine positive Fortbestehensprognose, spricht mE weder faktisch noch rechtlich (dogmatisch) etwas gegen die Anwendbarkeit der BJR. Stellt sich die Prognose im Nachhinein als unrichtig heraus, muss der Geschäftsleiter im Prozess die Einhaltung genau dieses strengen Prozederes beweisen, was auch eine intensivere Kontrolle als bei im normalen Geschäftsgang getroffenen unternehmerischen Entscheidungen ermöglicht. Durch Überprüfung dieses Prozederes wäre auch die teils geforderte nachträgliche Objektivierbarkeit der Prognose sichergestellt. *Nur*, aber immerhin *wenn* dem Geschäftsleiter dieser Beweis gelingt, wären etwa die Entscheidungen darüber, welche Sanierungsmaßnahmen getroffen wurden, deren Einfluss auf den erstellten Finanzplan, der Finanzplan selbst und auch die Wahrscheinlichkeitseinschätzung – insgesamt also die infolge der Zukunftsbezogenheit durch Prognosen und nicht justiziable Einschätzungen gekennzeichneten Entscheidungen⁷²³ – einer nachträglichen Kontrolle entzogen.

Für eine Anwendbarkeit der BJR wäre demnach im Einzelfall stets eine sorgsame Differenzierung danach zu treffen, ob es sich um zwingenden Vorgaben unterliegende Entscheidungen (insb iZm den Prognosegrundlagen) oder um ein gewisses Ermessen zulassende Prognoseentscheidungen handelt.

Ähnliche Fragen stellen sich schließlich auch noch beim Zahlungsverbot (s dazu noch unten Pkt 7.4) und bei den Pflichten im Insolvenzverfahren (s unten Pkt 8.5).

⁷²² Siehe auch die bereits zitierte Differenzierung von *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* II⁴ § 67 KO Rz 54 (nicht Gegenstand der Vorhersage).

⁷²³ OGH 6 Ob 160/15w ZfS 2016, 58 (*Karollus*) Pkt 5.1; s dazu ausf oben Pkt 2.2.6.3.

6.4. Außenhaftung

6.4.1. Schutzgesetz zu Gunsten der Gläubiger

Die Verpflichtung zur rechtzeitigen Insolvenzantragstellung ist nach hA ein Schutzgesetz iSv § 1311 ABGB zugunsten der Gläubiger⁷²⁴ und *nicht* des insolventen Unternehmens.⁷²⁵ Diese „Außenhaftung“ wird vom OGH seit 1969⁷²⁶ in stRsp⁷²⁷ vertreten und von der hA⁷²⁸ auch bestätigt sowie nur vereinzelt abgelehnt.⁷²⁹ Dass das insolvente Unternehmen selbst auch einen „eigenen“ Schadenersatzanspruch gegen einen rechtswidrig und schuldhaft die Insolvenz verschleppenden Geschäftsleiter hat, ergibt sich bereits aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht und der damit zusammenhängenden Legalitätspflicht (s oben Pkt 2.2.4) sowie dem noch im nächsten Pkt zu behandelnden gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverbot (s unten Pkt 7.4).⁷³⁰

Die eine Zeit lang noch in der Lit geführte Diskussion⁷³¹ über die vom Schutzzweck erfassten Gläubigergruppen ist mittlerweile vom OGH in stRsp⁷³² ausgeräumt. Sowohl die vor einer Quotenverschlechterung zu schützenden Altgläubiger als auch die vor einem Vertrauensschaden zu schützenden Neugläubiger sind vom Schutzzweck erfasst.⁷³³

6.4.2. Altgläubiger

„Altgläubiger“ sind solche, die zum Zeitpunkt der gebotenen Insolvenzantragstellung bereits Gläubiger des schuldnerischen Unternehmens waren.⁷³⁴ Deren Schaden liegt in der aufgrund

⁷²⁴ OGH 8 Ob 117/15m ecolex 2016/93; 8 Ob 624/88 wbl 1990, 348 (*Dellinger*); 9 ObA 416/97k ecolex 1998, 767 (*J. Reich-Rohrwig*); RIS-Justiz RS0027441; *Schumacher* in KLS § 69 Rz 60.

⁷²⁵ OGH 10 Ob 5/11z ZIK 2011, 112; RIS-Justiz RS0027441; *Schumacher* in KLS § 69 Rz 60; aA mit beachtlichen Argumenten *Trenker* in *Konecny* 97 (111), nach welchem § 69 Abs 3 IO sehr wohl auch unmittelbar dem Schutz des materiell insolventen Rechtsträgers dient und daher auch als Schutzgesetz zu Gunsten der jeweiligen Schuldnerin zu qualifizieren sei, weil ja (auch) das Vermögen der insolventen Gesellschaft vor einem schadensträchtigen „Weiterwursteln“ zu schützen sei (nach *Trenker* sei die Rsp somit nur so zu verstehen, dass die Gesellschaft keinen deliktischen Anspruch auf den Quotenschaden habe, was sich aber einfach daraus ergebe, dass der Gesellschaft ein anderer als der Quotenschaden entstanden sei); nachdem die Geschäftsleitung schon aufgrund ihrer Legalitätspflicht zur Befolgung des § 69 Abs 3 IO verpflichtet ist und bei Verletzungen gegenüber der Gesellschaft aus einer Sorgfaltspflichtenverletzung haftet, bleibt die Diskussion mE im Ergebnis wohl eine rein dogmatische.

⁷²⁶ OGH 6 Ob 159/69 JBl 1972/141 (*Ostheim*).

⁷²⁷ Jüngst OGH 8 Ob 117/15m ecolex 2016/93; RIS-Justiz RS0065125; RS0027441; RS0027475.

⁷²⁸ Für alle: *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 737.

⁷²⁹ *Schummer* in FS Koppensteiner zum 65. Geb 211 (211 ff); *Harrer*, Haftungsprobleme 57 ff.

⁷³⁰ Siehe zu all dem auch *Trenker* in *Konecny* 97 (97 ff).

⁷³¹ Vgl nur *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* II⁴ § 69 KO Rz 109 ff; krit *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 86 ff (Stand 1. 12. 2005, rdb.at).

⁷³² OGH 4 Ob 31/07y RWZ 2007, 169 (*Wenger*) = GesRZ 2007, 266 (*Schopper*) = ÖBA 2007, 998 (*Koziol*) = GES 2008, 4 (*Schopper*) = GesRZ 2009, 317 (mit ausf Begründung *Schmidt*); 1 Ob 134/07y GES 2008, 4 (*Schopper*); 2 Ob 117/12p ZIK 2013, 117; RIS-Justiz RS0122035; RS0027441.

⁷³³ Vgl zu allem nur *Schumacher* in KLS § 69 Rz 60.

⁷³⁴ Für viele *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 741.

der verspäteten Insolvenzantragstellung erfolgten Quotenverschlechterung und daher im sog Quotenschaden.⁷³⁵

Solange das Insolvenzverfahren noch nicht rechtskräftig aufgehoben ist, macht gem § 69 Abs 5 IO der Insolvenzverwalter den Quotenschaden für die Gesamtgläubigerschaft geltend, einzelne Gläubiger sind in dieser Phase *nicht* aktivlegitimiert.⁷³⁶ Dadurch soll eine doppelte Liquidation desselben Schadens vermieden werden.⁷³⁷ Im Detail ist die Frage der Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters für den Quotenschaden der *Gläubiger* iSd § 69 Abs 5 IO aber noch umstritten, wobei die überwiegende Lit diese zu bejahen scheint.⁷³⁸ Der OGH hat diese Frage bis dato offengelassen.⁷³⁹ *Trenker* hat die Frage der Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters für den Quotenschaden der Gläubiger zuletzt mE überzeugend verneint, da für die Geltendmachung des Gesamtgläubigerschadens mit § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG bzw § 84 Abs 3 Z 6 AktG (s dazu sogleich Pkt 7) jedenfalls für GmbH und AG bereits ein eigener anspruchsbegründender Tatbestand bestehe.⁷⁴⁰

6.4.3. Neugläubiger

Die Insolvenzantragspflicht dient nach mittlerweile stRsp auch dem Zweck, insolvente Gesellschaften aus dem Verkehr zu ziehen.⁷⁴¹ Gläubiger, die in dieser Phase (also *nachdem* die Antragstellung geboten war) neu mit dem insolventen Unternehmen kontrahieren (sog „Neugläubiger“), werden in ihrem Vertrauen darauf verletzt, dass gerade solche Unternehmen nicht mehr Teil des Rechtsverkehrs sein sollten.⁷⁴² Diese können dementsprechend ihren Vertrauensschaden geltendmachen.⁷⁴³ Neugläubiger können ihren

⁷³⁵ RIS-Justiz RS0023910; Details zur Berechnung können in diesem Rahmen unterbleiben; eine gute Übersicht bieten: *Schumacher* in KLS § 69 Rz 72 ff mwN; *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 742.

⁷³⁶ OGH 3 Ob 34/97i ecolex 1998, 774 (zust *J. Reich-Rohrwig*); OGH 1 Ob 144/01k, *Intercontinentale*, RdW 2002, 342; *Schumacher* in KLS § 69 Rz 74.

⁷³⁷ *Trenker* in *Konecny* 97 (100). Die Regelung des § 69 Abs 5 IO gilt nach manchen in der Lit auch für die Konkurrenz hinsichtlich anderer Anspruchsgrundlagen wie zB Quotenschadenersatzansprüche, die auf § 159 Abs 2 StGB iVm § 1311 ABGB gestützt werden; s dazu *Dellinger*, ÖBA 2010, 685; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 41; ähnlich *Artmann* in *Kalss/Rüffler*, GmbH-Konzernrecht 104; *Schumacher* in KLS § 69 Rz 94.

⁷³⁸ Lt *Schumacher* in KLS § 69 Rz 95 mit Verweis auf *dens* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* II⁴ Rz 149 sei dies nach wie vor zutr, weil andernfalls der Quotenschaden seine Durchsetzbarkeit in der Praxis verlieren würde, weil einzelne Gläubiger diesen idR nicht geltend machen würden; ähnlich *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 35.

⁷³⁹ OGH 9. 11. 2006, 6 Ob 72/06s; OGH 8 Ob 108/08b GES 2009, 269 (*Jaufer*).

⁷⁴⁰ Eine doppelte Anspruchsgrundlage sei daher überschießend – s ausf *Trenker* in *Konecny* 97 (119 ff) mit Darstellung der Diskussion; s bereits zust *Gassner/Wabl*, ecolex 2018, 908 (908 FN 10); einen Überblick bietend ebenso *Dobner* in *Eberhardt/Gurmann* 94 (125 ff). Ob dies auch für andere Gesellschaftsformen wie etwa Privatstiftungen zutrifft, wäre noch zu untersuchen.

⁷⁴¹ RIS-Justiz RS0122035, OGH 4 Ob 31/07y RWZ 2007, 169 (*Wenger*); OGH 2 Ob 117/12p ZIK 2013, 117.

⁷⁴² Für viele *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 741.

⁷⁴³ Siehe dazu etwa *Schumacher* in KLS § 69 Rz 77 ff mwN; daneben kommen nach *Kodek* in *Konecny* 165 (178) auch weitere Schäden wie etwa der Ersatz des Wert des Sicherungsguts bei Eingriff in ein Sicherungsrecht (zB Absonderungsrecht oder Warenlieferung unter Eigentumsvorbehalt) in Frage.

individuellen Schaden auch während laufendem Insolvenzverfahren (und daher trotz § 69 Abs 5 IO) direkt gegenüber der Geschäftsleitung geltend machen.⁷⁴⁴

7. Zahlungsverbot bei materieller Insolvenz

7.1. Telos

§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG bzw die aktienrechtliche Parallelbestimmung des § 84 Abs 3 Z 6 AktG schaffen einen besonderen gesetzlichen Haftungstatbestand für Zahlungen, die von Geschäftsleitern *nach* Eintritt der materiellen Insolvenz geleistet werden (sog Zahlungsverbot). Gleich wie die Bestimmung der allgemeinen Sorgfaltspflicht besteht auch dieser Sondertatbestand schon seit den Anfängen des GmbHG bzw AktG (s oben Pkt 2.1).

Bei der zuvor in Pkt 6 behandelten Insolvenzantragspflicht geht es im Kern darum, die rechtzeitige Insolvenzantragstellung durch die Geschäftsleitung sicherzustellen und dadurch insb die Interessen der Gläubiger zu schützen. Nachdem Geschäftsleiter innerhalb der gesetzlichen Sanierungsfrist aber einen aussichtsreich und realisierbar erscheinenden Sanierungsversuch unternehmen können oder im Einzelfall sogar müssen (s oben Pkt 6.3.2), ergibt sich ein offenkundiges Spannungsverhältnis zwischen Gläubigerschutz und der Verfolgung realistischer Sanierungschancen.⁷⁴⁵ Das Zahlungsverbot soll das auch bei einem zulässigen Sanierungsversuch während materieller Insolvenz weiterhin geltende Prinzip der *par condicio creditorum* und das Interesse der Gläubigergesamtheit an einer gleichmäßigen Befriedigung schützen.⁷⁴⁶ Damit soll das typische Risiko, das eine Unternehmensfortführung in *statu cridae* für die Gesellschaftsgläubiger birgt, kompensiert werden.⁷⁴⁷

Obwohl es beim Zahlungsverbot um den Gläubigerschutz geht, handelt es sich um einen gesellschaftsrechtlichen und über die Innenhaftung abzuwickelnden Haftungstatbestand (s dazu noch unten Pkt 7.4).

Unzweifelhaft hält auch das Gesellschaftsrecht Geschäftsleiter zur rechtzeitigen Stellung eines Insolvenzantrags an.⁷⁴⁸ Der im Falle der verspäteten Antragstellung verursachte Schaden kann im Insolvenzverfahren durch den Insolvenzverwalter als Teil der

⁷⁴⁴ Deren Schaden ist von den Schäden der Gesellschaft und des Gläubigerkollektivs unabhängig, weshalb ihre individuelle Verfolgung zu keinen „Doppelgleisigkeiten“ führt, s etwa *Trenker in Konecny* 97 (101).

⁷⁴⁵ *Gassner/Wabl*, *ecolex* 2018, 908 (909); *Dellinger in Konecny/Schubert*, *Insolvenzgesetze* § 69 KO Rz 22 (Stand 1. 12. 2005, *rdb.at*); *J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter*, *WK GmbHG* § 25 Rz 124 (Stand 1. 6. 2015, *rdb.at*).

⁷⁴⁶ OGH 6 Ob 164/16k GES 2017, 367 Pkt 2.2.2; *Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1168); *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger II*⁴ § 69 KO Rz 36; *Gassner/Wabl*, *ecolex* 2018, 908 (909); s dazu bereits oben Pkt 6.1.

⁷⁴⁷ *Trenker in Konecny* 97 (105), der einen Vergleich zu den Anfechtungstatbeständen der §§ 30, 31 IO zieht, die gleich wie das Zahlungsverbot verhindern möchten, dass der Schuldner die Befriedigungsaussichten des Gläubigerkollektivs in *statu cridae* verschlechtert, indem er entweder einzelne Gläubiger bevorzugt oder sonst masseschmälernde nachteilige Rechtshandlungen oder -geschäfte setzt.

⁷⁴⁸ *Kraus/U. Torggler in U. Torggler*, *GmbHG* § 25 Rz 14 mwN.

Insolvenzmasse⁷⁴⁹ geltend gemacht werden und kommt auf diesem Wege indirekt den Gläubigern zu Gute (Haftungskanalisation).⁷⁵⁰

Die Haftungsfolge einer Insolvenzverschleppung ist intuitiv zuallererst der dadurch verursachte Betriebsverlust nach dem allgemeinen Haftungstatbestand des § 25 Abs 2 GmbHG.⁷⁵¹ Diese greift aber nicht, wenn kein Betriebsverlust eintritt, sondern „lediglich“ die Insolvenzmasse geschmälert wird. Werden zB durch die Gesellschaft Verbindlichkeiten getilgt, führt dies idR zu einer reinen Bilanzkürzung und daher keinem Betriebsverlust.⁷⁵² Der Kuchen für die Gläubigergesamtheit und ihre Befriedigungschancen werden aber kleiner.⁷⁵³ Hier kommt das Zahlungsverbot ins Spiel, das der Gesellschaft einen Schadenersatzanspruch gegen die Geschäftsleitung ermöglicht, obwohl diese eigentlich gar keinen (Betriebs-)Verlust erlitten hat, sondern es die Gläubiger sind, die geschädigt wurden.⁷⁵⁴ Der Schaden liegt in dem durch die Schmälerung der Insolvenzmasse zu Gunsten einzelner Gläubiger (und daher in Verletzung des ab Eintritt der materiellen Insolvenz geltenden Grundsatzes *par condicio creditorum*, s bereits zuvor) entstandenen Gesamtgläubigerschaden.⁷⁵⁵ Auch die Ausgestaltung des Schadenersatzanspruchs zugunsten der Gesellschaft (s noch unten Pkt 7.4) kann daher an ihrem schlussendlich gläubigerschutzorientierten Telos nichts ändern.⁷⁵⁶

Durch die Kombination der gesellschaftsrechtlichen Abwicklung sowohl des Betriebsverlusts als auch des Gesamtgläubigerschadens über das Gesellschaftsvermögen ist im Grunde sichergestellt, dass der Quotenschaden der Gesellschaftsgläubiger bereits auf diesem Wege ersetzt wird und trotz § 69 Abs 5 IO keine Haftungslücke besteht.⁷⁵⁷

Trotz der immensen praktischen Relevanz des Zahlungsverbots hat es überraschender Weise bis zur diesbezüglichen Leit-E OGH 6 Ob 164/16k gedauert, dass zumindest in einigen Pkten mehr Klarheit geschaffen und Geschäftsleitern eine gewisse Richtschnur für die Unternehmensfortführung während der Sanierungsfrist gegeben wurde.⁷⁵⁸ Die Abwägung

⁷⁴⁹ RIS-Justiz RS0059592.

⁷⁵⁰ OGH 6 Ob 164/16k GES 2017, 367 Pkt 2.1.; *Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 12; *Gassner/Wabl*, *ecolex* 2018, 908 (909); zum zentralen Prinzip der Haftungskanalisation s bereits oben Pkt 2.1.3.

⁷⁵¹ Ausf dazu allen voran *Trenker* in *Konecny* 97 (97 ff); s auch *Gassner/Wabl*, *ecolex* 2018, 908 (909) sowie OGH 6 Ob 164/16k GES 2017, 367 Pkt 2.1. Ein zu ersetzender Betriebsverlust kann sogar höher als der verursachte Gesamtgläubigerschaden sein (s nur *Trenker*, JBl 2018, 354 [360 ff]).

⁷⁵² OGH 6 Ob 164/16k GES 2017, 367 Pkt 2.1. ff; *Trenker* in *Konecny* 97 (102 ff); *Gassner/Wabl*, *ecolex* 2018, 908 (909); s auch schon *Dellinger*, Vorstand 234.

⁷⁵³ *Gassner/Wabl*, *ecolex* 2018, 908 (909).

⁷⁵⁴ Ausdrücklich OGH 6 Ob 164/16k GES 2017, 367 Pkt 2.1. mit Verweis auf *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613 (614); s auch *Dellinger*, ÖBA 2018, 733; *Schumacher* in KLS § 69 Rz 85 f; ausf *Trenker*, JBl 2018, 354 (357 ff) u 434 (434 ff).

⁷⁵⁵ OGH 6 Ob 164/16k GES 2017, 367 Pkt 2.2.1. ff; dieser ist lt OGH deutlich schwieriger festzustellen als der Betriebsverlust.

⁷⁵⁶ Zutr *Trenker* in *Konecny* 97 (103).

⁷⁵⁷ *Gassner/Wabl*, *ecolex* 2018, 908 (909); s zur Differenzierung der unterschiedlichen Schadenspositionen und Anspruchsgrundlagen ausf *Trenker* in *Konecny* 97 (97 ff).

⁷⁵⁸ OGH 6 Ob 164/16k GES 2017, 367; *Trenker* in *Konecny* 97 (97) (aus ihrem „Dörrröschenschlaf“ geweckt); s zu dieser in der Lit vieldiskutierten E auch *Gassner/Wabl*, *ecolex* 2018, 908; *Kodek* in *Konecny* 165 (170 ff);

sowie der Balanceakt zwischen (letztem) Sanierungsversuch und drohender Haftung bleiben aber im Einzelfall schwierig, und Geschäftsleiter befinden sich oft in einem Dilemma.⁷⁵⁹ Die bei materieller Insolvenz bestehenden Pflichten werden daher in der Lit mE zutr als oftmals unübersichtlich und teils sogar gegenläufig⁷⁶⁰ bezeichnet und es wird auf ein mögliches „Wespennest“ ungeklärter Probleme hingewiesen.⁷⁶¹

Im Folgenden wird auf die für die gegenständliche Arbeit relevanten Aspekte zum Zahlungsverbot eingegangen.⁷⁶²

7.2. Pflichtenauslöser

Das Zahlungsverbot beginnt mit dem Eintritt der materiellen Insolvenz (also bei Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung, s dazu bereits oben Pkt 6.2) und nicht erst mit der aufgrund einer zulässigen Ausnutzung der Sanierungsfrist allenfalls erst später tatsächlich gebotenen Insolvenzantragstellung. In § 84 Abs 3 Z 6 AktG ist das bereits explizit vorgesehen. In seiner bereits zitierten Leit-E hat der OGH die bereits davor bestehende hA⁷⁶³ bestätigt, dass trotz der abweichenden Formulierung in § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG („nach dem Zeitpunkt, in dem sie die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu begehren verpflichtet waren“) auch bei der GmbH ders Zeitpunkt anzusetzen ist, da eine unterschiedliche Behandlung nicht rechtfertigbar wäre.⁷⁶⁴ Gleich wie bei der Insolvenzantragspflicht⁷⁶⁵ ist mE auch hier nicht auf den objektiven *Eintritt* des Insolvenzgrundes, sondern auf dessen objektive *Erkennbarkeit* abzustellen.

7.3. Pflichteninhalt

7.3.1. Umfang des Zahlungsverbots

Um die Gesellschaftsgläubiger vor dem Risiko einer Unternehmensfortführung in *statu cridae* zu schützen, müssen unzulässige Vermögensabflüsse und Umgehungen im weitestmöglichen Sinn verhindert werden. Dementsprechend wird nach der nunmehr auch vom OGH bestätigten hL der im Gesetz verwendete Begriff der „Zahlung“ weit verstanden

Jaufer/Painsi, GES 2018, 172; *Csoklich*, ZIK 2018, 8. Ganz anders war und ist dies in Deutschland, wo sich der BGH bereits mehrfach mit der deutschen Parallelregelung auseinandergesetzt hat; jüngst etwa wieder in BGH II ZR 247/17 ZIP 2004, 1047; ebenso BGH II ZR 319/15 NZI 2017, 809 (*Schädlich*); BGH II ZR 394/13 ZIP 2016, 1119. Mit dem SanInsFoG hat sich im deutschen Recht auch zum Zahlungsverbot einiges geändert (s unten Pkt D 8.2.2.2).

⁷⁵⁹ *Gassner/Wabl*, ecolex 2018, 908 (911 f).

⁷⁶⁰ *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 690.

⁷⁶¹ *Trenker* in *Konecny* 97 (97), der hier insb auf die potentiellen Schadenspositionen Betriebsverlust, Quotenschaden und die aus dem Zahlungsverbot potentiell unzulässigen Zahlungen nennt.

⁷⁶² Einen tieferen Überblick bieten etwa: *Trenker* in *Konecny* 97 (97); *Gassner/Wabl*, ecolex 2018, 908 (908 ff); *Reisch* in *Lichtkoppler/Reisch*² 215 (223 f); *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 84 Rz 707 ff; *Dellinger*, Vorstand 236 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 9; *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1167 f); *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613 (626 f).

⁷⁶³ Siehe nur *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1167 FN 85); *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613 (624 mwN).

⁷⁶⁴ RIS-Justiz RS0131905; OGH 6 Ob 164/16k GES 2017, 367 Pkt 1.2.

⁷⁶⁵ Siehe dazu bereits oben Pkt 6.2.1.

und darunter *jede* dem Geschäftsleiter zurechenbare Handlung oder Unterlassung subsumiert, die zu einer Schmälerung der Aktiva bzw der Masse führt.⁷⁶⁶

Beispiele unzulässiger „Zahlungen“ sind daher etwa Zahlungen im herkömmlichen Sinn durch Barzahlung, Überweisungen etc, Lieferung von Waren, Schaffung von Aufrechnungslagen, Reduzierung des Kreditsaldos bei einer Bank, Bestellung von Sicherheiten oder Transaktionen im Konzernverbund wie Zahlungen im Rahmen eines Cash-Pooling-Systems, Gewährung/Rückzahlung eigenkapitalersetzender Darlehen oder Ähnliches.⁷⁶⁷

Vorgänge, die nicht die *par condicio creditorum* verletzen, aber in sonstiger Weise schädlich sind (zB Eingehung neuer Verbindlichkeiten,⁷⁶⁸ Unterlassung der Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses oder Verlust bringender Fortbetrieb) sind hingegen *nicht* unter das Zahlungsverbot, sondern unter die Generalklauseln des § 25 Abs 2 GmbHG bzw § 84 Abs 2 AktG zu subsumieren (s dazu bereits oben Pkt 7.1).⁷⁶⁹

Um dem klagenden Insolvenzverwalter die schwierige Darlegung und Beweisführung hinsichtlich des verursachten Gesamtgläubigerschadens zu erleichtern, stellt der OGH klar, dass der Schadensumfang in Höhe des massemindernden Vermögensabflusses durch einzelne Zahlungen widerleglich vermutet wird.⁷⁷⁰ Umgekehrt ergibt sich daraus, dass der aufgrund des Zahlungsverbots zu ersetzende Schaden nie höher sein kann, als der Quotenschaden der Gesamtgläubigerschaft.⁷⁷¹

7.3.2. Ausnahmen und Einschränkungen

Um die Möglichkeit eines Sanierungsversuchs innerhalb der gesetzlichen Sanierungsfrist nicht *ad absurdum* zu führen, müssen diejenigen Zahlungen, die für einen solchen Sanierungsversuch sowie zur Vermeidung des sofortigen Zusammenbruchs der Gesellschaft

⁷⁶⁶ OGH 6 Ob 164/16k GES 2017, 367 (Pkt 3.1. mit Verweis auf die schon davor von *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1168) angeführte hL); *Schopper* in *Haberer/Krejci* 615 (Rz 16.87); *Jaufer*, Unternehmen³ 164; *Binder* in *Ratka/Rauter* 200 (Rz 3/48 mwN); s dazu auch *Gassner/Wabl*, ecolex 2018, 908 (909); *Trenker* in *Konecny* 97 (105); ebenso bereits *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 140 mwN (Stand 1. 6. 2015, rdb.at).

⁷⁶⁷ Auflistung entnommen aus *Gassner/Wabl*, ecolex 2018, 908 (909). Spezialfragen ergeben sich insb bei debitorischen Bankkonten, die gegenständlich aber nicht näher zu vertiefen sind (s dazu OGH 6 Ob 164/16k GES 2017, 367 Pkt 3.2.1. ff sowie ausf *Trenker* in *Konecny* 97 [126 ff]).

⁷⁶⁸ OGH 6 Ob 164/14k GES 2017, 367 Pkt 3.1.

⁷⁶⁹ *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1169); s auch *Trenker* in *Konecny* 97 (102 ff) sowie *Gassner/Wabl*, ecolex 2018, 908 (909). Zusätzlich droht Haftung gegenüber Neugläubigern für einen verursachten Vertrauensschaden (vgl *Binder* in *Ratka/Rauter* 200 [Rz 3/49 mwN]).

⁷⁷⁰ OGH 6 Ob 164/14k GES 2017, 367 Pkt 2.3.2. ff mit Verweis darauf, dass dies bereits in seiner Vorentscheidung 5 Ob 38/72 implizit zum Ausdruck komme sowie auch mit ausdrücklichem Verweis auf *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613 (614, 617) sowie die deutsche Diskussion.

⁷⁷¹ *Trenker* in *Konecny* 97 (132 ff) mwN, nach welchem die Gesetzesbestimmung nunmehr zu einer Vermutung des Gläubigerschadens in Höhe der einzelnen Zahlungen „zurechtgestutzt“ worden sei.

unbedingt erforderlich sind (zB Miete, Energierechnungen, Abgaben und Sozialversicherungsbeiträge, Lohnzahlungen), auch zulässig sein.⁷⁷²

§ 84 Abs 3 Z 6 AktG stellt in dieser Hinsicht klar, dass jene Zahlungen vom Verbot auszunehmen sind, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind. Im GmbHG fehlt eine solche Regelung zwar, jedoch ist der Ausnahmetatbestand lt OGH (auch hier der schon davor bestehenden hL⁷⁷³ folgend) analog im GmbH-Recht anzuwenden.⁷⁷⁴ Zentral ist aber, dass nur Zahlungen *innerhalb* der Sanierungsfrist erfasst sein können⁷⁷⁵ und diese dem Sanierungszweck entsprechen müssen.⁷⁷⁶

Als zulässig nennt der OGH explizit Zahlungen in Erfüllung zweckmäßiger Zug-um-Zug-Geschäfte (zB Waren- oder Materiallieferungen) sowie Zahlungen von Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung, weil Geschäftsleiter bei Nichtzahlung Strafe nach § 153c StGB befürchten müssen.⁷⁷⁷ Zulässig sind schließlich auch Zahlungen an ohnehin voll zu befriedigende Aus-, Absonderungs- oder Aufrechnungsberechtigte in Höhe des Werts des Aussonderungs-/Sicherungsguts bzw der Gegenforderung.⁷⁷⁸

Aufgrund der zuvor in Pkt 7.3.1 angeführten widerlegbaren Vermutung des zu ersetzenden Schadens mit der Höhe der verbotenen Zahlungen obliegt es aber dem belangten Geschäftsleiter zu beweisen, dass der tatsächliche Gläubigernachteil (Quotenverringerung) geringer war⁷⁷⁹ bzw sonstige schadensmindernde Tatsachen wie etwa den Vermögensabfluss verringernde Gegenleistungen zu berücksichtigen sind.⁷⁸⁰

⁷⁷² Lt *Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1169 f) müsse beim zulässigen Sanierungsversuch die Erfüllung *aller* notwendigen Zahlungsverpflichtungen zulässig sein und Geschäftsleiter seien diesbezüglich nicht zur Gleichbehandlung der Gläubiger verpflichtet, weil dies ansonsten mit der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes auch gar nicht vereinbar wäre (dort insb in Erwiderung von *Koppensteiner*, GmbHG² § 25 Rz 9, der noch vertritt, dass durch das Zahlungsverbot die Fortführung des Unternehmens innerhalb der Sanierungsfrist „in aller Regel unmöglich gemacht“ werde).

⁷⁷³ *Dellinger*, Vorstand 234 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 9 mwN; *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613 (626).

⁷⁷⁴ OGH 6 Ob 164/16k GES 2017, 367 Pkt 1.3.; RIS-Justiz RS0131905; s auch *Schumacher* in KLS § 69 Rz 86 mwN; mE ergibt sich bei einem Verständnis des Zahlungsverbots als verschuldensabhängige Schadenersatznorm das Erfordernis eines Verschuldens auch schon auf Basis allgemeiner schadenersatzrechtlicher Grundsätze (die diesbezügliche Bestimmung in § 84 Abs 3 Z 6 AktG ist daher mE nur deklaratorischer Natur).

⁷⁷⁵ OGH 6 Ob 164/16k GES 2017, 367 Pkt 1.3.

⁷⁷⁶ *Schumacher* in KLS § 69 Rz 87.

⁷⁷⁷ OGH 6 Ob 164/16k GES 2017, 367 Pkt 1.3.

⁷⁷⁸ OGH 6 Ob 164/16k GES 2017, 367 Pkt 1.3; *Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1169).

⁷⁷⁹ *Trenker in Konecny* 97 (134) bezeichnet den dem Geschäftsleiter auferlegten Nachweis eines geringeren Quotenschadens als „*probatio diabolica*“.

⁷⁸⁰ Mehr dazu etwa in *Gassner/Wabl*, *ecolex* 2018, 908 (911), wo aber irrtümlicher Weise auch ein erzielter Betriebsgewinn als die Haftung aus dem Zahlungsverbot mindernd genannt wird – tatsächlich wirkt der Betriebsgewinn aber „nur“ schadensmindernd bei einer Haftung nach § 25 Abs 2 GmbHG für den Betriebsverlust (zutr *Trenker in Konecny* 97 [134 ff u insb 140]).

7.3.3. Ermessen und BJR

Nachdem anerkannt ist, dass mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters im Einklang stehende Zahlungen *nicht* haftungsbegründend sind, stellt sich auch hier (ähnlich wie zuvor in Pkt 6.3.3) die Frage des unternehmerischen Ermessens und der Anwendbarkeit der BJR. Ähnlich wie bei der BJR wird auch die zuvor in Pkt 7.3.2 behandelte Haftungsbegrenzung in der Lit mitunter als *safe harbour* bezeichnet.⁷⁸¹

Anders als etwa bei der Insolvenzantragspflicht wird beim Zahlungsverbot, bzw genauer gesagt bei den *einzelnen* Zahlungen die BJR als grds anwendbar angesehen.⁷⁸² Bei einer Überschreitung der Sanierungsfrist gilt sie nach der Lit aber nicht mehr,⁷⁸³ was mE ebenso für das von vornherein unzulässige Ausnutzen der Frist oder die unzulässige Fortsetzung eines Sanierungsversuchs nach Aussichtslosigkeit gelten muss. Diese Ansicht spricht mE auch für die bereits iZm der Insolvenzantragspflicht und der Fortbestehensprognose angedachte Lösung einer differenzierten Betrachtung, bzw könnte eine solche sogar bestätigen. Zwischen der Entscheidung, ob eine einzelne Zahlung getätigt wird (ob sie daher zB für die Fortführung und Sanierung notwendig ist) und der generellen Entscheidung über den Sanierungskurs und daher auch die Ausnutzung der Sanierungsfrist selbst besteht mE im Ergebnis nämlich kein wirklicher Unterschied. Wenn Lohnzahlungen an Mitarbeiter trotz des Zahlungsverbots im Grundsatz der BJR unterliegen, warum sollte selbiges dann nicht auch für die Entscheidung gelten, dass diese Mitarbeiter nicht gekündigt werden oder der betroffene Betriebsteil nicht geschlossen wird?⁷⁸⁴ Diese Entscheidungen und die diesbezüglichen Zahlungen fließen schließlich in den (etwa im Rahmen einer Fortbestehensprognose) zu erstellenden Finanzplan ein, der mE im Grundsatz ebenso der BJR unterliegt (s bereits Pkt 6.3.3.2). Es handelt sich durchwegs um unternehmerische Entscheidungen, bei denen der Geschäftsleitung ein durch die zwingenden insolvenzrechtlichen Leitplanken deutlich eingeschränktes, aber dennoch bestehendes Ermessen zukommt. Die BJR bleibt daher solange anwendbar, solange diese Leitplanken – wie jede Schranke iZm der Legalitätspflicht – respektiert werden (und daher zB nicht die Sanierungsfrist überschritten oder unzulässiger Weise ausgenutzt wird).

An diesem Ergebnis ändert mE schließlich auch die vom OGH angenommene widerlegliche Vermutung des Gesamtgläubigerschadens mit dem massemindernden Vermögensabfluss nichts (s oben Pkt 7.3.1). Hat ein Geschäftsleiter hinsichtlich einzelner Geschäfte das Prozedere der BJR erfüllt, muss er die Einhaltung des Prozederes nachweisen. Wiederum

⁷⁸¹ Karollus in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1167 f). Ob dieser *safe harbour* der Geschäftsleitung bei der Sanierung in der Praxis genügend Schutz und Anleitung gibt, ist mit Blick auf das in dieser Phase bestehende umfassende Pflichtenprogramm aber zumindestens zweifelhaft (s dazu bereits oben Pkt 7.1).

⁷⁸² Schopper in *Haberer/Krejci* 615 [Rz 16.88]; *U. Torggler*, wbl 2009, 168 (170); *Gassner/Wabl*, ecolex 2018, 908 (911).

⁷⁸³ Schopper in *Haberer/Krejci* 615 (Rz 16.88); *U. Torggler*, wbl 2009, 168 (170); *Gassner/Wabl*, ecolex 2018, 908 (911); *Trenker in Konecny* 97 (108 ff, 111 ff), nach welchem die Haftung in solchen Fällen selbst gegeben sei, wenn einzelne Geschäfte bzw schadensbegründende Entscheidungen isoliert iSd BJR zulässig gewesen sein mögen (iZm dem Zahlungsverbot und dem Betriebsverlust).

⁷⁸⁴ Dasselbe müsste dann etwa auch für Zahlungen an Lieferanten, Berater etc gelten.

nur, aber immerhin dann sind die zu den einzelnen Zahlungen führenden unternehmerischen Entscheidungen (also etwa die Entscheidung, ob eine Zahlung für die Unternehmensfortführung erforderlich ist), einer nachträglichen inhaltlichen Prüfung entzogen.

7.4. Innenhaftung

Die direkte Geltendmachung des Gesamtgläubiger- bzw Quotenschadens stützt sich auf eine Verletzung des Schutzgesetzes der §§ 69 Abs 2, 3 IO, die eine Außenhaftung der Geschäftsleitung ermöglicht. Wie bereits oben in Pkt 6.4 dargestellt, können Gläubiger den erlittenen Quotenschaden gem § 69 Abs 5 IO während des laufenden Insolvenzverfahrens aber nicht direkt gegen die Geschäftsleitung geltend machen, sondern sind auf die Insolvenzmasse verwiesen. Bei der Frage, ob der Insolvenzverwalter tatsächlich den Quotenschaden der Gläubiger geltend machen kann, ist sich die Lit wie in Pkt 6.4.2 gezeigt nicht einig. Jedenfalls im Recht der GmbH und AG scheint die Diskussion aber eher technischer Natur, weil der Gesamtgläubigerschaden dank des Zahlungsverbots wie gleich gezeigt wird zur Gänze auch auf gesellschaftsrechtlichem Wege abgewickelt werden kann.⁷⁸⁵

Wie bereits dargestellt, dient das Zahlungsverbot nämlich wirtschaftlich dem Schutz der Gläubiger, deren Schaden gilt es zu ersetzen. Damit es dennoch beim bereits angesprochenen Konzept der Haftungskanalisation bleibt, fingieren § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG bzw § 84 Abs 3 Z 6 AktG einen Schaden der Gesellschaft, um durch eine Wiederauffüllung der Masse⁷⁸⁶ die Befriedigungsaussichten des Gläubigerkollektivs wiederherzustellen bzw zu verbessern.⁷⁸⁷ Der Zweck des Zahlungsverbots besteht lt OGH somit darin, die verteilungsfähige Vermögensmasse einer insolvenzreifen Gesellschaft im Interesse der Gesamtheit ihrer Gläubiger zu erhalten und eine zu deren Nachteil gehende, bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger zu verhindern.⁷⁸⁸ Wenn ein Insolvenzverwalter durch die Geltendmachung von Betriebsverlust und verbotenen Zahlungen für ein „Wiederauffüllen“ der Masse sorgt, erübrigt sich idR auch ein ursprünglich gegebener Quoten- und damit Gläubigerschaden.⁷⁸⁹

8. Pflichten im Insolvenzverfahren

8.1. Vorbemerkung

Nachdem sich iZm der RIRL auch die Frage des Pflichtenkorsetts innerhalb eines Restrukturierungsrahmens (bzw hinsichtlich der ReO innerhalb eines Restrukturierungsverfahrens) stellt, ist auch ein Blick auf diejenigen Pflichten zu werfen, die

⁷⁸⁵ Gassner/Wabl, *ecolex* 2018, 908 (909); s zur Differenzierung der unterschiedlichen Schadenspositionen und Anspruchsgrundlagen ausf *Trenker in Konecny* 97 (97 ff).

⁷⁸⁶ U. Torggler/Trenker, *JB* 2013, 613 (614).

⁷⁸⁷ Karollus in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1171) mit Verweis auf *Dellinger*, Vorstand 234 f.

⁷⁸⁸ OGH 6 Ob 164/16k GES 2017, 367 Pkt 2.1. mit Verweis auf seine E vom 21. 2. 2013, 9 ObA 138/12b; Karollus in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1145 (1171).

⁷⁸⁹ Siehe dazu ausf inkl Darstellung der Diskussion *Trenker in Konecny* 97 (119 ff u insb 123).

Geschäftsleiter innerhalb eines Insolvenzverfahrens treffen. Nachfolgend wird wiederum nur auf die im gegenständlichen Kontext relevanten Pflichten eingegangen. Insb formelle, insolvenzspezifische Pflichten wie etwa Mitwirkungspflichten (Auskunftserteilungen gem § 99 IO, die Pflicht zur Mitwirkung an der Feststellung der Aktiva (Inventar) und Erstellung eines Vermögensverzeichnisses gem § 100 IO oder Ähnliche)⁷⁹⁰ werden daher nicht behandelt. Diese sind von der Geschäftsleitung bereits im Rahmen ihrer Legalitätspflicht (s oben Pkt 2.2.4) zu befolgen.

8.2. Haftungsrechtliche Zuweisung der Insolvenzmasse

Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird gem § 2 Abs 2 IO das gesamte der Exekution unterworfenen Vermögen des Schuldners (Insolvenzmasse) dessen freier Verfügung entzogen und Rechtshandlungen des Schuldners betreffend die Insolvenzmasse sind gem § 3 Abs 1 IO den Insolvenzgläubigern gegenüber unwirksam. Verfügungen sind (mit Ausnahme des Sanierungsverfahrens mit Eigenverwaltung, s dazu unten Pkt 8.4) nur mehr durch den gem § 114 IO zur Geschäftsführung befugten und verpflichteten Insolvenzverwalter möglich.⁷⁹¹

Gerechtfertigt werden diese Einschränkungen mit der von *Nunner-Krautgasser* überzeugend herausgearbeiteten haftungsrechtlichen Zuweisung der Insolvenzmasse des Schuldners an die Gesamtheit „seiner“ Insolvenzgläubiger.⁷⁹² Das Schutzbedürfnis der Gläubiger, aber auch aller anderen am Verfahren Beteiligten wird durch die direkte und persönliche Haftung des Insolvenzverwalters für die sorgfältige Ausübung seiner *insolvenzspezifischen* Befugnisse gem § 81 Abs 3 IO sichergestellt.⁷⁹³

8.3. Pflicht zur Ausarbeitung eines Sanierungsplans

Die Insolvenzeröffnung im Generellen und die Bestellung eines Insolvenzverwalters im Speziellen bringen daher wesentliche Einschränkungen hinsichtlich der Zuständigkeit und Handlungsfreiheit der Geschäftsleitung. Die Entziehung der Verfügungsgewalt über die Insolvenzmasse ist wohl auch der Grund, warum sich in der IO abgesehen von formalen Mitwirkungspflichten keine mit der Insolvenzmasse zusammenhängenden Pflichtentatbestände für die Geschäftsleitung befinden.

Festzuhalten ist, dass die Insolvenzeröffnung an sich nichts an der gesellschaftsrechtlichen Organisationsstruktur und Organstellung von Geschäftsleitern ändert.⁷⁹⁴ Auch die

⁷⁹⁰ Dazu etwa *Reisch* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 727 (757).

⁷⁹¹ Dazu etwa *Reisch* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 727 (756 ff).

⁷⁹² Dieses Prinzip folgt der inhaltlichen und funktionellen Einordnung des Insolvenzrechts als Haftungsrecht, das ein Instrument zur „Haftungsverwirklichung unter Knappheitsbedingungen“ bilden soll (eine ausf Auseinandersetzung bietet *Nunner-Krautgasser*, Schuld 205 u 308 ff mwN; s auch *Nunner-Krautgasser/Anzenberger*, ZIK 2012, 2 [2]); zust *Wabl*, ZIK 2018, 134 [134]).

⁷⁹³ Siehe nur *Wabl*, ZIK 2018, 134 (134) mit Verweis auf die diesbezügl OGH-Rsp insb RIS-Justiz RS0110545 sowie RS0065416.

⁷⁹⁴ *Jaufer*, GES 2013, 383 (383 ff); *U. Torggler/Trenker* in *Konecny* 73 (insb 113 ff mwN).

gesellschaftsrechtlichen Pflichten (insb § 25 GmbHG bzw § 84 AktG) gelten als solche fort.⁷⁹⁵ Wenn möglich und geboten, gehören zur Sorgfalt eines Geschäftsleiters in der Insolvenz des Unternehmens dabei insb die Fortführung des Unternehmens in Absprache mit und unter Leitung des Insolvenzverwalters, Verhandlungen mit den Gläubigern betreffend einen Sanierungsplan und die Umsetzung des Sanierungsplans.⁷⁹⁶ Die Sondierung der Aussichten eines Sanierungsplans ist wohl sogar *die* Hauptaufgabe der Geschäftsleitung im Insolvenzverfahren.⁷⁹⁷ Führt ein Geschäftsleiter die Gesellschaft daher in ein Konkursverfahren, obwohl ein Sanierungsverfahren bzw zumindest ein später gestellter Sanierungsplan möglich und im Sinne bzw zum Wohle der Gesellschaft wäre, handelt er idR sorgfaltswidrig.⁷⁹⁸ Im Endeffekt gilt also mit den insolvenzrechtlich zwangsläufig gegebenen Beschränkungen bereits das in Pkt 3.3 zur Sanierungsverantwortung Gesagte. Daraus folgt aber auch, dass die Pflicht zur Ausarbeitung und Vorlage eines Sanierungsplans nicht gegenüber den Gläubigern, sondern der Gesellschaft geschuldet wird, der schließlich auch ein allfälliger Haftungsanspruch zusteht (s oben Pkt 3.3.4 zur Innenhaftung). Gleich wie die Insolvenzantragspflicht (s oben Pkt 6.3.3) halten auch die insolvenzverfahrensrechtlichen Bestimmungen die Geschäftsleitung nicht zu einer bestimmten Verfahrenswahl an. Das bleibt dem Gesellschaftsrecht überlassen. Daraus ist aber auch zu schließen, dass, selbst wenn ein Sanierungsplan idR auch im Interesse der Gläubiger liegen wird, die Geschäftsleitung auch im Insolvenzverfahren nach wie vor nach allgemeinen Grundsätzen (jedenfalls auch) dem Unternehmenswohl (s oben Pkt 2.2.5.2) verpflichtet ist. Die Geschäftsleitung haftet im Falle des Falles somit nicht, weil die Gläubiger durch den Sanierungsplan etwa eine höhere Quote erhalten hätten, sondern weil ein Sanierungsplan im Unternehmenswohl gelegen wäre.⁷⁹⁹

8.4. Masseverwaltergleiche Haftung der Geschäftsleitung im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung?

Insolvenzverwalter (daher Masse- und Sanierungsverwalter) sind gem § 81 Abs 3 IO allen Beteiligten für Vermögensnachteile, die sie ihnen durch pflichtwidrige Führung ihres Amtes verursachen, verantwortlich. Die Haftung greift unmittelbar gegenüber den Beteiligten, beschränkt sich auf die Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten⁸⁰⁰ und wird mitunter als zu streng bezeichnet.⁸⁰¹

⁷⁹⁵ Reisch in Kalss/Frotz/Schörghofer 727 (756); C. Fritz/Schauer, SWK-Spezial (2009) 121 f.

⁷⁹⁶ Reisch in Kalss/Frotz/Schörghofer 727 (745).

⁷⁹⁷ Zutr U. Torggler/Trenker in Konecny 73 (75).

⁷⁹⁸ Zutr Reisch in Lichtkoppler/Reisch² 215 (230).

⁷⁹⁹ IdR wohl weil er die Fortführung desselben ermöglicht hätte. Diese Unterscheidung macht insb bei der Schadensberechnung einen großen Unterschied, würde es doch bei der Gläubigerperspektive um die entgangene Quotendifferenz, aus der Gesellschaftsperspektive aber um den *eigenen* Schaden der Gesellschaft gehen.

⁸⁰⁰ stRsp, RIS-Justiz RS0110545.

⁸⁰¹ Riel, ecolex 2018, 632 (634), spricht in Reaktion auf OGH 1 Ob 235/16i ZIK 2017/297 sowie OGH 8 Ob 10/16b ZIK 2017/196 gar von einer „Art Haftungsautomatik“.

Aus Anlass einer relativ jungen E des BGH IX ZR 238/17⁸⁰² habe ich in einem Aufsatz folgende Frage gestellt: „Haften Geschäftsleiter im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung wie Masseverwalter?“⁸⁰³ Im BGH-Sachverhalt hat die Geschäftsführung einer eigenverwaltenden GmbH & Co KG durch Warenbestellung eine Masseforderung begründet, die später nicht bezahlt werden konnte.⁸⁰⁴ Der BGH bejahte im Grundsatz⁸⁰⁵, dass der betroffene Massegläubiger von der Geschäftsführung aufgrund des erlittenen Forderungsausfalls direkt Schadenersatz fordern könne, weil die Geschäftsführung aufgrund der Eigenverwaltung analog zu §§ 60, 61 dInsO wie ein Insolvenzverwalter hafte.⁸⁰⁶ Ein wesentliches Argument des BGH war, dass im Vergleich zum Regelinsolvenzverfahren eine Haftungslücke bestehe, wenn man lediglich gesellschafts- und zivilrechtliche Prinzipien anwende (diese führen auch nach deutschem Recht idR lediglich zu einer Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft und zu keiner direkten Haftung gegenüber dem geschädigten Gläubiger).⁸⁰⁷ Eine Haftungsgleichstellung von Regelinsolvenzverfahren und Insolvenzverfahren mit Eigenverwaltung sei erforderlich, um Nachteile für die Gläubiger zu vermeiden.⁸⁰⁸

Auch wenn sich die Regelungen der dInsO und der IO zur Eigenverwaltung in einigen Aspekten unterscheiden und dem eigenverwaltenden Schuldner in Deutschland weitere Befugnisse als nach der IO zukommen, kam ich in meinem Aufsatz zum Ergebnis, dass die vom BGH gezogenen Schlussfolgerungen im Ergebnis auch auf die IO umzulegen sind. Diese Ansicht habe ich wesentlich damit begründet, dass die mit Insolvenzeröffnung haftungsrechtlich den Gläubigern zugewiesene Insolvenzmasse⁸⁰⁹ im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung gemeinsam durch den gerichtlich bestellten Sanierungsverwalter und den Schuldner (bzw dessen Organe) verwaltet wird. Die zu verwaltende Masse und das damit verbundene Schutzbedürfnis für die Gläubiger bleiben aber gleich. Insb vor dem Hintergrund der Einheitlichkeit des Insolvenzverfahrens⁸¹⁰ habe ich aus diesem „einheitlichen Verwaltungsbedürfnis“ auch ein „einheitliches Haftungsbedürfnis“ abgeleitet und daher die masseverwaltergleiche Haftung der eigenverwaltenden Geschäftsleitung für die Verletzung

⁸⁰² ZIP 2018, 977.

⁸⁰³ *Wabl*, ZIK 2018, 134. Den Begriff Masseverwalter (als Unterbegriff des Insolvenzverwalters nach der IO) habe ich insb deswegen verwendet, um Verwechslungen mit dem Insolvenzverwalter nach der dInsO zu vermeiden.

⁸⁰⁴ BGH IX ZR 238/17 Rz 1-3 u 65; *Wabl*, ZIK 2018, 134 (135).

⁸⁰⁵ Da noch Beweisergebnisse fehlten, musste die Sache zur Verfahrensergänzung an das Berufungsgericht rückverwiesen werden.

⁸⁰⁶ In Deutschland wurde die Entscheidung im Nachklang intensiv diskutiert und auf breiter Ebene begrüßt (s etwa *Poertzgen*, ZInsO 2019, 2352 [2354], der von einem „Privileg der Eigenverwaltung“ spricht und die Wertungen des BGH begrüßt, da in einer besonderen Situation, in der die Insolvenz „amtlich“ bestätigt sei, auch eine im Vergleich zur Regelsituation erhöhte Haftung gerechtfertigt sei, da insb auch die Gläubiger in dieser Phase besonders schützenswürdig seien; auf dogmatische Schwächen hinweisend aber aE wohl zust auch *Schulte-Kaubrügger*, ZIP 2019, 345 [347] mit Verweis auf weitere Reaktionen in der Lit). Nachdem die verwaltergleiche Haftung der eigenverwaltenden Geschäftsleitung nun im Rahmen des SanInsFoG auch gesetzlich klargestellt wurde (s dazu noch unten Pkt D 8.2.2.3), erübrigt sich die Diskussion nun für Deutschland.

⁸⁰⁷ BGH IX ZR 238/17 Rz 35 und 40-41; *Wabl*, ZIK 2018, 134 (136).

⁸⁰⁸ BGH IX ZR 238/17 Rz 62; *Wabl*, ZIK 2018, 134 (135).

⁸⁰⁹ Zum diesem auch in Deutschland geltenden Prinzip s bereits oben Pkt 8.2.

⁸¹⁰ *Konecny* in *Konecny*, IRÄG 2010, 1 (2); *Wabl*, ZIK 2018, 134 (137).

insolvenzspezifischer Pflichten bejaht.⁸¹¹ Dahinter steht die etwa auch von *K. Schmidt* für Deutschland vertretene Wertung, dass Eigenverwaltung die Ausstattung des Schuldners mit insolvenzrechtlichen Verwaltungszuständigkeiten und nicht bloß die Belassung seiner vorinsolvenzlichen unternehmensrechtlichen Befugnisse bedeutet.⁸¹²

Riel,⁸¹³ gefolgt von *Lentsch*,⁸¹⁴ geht in Ablehnung dieser Ansicht weiterhin davon aus, dass der Schuldner im Rahmen der Verwaltung der Masse seine *eigenen* Interessen nicht anders wahrnehme, als außerhalb des Insolvenzverfahrens. Die Sanktion für Fehlverhalten sei daher die Entziehung der Eigenverwaltung gem § 170 IO und keine verwaltergleiche Haftung des eigenverwaltenden Geschäftsleiters ähnlich zu § 81 Abs 3 IO. Eine persönliche Haftung könne den Geschäftsleiter daher nur dann treffen, wenn sie ihn auch außerhalb des Insolvenzverfahrens treffen könne.⁸¹⁵

Eine weitergehende Diskussion ist abgesehen davon bis dato noch nicht erfolgt und auch höchstgerichtliche Rsp fehlt hierzulande. Solange die IO auf die zentralen Grundprinzipien der haftungsrechtlichen Zuweisung der Insolvenzmasse und der Einheitlichkeit des Insolvenzverfahrens in der aktuellen Form setzt, sprechen mE aber die besseren Argumente für die vertretene verwalterähnliche Haftung der eigenverwaltenden Geschäftsleitung.

8.5. „Insolvency Judgement Rule“

Wenn wie erwähnt für die Geschäftsleitung die gesellschaftsrechtlichen Pflichten grds auch im Insolvenzverfahren weitergelten, stellt sich auch hier die Frage der Anwendbarkeit der BJR. Über die eben dargestellten Diskussionen hinaus wurde dies aber bis dato primär mit Blick auf die Sorgfaltspflichten von Insolvenzverwaltern diskutiert. Das dieser Diskussion immanente Spannungsverhältnis zwischen Insolvenz- und Gesellschaftsrecht ist aber auch für Geschäftsleiter höchstrelevant, und zwar nicht nur aufgrund der zuvor behandelten masseverwalterähnlichen Haftung im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung.

Auch Insolvenzverwalter sollen keiner „Haftungsautomatik“⁸¹⁶ unterliegen, sondern im Rahmen ihrer Verantwortung und Tätigkeit auch genügend Bewegungsspielraum haben.

⁸¹¹ *Wabl*, ZIK 2018, 134 (138); aA *Riel* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 169 IO Rz 22 (Stand 1. 9. 2018, rdb.at); diesem folgend *Lentsch* in KLS § 169 Rz 5 FN 27.

⁸¹² *K. Schmidt*, ZIP 2018, 853 (854), der die „Eigenverwaltung als Arbeitsteilung“ versteht (855 f); aA *Riel* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 169 IO Rz 13 (Stand 1. 9. 2018, rdb.at), nach welchem im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung die in § 2 Abs 2 IO vorgesehene umfassende Entziehung der Verfügungsbefugnis eingeschränkt wird und der eigenverwaltende Schuldner privatrechtlich „für sich“ und nicht anders als außerhalb eines Insolvenzverfahrens auftritt.

⁸¹³ *Riel* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 169 IO Rz 22 (Stand 1. 9. 2018, rdb.at).

⁸¹⁴ *Lentsch* in KLS § 169 Rz 5 FN 27.

⁸¹⁵ Zu all dem *Riel* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 169 IO Rz 22 (Stand 1. 9. 2018, rdb.at) mit Verweis auf OGH 6 Ob 244/17a wbl 2018/109 und den Hinweis auf die Aussage des OGH, dass „eine Eigenhaftung des bloß fahrlässig handelnden Vertreters [...] nur in bestimmten seltenen Ausnahmefällen angenommen“ werde; diesem folgend *Lentsch* in KLS § 169 Rz 5 FN 27.

⁸¹⁶ *Riel*, *ecolex* 2018, 632 (634).

Angeregt von *J. Reich-Rohrwig*⁸¹⁷ und diesem folgend *Bollenberger*⁸¹⁸ und *Riel*⁸¹⁹ sollen daher bei unternehmerischen Entscheidungen eines Insolvenzverwalters ebenso die gesellschaftsrechtlichen Kriterien der BJR herangezogen werden können. Im Kern gehe es nach *J. Reich-Rohrwig* auch bei der Tätigkeit des Insolvenzverwalters um die Sorgfalt, die bei der Verwaltung fremden Vermögens anzuwenden sei, weswegen die Kriterien der BJR sachgerechte Anhaltspunkte für die Bestimmung der Grenzen pflichtgemäßer Ermessensausübung bringen würden. Auch ein Insolvenzverwalter habe sich primär am „Wohl“ der Masse zu orientieren, auf Grundlage angemessener Informationen zu entscheiden sowie Interessenkollisionen und sachfremde Einflüsse möglichst zu vermeiden.⁸²⁰

In Deutschland wird die Diskussion der Anwendbarkeit der dBJR bei ähnlicher Rechtslage ua unter dem Begriff einer sog. „*Insolvency Judgement Rule*“⁸²¹ geführt. Der Idee einer Anwendbarkeit der dBJR für den Insolvenzverwalter hat der BGH aber in einer aktuellen E aus März 2020⁸²² vorerst eine Absage erteilt.⁸²³ Weil diese E in den Mat zum SanInsFoG auch iZm Geschäftsleiterpflichten im Kontext des StaRUG explizit angeführt wird (s dazu unten Pkt D 7.2.2.1), erscheint die E auch im gegenständlichen Kontext relevant. Der BGH argumentiert dort iW wie folgt:⁸²⁴

- Das an die handels- und gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltsanforderungen angelehnte Leitbild habe den Besonderheiten des Insolvenzverfahrens Rechnung zu tragen, weswegen Maßstab aller unternehmerischen Entscheidungen des Insolvenzverwalters im Rahmen einer Betriebsfortführung der Insolvenz zweck des § 1 dInsO sei.⁸²⁵
- Dem Insolvenzverwalter komme dabei ein *weiter*, mit der Vielschichtigkeit des Verfahrens *zunehmender* Ermessensspielraum zu.⁸²⁶ Überschritten sei das Ermessen,

⁸¹⁷ *J. Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2017, 681 (682).

⁸¹⁸ *Bollenberger*, *ZIK* 2017, 206 (210).

⁸¹⁹ *Riel*, *ecolex* 2018, 632 (635); in einer Rezension betont *ders* (*ZIK* 2019, 224), dass dieses Thema auch hiezulande einer näheren Untersuchung wert sei.

⁸²⁰ *J. Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2017, 681 (682) auch mit Verweis auf die bis dahin geführte Diskussion in Deutschland.

⁸²¹ Siehe nur *Kirschey*, *Insolvency Judgement Rule* 1 ff.

⁸²² BGH IX ZR 125/17 ZIP 2020, 1080.

⁸²³ Inhaltlich ging es um Zahlungen eines beklagten Insolvenzverwalters iZm der Beiziehung von Beratern und Dienstleistern (etwa für Coaching-Leistungen) sowie die Freigabe von aufgrund eines Eigentumsvorbehalts noch im Eigentum der Schuldnerin stehenden Maschinen. Die klagende Sonderinsolvenzverwalterin argumentierte Sorgfaltswidrigkeit hinsichtlich der genannten Vorgänge (BGH IX ZR 125/17 ZIP 2020, 1080 Rn 1-6). Der BGH hob das Urteil des Berufungsgerichts auf und verwies es zur neuen Verhandlung an das Berufungsgericht zurück.

⁸²⁴ Das Berufungsgericht hat die Frage der Pflichtverletzung des Insolvenzverwalters darüber hinaus mit der Frage der Insolvenz zweckwidrigkeit verknüpft, dem hat der BGH aber ebenso eine Absage erteilt (s dazu auch *Thole*, BB 2020, 1359 [1364]).

⁸²⁵ Daher die bestmögliche gemeinschaftliche Befriedigung der Insolvenzgläubiger sowie das von den Gläubigern gemeinschaftlich beschlossene Verfahrensziel, nämlich die Abwicklung des Unternehmens, die Veräußerung oder ein Insolvenzplan, als Mittel der Zweckerreichung; s BGH IX ZR 125/17 ZIP 2020, 1080 Rn 26 in Bestätigung von IX ZR 253/15 BGHZ 214, 2020 Rn 12 mwN; zust *Thole*, BB 2020, 1359 (1364).

⁸²⁶ BGH IX ZR 125/17 ZIP 2020, 1080 Rn 28 in Bestätigung von BGH IX ZR 253/15 BGHZ 214, 2020 Rn 15 sowie IX ZR 162/13, WM 2014, 1434 Rn 20; zust *Bauer*, ZIP 2020, 2272 (2274).

wenn die Maßnahme ex ante angesichts der mit ihr verbundenen Kosten, Aufwendungen und Risiken im Hinblick auf die Pflicht des Insolvenzverwalters, die Masse zu sichern und zu wahren, nicht mehr vertretbar ist.⁸²⁷

- Auch wenn dies an die Grundsätze der dBJR nach § 93 Abs 1 S 2 dAktG erinnere, gelte selbige *nicht* für den Sorgfaltsmaßstab, an dem unternehmerische Entscheidungen des Insolvenzverwalters zu messen seien.⁸²⁸ Es fehle an einer planwidrigen Regelungslücke, weil sich die Haftungsmaßstäbe für den Insolvenzverwalter aus der dInsO ergeben, die Besonderheiten bei unternehmerischen Entscheidungen des Insolvenzverwalters ausreichend berücksichtigen würden.⁸²⁹ Die Festlegung eines objektiven Mindestmaßstabs ermögliche es, den besonderen Umständen des Insolvenzverfahrens (insb der darin erfolgten Unternehmensfortführung) hinreichend Rechnung zu tragen.⁸³⁰ Um sicherzustellen, dass Insolvenzverwalter *keine* Erfolgshaftung für unternehmerische Entscheidungen treffe, bedürfe es hingegen keiner Anwendung der dBJR.⁸³¹
- Während Insolvenzverwalter Entscheidungen ebenso auf der Grundlage angemessener Informationen zu treffen hätten, überschreiten diese den Bereich des Handlungsermessens nicht erst, wenn sie das mit der unternehmerischen Entscheidung verbundene Risiko in völlig unverantwortlicher Weise falsch beurteilen oder dieses schlechthin unvertretbar sei. Eine solche Einengung der Haftung entspreche nicht der Interessenslage des Insolvenzverwalters und der Beteiligten, vielmehr müsse die zu treffende Entscheidung dem Wirtschaftlichkeitsgebot im Insolvenzverfahren Rechnung tragen, was sich nach insolvenzrechtlichen Grundsätzen (und nicht nach jenen der dBJR) richte.⁸³²
- Eine pflichtwidrige Maßnahme liege nicht erst dann vor, wenn sie insolvenzzweckwidrig sei oder der Insolvenzverwalter grob fahrlässig handle.⁸³³ Der Handlungsspielraum des Insolvenzverwalters hänge davon ab, in welchem Stadium sich das Insolvenzverfahren befinde. Um eine Fortführung nicht von vornherein unmöglich zu machen, stehe zu Beginn des Verfahrens ein erheblicher Spielraum zu; nach Ablauf einer großzügig zu bemessenden Einarbeitungszeit sei der Verwalter aber verpflichtet, den Verfahrenszweck des § 1 dInsO in den Vordergrund zu rücken und verstärkt die

⁸²⁷ BGH IX ZR 125/17 ZIP 2020, 1080 Rn 28.

⁸²⁸ BGH IX ZR 125/17 ZIP 2020, 1080 Rn 29, 30 (mit ausf Verweis auf die bis dahin geführte Diskussion in der dLit).

⁸²⁹ BGH IX ZR 125/17 ZIP 2020, 1080 Rn 32 f insb mit Verweis auf § 60 Abs 1 S 2 dInsO; krit *Bauer*, ZIP 2020, 2272 (2275).

⁸³⁰ BGH IX ZR 125/17 ZIP 2020, 1080 Rn 33.

⁸³¹ BGH IX ZR 125/17 ZIP 2020, 1080 Rn 35.

⁸³² BGH IX ZR 125/17 ZIP 2020, 1080 Rn 37, 39; lt *Thole*, BB 2020, 1359 (1364) bedeute dies aber nicht das Gebot, ähnlich einem öffentlichen Auftraggeber stets das günstigste Angebot zu wählen; die Kosten-Nutzen-Relation zähle.

⁸³³ BGH IX ZR 125/17 ZIP 2020, 1080 Rn 38.

Interessen der Insolvenzgläubiger an einer bestmöglichen gemeinschaftlichen Befriedigung zu berücksichtigen.⁸³⁴

- Auch der Umstand, dass sowohl Insolvenzverwalter als auch Vorstandsmitglieder einer dAG fremdnützig tätig würden, führe zu keiner Anwendbarkeit der dBJR. Dies insb da der Insolvenzverwalter im Vergleich zu einem Vorstand zur Erfüllung des Insolvenzszwecks über eine besondere Handlungsmacht insb im Verhältnis zu Insolvenzgläubigern verfüge, welche sich umgekehrt gerade aufgrund des Insolvenzszwecks idR nicht durch rechtsgeschäftliche Gestaltung schützen könnten.⁸³⁵
- Schließlich sei das Argument der „Gefahr von Rückschaufehlern“ ebenso nicht stichhaltig, weil auch bei der insolvenzrechtlichen Haftung des Insolvenzverwalters stets eine ex ante Beurteilung erfolge.⁸³⁶

Die Reaktionen in der dLit waren gleich wie die Diskussion im Vorfeld der dargestellten BGH-E uneinheitlich. Nach *Thole* werde durch die E deutlich, dass der Senat darum bemüht sei, den Vorrang der insolvenzrechtlichen Maßstäbe und Wertungen zu sichern sowie einen objektiven Mindestmaßstab auf insolvenzspezifischer Grundlage zu beschreiben.⁸³⁷ Dem BGH sei darin zu folgen, dass die aktienrechtlichen Maßstäbe nicht ohne Weiteres passen, jedoch spiegle sich manche Prämisse der dBJR auch in dem vom BGH mehrfach betonten „weiten Ermessensspielraum“ wider (insb iZm der Vermeidung einer Erfolgshaftung).⁸³⁸ Nach *Lüke* sei der E zuzustimmen, insb weil die dBJR einen objektiven Haftungsfreiraum für Entscheidungen vorsehe, um die unternehmerische Risikobereitschaft des Leitungsorgans zu stärken, und demgegenüber ein Insolvenzverwalter gerade *keine* Risiken eingehen solle, für die er nicht auch haften würde.⁸³⁹ Nur auf diese Weise würden die Gläubiger hinreichend geschützt, die sich immerhin auch unfreiwillig in einem Verfahren wiederfinden, wohingegen Gesellschafter selbstbestimmt die Unternehmensentscheidungen auf einen Dritten übertragen würden.⁸⁴⁰ Nach der dLit gelte dies nun auch für die eigenverwaltende Geschäftsleitung in Ausübung ihrer besonderen insolvenzrechtlichen Handlungsmacht.⁸⁴¹

⁸³⁴ BGH IX ZR 125/17 ZIP 2020, 1080 Rn 39; zust *Thole*, BB 2020, 1359 (1364).

⁸³⁵ BGH IX ZR 125/17 ZIP 2020, 1080 Rn 41 f; die Überwachung durch den Gläubigerausschuss und die Aufsicht durch das Insolvenzgericht seien dafür nicht geeignet (Rn 42).

⁸³⁶ BGH IX ZR 125/17 ZIP 2020, 1080 Rn 43.

⁸³⁷ *Thole*, BB 2020, 1359 (1364).

⁸³⁸ *Thole*, BB 2020, 1359 (1364).

⁸³⁹ *Lüke*, EWiR 2020, 465 (465 mwN).

⁸⁴⁰ *Lüke*, EWiR 2020, 465 (465 mwN).

⁸⁴¹ *Harder*, NJW-Spezial 2020, 469 (470), was aber aufgrund des vom BGH postulierten „weiten Entscheidungsspielraums“ im Vergleich zur dBJR wohl eher geringe praktische Auswirkungen haben dürfte; auf die Relevanz für die eigenverwaltende Geschäftsleitung hinweisend auch *Lüke*, EWiR 2020, 465 (465); ähnlich *Bauer*, ZIP 2020, 2272 (2273), nach welchen Leitungsorgane im Eigenverwaltungsverfahren aber nun damit rechnen müssten, nicht mehr das Haftungsprivileg der dBJR zu genießen.

Soweit ersichtlich am umfassendsten und wohl auch kritischsten mit der E auseinandergesetzt hat sich *Bauer*.⁸⁴² Nach diesem sei für gesellschaftsrechtlich interessierte Leser der Befund, dass zwar ein Ermessensspielraum zustehe, aber die dBJR *nicht* anwendbar sei, „klar kontraintuitiv“. ⁸⁴³ Es sei schwer einzusehen, wieso die bereits vor Einführung des § 93 Abs 1 S 2 dAktG von der dRsp anerkannte dBJR Insolvenzverwaltern nicht zukommen solle, die ihre Verwaltung sogar unter erschwerten Umständen wie mangelhafter Buchführung, Einarbeitungszeit, einem fremden Unternehmen etc durchführen müssten.⁸⁴⁴ Der BGH sei diesbezüglich auch nicht einheitlich, weil er unter Verweis auf die Mat zur dInsO auch schon einmal ausgeführt habe, dass die Haftung des Insolvenzverwalters *nicht* so streng sein sollte wie bei einem Geschäftsleiter.⁸⁴⁵

Der BGH falle nach *Bauer* tatsächlich „ohne Not in ein dogmatisches Denkmuster zurück, das die Gesellschaftsrechtswissenschaft als überwunden betrachten“ könne.⁸⁴⁶ Der BGH habe lediglich den das unternehmerische Ermessen und den verlangten Sorgfaltsmaßstab abdeckende § 60 Abs 1 S 2 dInsO diskutiert, die dBJR setze aber bereits auf Ebene der objektiven Pflichtverletzung an.⁸⁴⁷ Im Endeffekt zeuge die E lt *Bauer* von einem deutlichen insolvenzrechtlichen Autonomiestreben.⁸⁴⁸ Der BGH hätte dabei gut daran getan, eine nachträgliche Gesetzeslücke in § 60 Abs 1 dInsO festzustellen und „den Dialog von Gesellschafts- und Insolvenzrecht aktiv voranzutreiben.“⁸⁴⁹ Diese sollten aktive und offene Gesprächspartner und deren Dialog könne fruchtbringend sein.⁸⁵⁰

Die vom BGH geführten Argumente zur Nicht-Anwendbarkeit der dBJR erinnern mE vielfach an die bereits in Pkt 6.3.3.2 dargestellte Diskussion zur Fortbestehensprognose. Auch die besonderen, mit dem Zweck und der Sensibilität eines Insolvenzverfahrens verbundenen Erfordernisse können mE mit dem Konzept der öBJR beantwortet werden. Die in der IO (insb in § 81) geregelten Pflichten- und Haftungsregelungen für österr Insolvenzverwalter sind denen der dInsO in den Grundzügen dabei nicht unähnlich.⁸⁵¹ Die zwingenden verfahrensrechtlichen Vorgaben etwa zur Behandlung und Kategorisierung von Gläubigern in Insolvenz- und Massegläubiger, die Vorgaben zur Unternehmensfortführung in § 114a IO oder die Regelungen zu genehmigungspflichtigen Geschäften in den §§ 117 ff IO geben Insolvenzverwaltern einen relativ engmaschigen Fahrplan vor, an den sie sich – im Sinne einer Legalitätspflicht – halten müssen. Dies gilt mE auch für die vom BGH

⁸⁴² ZIP 2020, 2272.

⁸⁴³ *Bauer*, ZIP 2020, 2272 (2272).

⁸⁴⁴ *Bauer*, ZIP 2020, 2272 (2275) mit Verweis auf die Mat zur dInsO, wo auf diese besonderen Schwierigkeiten explizit hingewiesen werde.

⁸⁴⁵ *Bauer*, ZIP 2020, 2272 (2277) mit Verweis auf BGH IX ZR 296/14 NZI 2016, 52 Rn 5.

⁸⁴⁶ *Bauer*, ZIP 2020, 2272 (2275).

⁸⁴⁷ *Bauer*, ZIP 2020, 2272 (2275) mit Verweis auf den RegEntw zum UMAG, BT-Drucksache 15/5092, 12, nach welcher eine „Vermengung von Pflichten- und Sorgfaltsmaßstab“ ausdrücklich verhindert werden sollte.

⁸⁴⁸ *Bauer*, ZIP 2020, 2272 (2278) mit Verweis auf *Thole*, BB 2020, 1364.

⁸⁴⁹ *Bauer*, ZIP 2020, 2272 (2276).

⁸⁵⁰ *Bauer*, ZIP 2020, 2272 (2278) mit Verweis auf die BGH-Rsp zur Übertragung gesellschaftsrechtlicher Prinzipien wie der Geschäftschancenlehre auf den Insolvenzverwalter.

⁸⁵¹ Zu Ähnlichkeiten s auch *Wabl*, ZIK 2018, 134 (134 ff).

angesprochenen und ebenso in der IO geltenden Vorgaben wie ein Wirtschaftlichkeitsgebot und generell den Insolvenzszweck. Die Interessen der Beteiligten (daher insb der Gläubiger) werden durch eine direkte Haftung nach § 81 Abs 3 IO besonders geschützt (s bereits oben Pkt 8.4).

All diese Vorgaben wären mE auch durch eine Anwendbarkeit der öBJR nicht beeinträchtigt. Diese würde vielmehr lediglich klarstellen, dass vom Insolvenzverwalter getroffene unternehmerische Entscheidungen (wie etwa die Begründung von Masseforderungen wie Lieferantenforderungen iZm der Unternehmensfortführung) ex post einer inhaltlichen Kontrolle entzogen wären, wenn der Insolvenzverwalter die von der BJR vorgegebenen und von insolvenz(verfahrens)rechtlichen Vorgaben flankierten Prüfschritte nachweislich einhält, und idS ex ante davon überzeugt sein durfte, dass die Entscheidung dem Wohl der Insolvenzmasse (und daher der Gläubiger) dient.

Für eine unmittelbare, analoge Anwendbarkeit der öBJR für Insolvenzverwalter fehlt es wohl – wie auch vom BGH für Deutschland betont – tatsächlich an einer planwidrigen Lücke. Die dahinterstehende Idee eines *safe harbours* im Sinne einer an die BRJ angelehnten *Insolvency Judgement Rule* wäre aber uU auch schon nach bestehendem Recht argumentierbar. Eine tiefergehende Analyse dieser Frage obliegt aber anderen. Mit Blick auf die bereits in Pkt 6.3.3.1 u 6.3.3.2 gemachten Ausführungen gilt die BJR mE jedenfalls für die (eigenverwaltende) Geschäftsleitung flankiert durch die Vorgaben des Insolvenzverfahrens im Grundsatz weiter. Für die Geschäftsleitung gelten gesellschaftsrechtliche Prinzipien inkl der BJR wie bereits dargestellt nämlich auch im Insolvenzverfahren weiter.

9. Empirischer Teil: Studie zu Geschäftsleiterpflichten⁸⁵²

9.1. Einleitung

9.1.1. Hintergrund und Methodologie der Studie

Die Idee dieser Studie entstand, weil der gegenständlichen Untersuchung ein aussagekräftiges und praxisbezogenes Fundament fehlte. Ziel war, mehr Klarheit über das Verhalten österr Geschäftsleiter im Krisenzusammenhang sowie Erkenntnisse darüber zu gewinnen, wie praxisgerecht das bestehende österr Pflichtenregime ist.

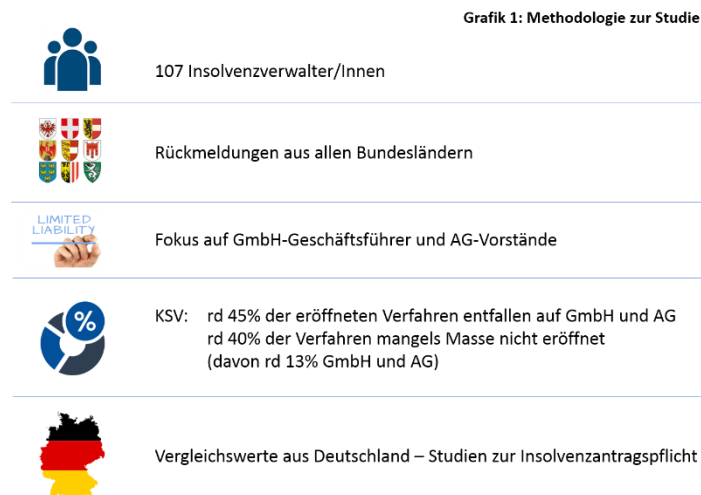
Vor diesem Hintergrund wurde ein siebenseitiger Fragebogen erstellt (dieser Arbeit als **Annex 1** beigelegt) und an sämtliche zum Stichtag 4. 2. 2019 in der öffentlich abrufbaren Insolvenzverwalterliste⁸⁵³ im Wirkungsbereich Wien oder Österreich eingetragenen Insolvenzverwalter per E-Mail versandt (Erstverstand am 3. 3. 2019 und Versendung eines „Reminders“ am 2. 4. 2019) – zum Stichtag waren es 792. Insgesamt 107 Insolvenzverwalter

⁸⁵² Die wesentlichsten Ergebnisse der Studie wurden bereits in *Wabl*, ZIK 2019, 178, sowie international in *ders* in *Gant* 206, veröffentlicht. Die nachstehenden Ausführungen und Grafiken basieren in vielen Aspekten auf der erstgenannten Veröffentlichung.

⁸⁵³ iv.justiz.gv.at/.

aus allen neun Bundesländern haben den Fragebogen ausgefüllt retourniert, was eine Rücklaufquote von 13,51 % ergibt.⁸⁵⁴

Der Fragebogen enthielt 19 quantitative Fragestellungen, wobei teilweise auch um persönliche Einschätzungen und Meinungen gebeten wurde. Die wesentlichen Eckpunkte der Methodologie zur Studie auf einen Blick gibt Grafik 1.⁸⁵⁵



Bis zur gegenständlichen Studie gab es in Österreich soweit ersichtlich noch keine veröffentlichten empirischen Erkenntnisse zum Verhalten von Geschäftsleitern im Krisenzusammenhang (generell zu österr Statistiken im s noch unten Pkt 9.2.2). Spricht man mit Experten aus dem Insolvenz- und Restrukturierungsbereich, wird zwar gerne betont, dass nahezu *jede* Insolvenz zu spät beantragt wird, empirisch wurde das hierzulande aber noch nicht untermauert. Anders ist die Situation in Deutschland, wo insb zur Frage der Häufigkeit von Verletzungen der Insolvenzantragspflicht bereits Untersuchungen aus Wissenschaft und Praxis vorliegen (siehe unten Pkt 9.2.3).

Insolvenzverwalter wurden als Adressaten gewählt, weil diese im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereichs die (vor-)insolvenzlichen Entscheidungsprozesse der Geschäftsleitung kritisch zu untersuchen und zu hinterfragen haben und dadurch – so die These – die aussagekräftigsten Auskünfte geben können.⁸⁵⁶

⁸⁵⁴ Bei der Rücklaufquote ist zu berücksichtigen, dass die in der Insolvenzverwalterliste verfügbaren Daten nicht durchgehend auf dem neuesten Stand waren. Auf das versandte E-Mail ist eine relativ große Zahl an Fehlermeldungen eingelangt (über 70), manche der Verwalter waren doppelt genannt oder nicht mehr berufstätig und von den Angefragten haben weitere neun zwar geantwortet, aber mitgeteilt, dass sie tatsächlich keine Verwaltungen (mehr) übernehmen und daher keine aussagekräftigen Auskünfte geben könnten.

⁸⁵⁵ Grafik 1 basiert auf einer bereits in *Wabl*, ZIK 2019, 178 (180) veröffentlichten Abbildung. Die darin zitierten Zahlen des KSV1870 stammen noch aus dem für die Studie relevanten Jahr 2018 (KSV1870, Unternehmenspleiten 2018: Entwicklung deutlich abgeflacht, ksv.at [Stand 4. 1. 2019]).

⁸⁵⁶ So auch die Einleitung im Fragebogen **Annex 1**, 1.

9.1.2. Fragestellungen

Ausgangspunkt der Studie waren zwei Thesen, die insb durch zwei bereits zu Beginn dieser Arbeit angesprochene, von *UNCITRAL* entwickelte Grundsätze⁸⁵⁷ inspiriert wurden:

These 1: Eines der Hauptziele für Geschäftsleiterpflichten im Krisenzusammenhang ist es, Geschäftsleiter dazu zu bringen, frühzeitig auf Krisensituationen zu reagieren. Geschäftsleiter sollen nicht bis zum bitteren Ende „weiterwursteln“. Durch frühzeitiges Reagieren sollen vielmehr Werte erhalten und masselose bzw -arme Konkurse und vergleichsweise niedrige Zerschlagungsquoten vermieden werden. Pflichten sollten daher auch nicht zu streng sein, damit Geschäftsleitern trotz persönlicher Haftungsrisiken noch ausreichend Handlungsspielraum bleibt.

These 2: Einer der Hauptzwecke für Geschäftsleiterpflichten im Krisenzusammenhang ist der Schutz legitimer Interessen von Gläubigern und anderen Stakeholdern, die in dieser Phase besonders gefährdet sind. Einerseits sollten Pflichten und damit zusammenhängende Haftungsrisiken eine gewisse Abschreckungswirkung bzw einen „Erziehungseffekt“ haben. Sollten andererseits trotz entsprechender Pflichten und Verbote Regelverstöße vorkommen, müssen Insolvenzverwalter in der Lage sein, Ersatzansprüche gegen die rechtswidrig agierende Geschäftsleitung geltend und dadurch im besten Fall entstandenen Schaden wieder gut zu machen.

Die Studie besteht aus insgesamt vier Teilen zu den folgenden Themenbereichen:

- Teil 1: Bestandsaufnahme zu Regelverstößen von Geschäftsleitern im letzten Jahr⁸⁵⁸ vor Insolvenzeröffnung
- Teil 2: Geschäftsleiterpflichten, um frühzeitiges Handeln sicherzustellen
- Teil 3: Geschäftsleiterpflichten zum Schutz bestimmter Interessen(sträger)
- Teil 4: Reformüberlegungen (dieser Teil wird gesondert in Pkt D.1 iZm der österr Umsetzung der RIRL analysiert).

Bei der Auswertung wurde noch ein Teil 5 ergänzt, in dem sonstige individuelle Kommentare der Befragten zusammengefasst werden.

9.1.3. Einschränkungen

Wie die gegenständliche Arbeit beschränkt sich auch die Studie auf Geschäftsführer von GmbH sowie Vorstände von AG.

⁸⁵⁷ Siehe dazu noch ausf unten Pkt C 5.

⁸⁵⁸ Angelehnt an die anfechtungsrechtliche Frist des § 30 Abs 2 IO.

Da die Ergebnisse naturgemäß nur Aufschlüsse über *eröffnete* Verfahren geben können, weil auch nur in solchen eine Verwalterbestellung erfolgt, sind in einigen Aspekten (zB Zahl der Pflichtverletzungen) die tatsächlichen Prozentwerte wohl höher. Denn es ist davon auszugehen, dass in den mangels Masse erst gar nicht eröffneten Verfahren in nahezu allen Fällen relevante Pflichtverletzungen vorkommen⁸⁵⁹ und lt Insolvenzstatistik des KSV1870 wurden zB im für die Studie relevanten Jahr 2018 ca 40 % aller Unternehmensinsolvenzen mangels Kostendeckung nicht eröffnet (davon entfielen aber „nur“ rund 13 % auf GmbH oder AG).⁸⁶⁰

9.2. Bisherige statistische Daten im Krisenzusammenhang

9.2.1. Vorbemerkung

Die Rolle des Menschen als Entscheidungsträger im Vorfeld und während der Unternehmenskrise hat eine Faszination für sich. *Benjamin Franklin* soll einmal gesagt haben: „*By failing to prepare, you are preparing to fail*“. Wie die Realität aussieht und wer tatsächlich in den Leitungsorganen sitzt, ist von Unternehmen zu Unternehmen unterschiedlich. Österreich ist wie die EU von KMU geprägt, in denen wie auch bei Familienunternehmen sehr oft Personengleichheit zwischen Leitungs- und Gesellschafterebene besteht.⁸⁶¹ Dies gilt auch für die Insolvenzlandschaft, betreffen lt den öffentlich verfügbaren Insolvenzstatistiken der Kreditschutzverbände doch über 95 % aller im für die Studie relevanten Zeitraum eröffneten Verfahren Unternehmen mit Verbindlichkeiten unter EUR 2 Mio.⁸⁶²

Gerade für KMU sollte die RIRL auch Verbesserungen bringen (so etwa ausdrücklich ErwGr 17). Wie sich zeigen wird, bringt die durchgeführte Studie *gerade* mit Blick auf Geschäftsleiter eines „typischen“, von Personengleichheit geprägten österr KMU auch die wohl aussagekräftigsten Erkenntnisse.

Im Folgenden wird vorab noch ein kurzer Blick auf ausgewählte bereits veröffentlichte (empirische) Daten geworfen. Diese können bei der Analyse der gegenständlichen Studie als hilfreiche Vergleichsparameter dienen.

⁸⁵⁹ So auch *Kirstein*, ZInsO 2006, 966 (968); diesem folgend *Wabl*, ZIK 2019, 178 (180).

⁸⁶⁰ KSV1870, Unternehmenspleiten 2018: Entwicklung deutlich abgeflacht, ksv.at (Stand 4. 1. 2019).

⁸⁶¹ ErwGr 17 RIRL unterstreicht, dass 99 % aller Unternehmen in der EU auf KMU entfallen; hierzulande sind lt *Wirtschaftskammer Österreich*, Wirtschaftskraft KMU 2018, news.wko.at (2, Stand Dezember 2017) sogar 99,6 % der Unternehmen KMU (dabei wird ebenso die von der EK empfohlene Definition von KMU verwendet).

⁸⁶² KSV1870, Trotz mehr Firmeninsolvenzen deutlicher Rückgang der Passiva, ksv.at (6, Stand 3. 1. 2020) (die Zahl an „KMU-Insolvenzen“ wird dort aber nicht gesondert angeführt).

9.2.2. Österreich

9.2.2.1. Die Rolle der Geschäftsleitung

Dass die Geschäftsleitung insb im Insolvenzzusammenhang eine entscheidende Rolle spielt, ist unbestritten.⁸⁶³ Zu deren tatsächlichem Verhalten und ihren Entscheidungsprozessen gab es dennoch in Österreich bis dato keine veröffentlichten empirischen Daten. Dennoch ist die Außenwahrnehmung oft eine recht eindeutige – das Management ist „schuld“. *Kantner* vergleicht Geschäftsleiter etwa mit Schiffskapitänen, die selbst bei großer Erfahrung vor Fehlern nicht gefeit seien.⁸⁶⁴ Nicht umsonst lautet auch ein Stichwort: *Es gibt keine Unschuldsvermutung im Insolvenzrecht*.⁸⁶⁵ Ein ähnliches Bild zeichnet eine 2014 im Nachklang des Hypo Alpe Adria Skandals von OGM im Auftrag der Tageszeitung „Kurier“ aufgestellte Umfrage, wonach 85 % der Österreicher der Ansicht waren, die bestehenden Haftungsregeln für Manager und Aufsichtsräte reichten *nicht* aus und müssten verschärft werden, nur 8 % sahen diese als ausreichend an.⁸⁶⁶

Eine noch vor der gesetzlichen Entkriminalisierung der „leicht fahrlässigen Konkursverschleppung“⁸⁶⁷ erstellte Statistik aus der Strafgerichtsbarkeit zeigte aber zumindest was strafrechtliches Verhalten betrifft ein anderes Bild. Im Jahr 1996 erfolgte in weniger als 28 % der Insolvenzen eine rechtskräftige Verurteilung wegen der damaligen §§ 156, 159 StGB, im Jahr 1999 in ca 31 %.⁸⁶⁸

Dass die Geschäftsleitung nicht immer „schuld“ ist, kann auch ein Blick auf die Insolvenzursachen zeigen. Ein häufig verwendetes Sprichwort ist die sog *self-fulfilling prophecy*, die ein – wenn auch unrichtiges – Insolvenzgerücht in unserer hoch kapitalistisch organisierten Wirtschaft auslösen könne.⁸⁶⁹ Tatsächliche Insolvenzursachen sind in den meisten Fällen andere. Die insolventen Unternehmen selbst nennen als häufigste Ursache zB

⁸⁶³ Lt KSV1870 waren 2015 die Hälfte aller Unternehmensinsolvenzen auf interne Fehler insb auf Managementebene zurückzuführen, was einen deutlichen Anstieg zu den Zahlen aus dem Jahr 2006 (36 %) bedeutet (*ders*, Jedes zweite Unternehmen scheitert an der Chefetage, ksv.at [Stand 16. 8. 2016]).

⁸⁶⁴ *Kantner in Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1289 (1291): Unternehmen seien Schiffe, die über Ozeane segeln. „Es sind in erster Linie der Kapitän und seine engste Führungsmannschaft, die über den Kurs des Schiffes, seine Ausrüstung, Mannschaft und Aktionen im Einzelfall entscheiden. Sie haben Wind und Wetter, zyklische Phänomene wie die Jahreszeiten und auch Unvorhergesehenes in ihre Handlungen einzuplanen. Doch all die Erfahrungen der Seefahrt [...] haben es nicht vermocht, auch als unsinkbar geltende Schiffe vor Fehlern zu schützen – wobei naturgemäß das Post-mortem-Wissen auch immer die rettende Alternativhandlung oder Entscheidung mitliefert.“

⁸⁶⁵ *Huber*, ZInsO 2008, 929; s auch *Wabl*, ZIK 2019, 178 (184).

⁸⁶⁶ *Gaul*, Die lange Liste der Hypo-Schuldigen, kurier.at (Stand 22. 2. 2014). Dennoch wurden genau in dieser Zeit mit dem StRÄG 2015 der strafrechtliche Untreuetatbestand novelliert und die BJR kodifiziert (s dazu oben Pkt 2.2.6).

⁸⁶⁷ Erfolgt mit der Strafrechtsreform 2000 BGBl I 2000/58.

⁸⁶⁸ *Loizenbauer in Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1327 (1342 f).

⁸⁶⁹ So auch *Kantner in Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1289 (1291).

das Wetter, das Herstellern von Skisportartikeln, Lieferanten von Gartenmöbeln oder Bauunternehmern einen Strich durch die (Liquiditäts-)rechnung macht.⁸⁷⁰

9.2.2.2. Die Vorteile außergerichtlicher Sanierung

(a) Die Mayr-Studien

Assoz. Univ.-Prof. Mag. Dr. *Stefan Mayr* von der Johannes Kepler Universität Linz hat für das Institut für Controlling und Consulting in Kooperation mit dem Verein *ReTurn*⁸⁷¹ eine Studie mit dem Ziel erstellt, die Bedeutung, Charakteristika und Erfolgsfaktoren der Sanierungsform der außergerichtlichen Sanierung in der österr Unternehmenspraxis zu erheben.⁸⁷² Dafür wurden zwischen August und Dezember 2013 Informationen zu insgesamt 920 Fällen aus den Sanierungsabteilungen mehrerer Banken erfasst, wovon 89 % auf Kapitalgesellschaften bzw 73,2 % auf GmbH und 8,8 % auf AG entfielen.⁸⁷³ 82 % der untersuchten Unternehmen waren KMU.⁸⁷⁴

Die Studie zeigt, dass rund 50 % aller Fälle erfolgreich saniert werden konnten. Wenn davor schon ein Sanierungsversuch unternommen wurde, lag die Erfolgsquote gar bei knapp 70 %. Von den sanierten Unternehmen wurden rund 89 % mittels Forführung und rund 11 % mittels übertragender Sanierung saniert.⁸⁷⁵ *Mayr* hat weiters herausgearbeitet, dass Kleinstunternehmen deutlich seltener saniert werden als andere Größenklassen.⁸⁷⁶ Lt Studie lohne sich aufgrund der ermittelten Erfolgsquote schließlich die außergerichtliche Sanierung idR für alle Beteiligten, weswegen die Bemühungen der Unternehmenspraxis (Unternehmen und Banken) bestätigt werden würden.⁸⁷⁷

Jüngst hat *Mayr* mit zwei Co-Autoren, Prof (FH) Dr. *Christine Mitter* und *Matthias Baschinger*, BSc, eine neue Studie zum langfristigen Überleben und der nachhaltigen

⁸⁷⁰ Siehe *Kantner* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 1289 (1293), der die Begründungen als „liebenswürdig-naiv“ bezeichnet; s auch *Wabl*, ZIK 2019, 178 (179).

⁸⁷¹ *ReTurn* ist ein unabhängiges Experten-Forum für Restrukturierungen, Sanierungen und Turnarounds in Österreich (restrukturierung.at).

⁸⁷² *Mayr*, SWK 2014, 1306.

⁸⁷³ *Mayr*, SWK 2014, 1306 (1307). Die teilnehmenden Banken waren *Raiffeisen Bank International AG*, *Erste Bank AG*, *Erste Group Bank AG*, *Raiffeisen Landesbank OÖ AG* und *UniCredit Bank Austria AG*. Vorgabe zu den erfassten Fällen war, dass diese (i) in einem vordefinierten Zeitraum übernommen wurden, (ii) ein Obligo von mindestens EUR 1 Mio bei der teilnehmende Bank aufwiesen und (iii) nach Einschätzung des jeweiligen Betreuers materiell insolvent waren.

⁸⁷⁴ *Mayr*, SWK 2014, 1306 (1308).

⁸⁷⁵ *Mayr*, SWK 2014, 1306 (1308).

⁸⁷⁶ *Mayr*, SWK 2014, 1306 (1309).

⁸⁷⁷ *Mayr*, SWK 2014, 1306 (1309); dies deckt sich auch mit den Einschätzungen in der Lit, s dazu nur *Schumacher* in *Grininger/Jaufer/Schumacher* 1 (1); insb zu Beginn des „Sanierungs-Trends“ gab es aber auch noch kritischere Stimmen wie etwa *Koren*, *Dunkle Wolken*, Profil 29. 9. 1980, nach welchem damals die „in letzter Zeit entstandene Mode, die Zahlungsunfähigkeit von Firmen außergerichtlich zu bereinigen“ lediglich einzelnen Gläubigergruppen und „sonstigen Geschäftemachern“ zugute komme und dem Gleichheitsgrundsatz aller Gläubiger widerspreche.

Sanierung von Unternehmen nach Einführung des IRÄG 2010 veröffentlicht.⁸⁷⁸ Auch diese Studie scheint die Vorteile außergerichtlicher Sanierung zu unterstreichen.⁸⁷⁹

(b) Die Wöber-Studie

DDr. Klaus Wöber hat 2007 aufgrund der damals aus seiner Sicht immer strenger werdenden OGH-Rsp zur Insolvenzanfechtung eine tiefergehende Betrachtung außergerichtlicher Sanierungen mit Bankenunterstützung angestellt.⁸⁸⁰

Die Auswertung von bei den teilnehmenden Banken im Frühjahr 2007 anhängigen Sanierungscausen brachte folgende Erkenntnisse:⁸⁸¹ Von den insgesamt 1.418 untersuchten Fällen mit einem Gesamtbligo von rund EUR 3,2 Mrd entfielen 42 % auf Insolvenzen (=19 % des Gesamtbligos), 30 % auf außergerichtlich sanierte (=55 % des Gesamtbligos) und 28 % auf noch nicht sanierte Fälle (=26 % des Gesamtbligos). Klammert man die noch nicht sanierten Kunden aus, entfallen lt der Studie auf die Anzahl bezogen 42 % auf eine außergerichtliche Sanierung und 58 % auf eine gerichtliche Insolvenz. Bezogen auf das Obligo entfallen trotzdem 74 % auf außergerichtliche Sanierungen und „nur“ 26 % auf Sanierungen innerhalb einer Insolvenz.

Auch diese Auswertung unterstreicht die Bedeutung der außergerichtlichen Sanierung als Sanierungsinstrument. Ebenso wird aufgrund der Obligoaufteilung wohl die auch zuvor in der Mayr-Studie gewonnene Erkenntnis bestätigt, dass Kleinunternehmen deutlich seltener saniert werden als andere Größenklassen.

9.2.2.3. Insolvenzzahlen in Österreich

Insolvenzen haben für die Wirtschaft einen selbstreinigenden Charakter und dienen einem auf Wettbewerb ausgerichteten Wirtschaftsstandort.⁸⁸² Da dieser reinigende Effekt nur bei tatsächlich eröffneten Verfahren zur Gänze zum Tragen kommt, sind mangels Masse abgewiesene Insolvenzanträge nicht nur unbefriedigend, sondern auch problematisch. Haftungsansprüche (etwa gegen Geschäftsleiter, Anteilsehaber oder verbundene Unternehmen) werden nicht geltend gemacht, Vermögensmanipulationen oder Straftaten

⁸⁷⁸ Mayr/Mitter/Baschinger, ZIK 2020, 224.

⁸⁷⁹ Die dargestellte Analyse sämtlicher oberösterreichischer Insolvenzen aus dem Jahr 2012 (analysiert wurden insgesamt 459) ergibt, dass inkl Auffanggesellschaften 19 % der Unternehmen infolge eines eröffneten Verfahrens kurzfristig überlebt haben. Langfristig überlebt haben nur rund 13 %, wobei die Autoren wiederum nur 2,4% als nachhaltig saniert qualifizierten; s Mayr/Mitter/Baschinger, ZIK 2020, 224 (226).

⁸⁸⁰ Wöber, RdW 2007, 591. Die Rsp sei nach diesem „vom Scheitern außergerichtlicher Sanierungen getragen und berücksichtigt (naturgemäß) nicht die positiven Effekte und die praktische wirtschaftliche Relevanz und Bedeutung geglückter außergerichtlicher Sanierungen.“

⁸⁸¹ Wöber, RdW 2007, 591 (592). Teilgenommen haben Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, Erste Bank AG und Bank Austria Creditanstalt. Die erfassten Causen mussten (i) seit Anfang 2005 anhängig sein und (ii) ein (Konzern-)Mindestoblgo beim jeweiligen Kreditinstitut von EUR 2 Mio haben, (iii) jedoch eingeschränkt auf die nach Einschätzung des jeweiligen Sanierungsbetreibers materiell insolventen Kunden.

⁸⁸² Kantner in Feldbauer-Durstmüller/Schlager² 1289 (1295); Wabl in Kopetzki et al 107 (116 ff).

bleiben oft unentdeckt und auch schlichte Gläubigerungleichbehandlungen können nicht rückgängig gemacht werden.⁸⁸³

Die regelmäßig vom KSV1870 herausgegebenen Insolvenzstatistiken⁸⁸⁴ zeigen neben einem generell stetigen Rücklauf der Insolvenzzahlen auch, dass Sanierungsverfahren trotz eines bereits niedrigen Niveaus stetig weniger werden (2018⁸⁸⁵ etwa 392 von 2.985 eröffneten Verfahren und 2019⁸⁸⁶ etwa 374 von 3.044 eröffneten Verfahren).⁸⁸⁷

In den Jahren 2017 bis 2019 wurden schließlich im Schnitt ca 40 % aller Insolvenzen mangels Kostendeckung *nicht* eröffnet.⁸⁸⁸ Ein genauerer Blick auf die nicht-eröffneten Verfahren zeigt aber auch, dass davon etwa im für die Studie relevanten Jahr 2018 von insgesamt 1.995 nicht-eröffneten Verfahren eine vergleichsweise geringe Zahl von 259 auf GmbH bzw AG entfällt (das sind rund 13 % der nicht-eröffneten Verfahren und rund 16,1 % der insgesamt 1.602 GmbH- bzw AG-Insolvenzen im Jahr 2018).⁸⁸⁹

9.2.3. Deutschland

9.2.3.1. Die Rolle der Geschäftsleitung

Anders als hierzulande gibt es in Deutschland bereits einige empirische Studien zum krisenbedingten Verhalten von Geschäftsleitern, wobei hier zuallererst auf die Insolvenzantragspflicht geblickt wurde.⁸⁹⁰

Der deutsche Gesetzgeber hat sich 2011 mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen⁸⁹¹ eine weitere Förderung der Sanierungskultur zum Ziel

⁸⁸³ Loizenbauer in Feldbauer-Durstmüller/Schlager² 1327 (1331), der festhält, es zehre „an der Rechts- und Wirtschaftsmoral, daß gerade diejenigen Schuldner von den Folgen illoyalen Verhaltens verschont bleiben, deren Vermögen die Kosten eines Verfahrens nicht mehr deckt.“

⁸⁸⁴ Abrufbar unter ksv.at/presse/insolvenzstatistik. Die Statistiken aus dem Jahr 2020 und 2021 sind aufgrund der COVID-19 Pandemie wohl nur bedingt aussagekräftig, weswegen auf selbige hier nicht weiter eingegangen wird.

⁸⁸⁵ KSV1870, Unternehmenspleiten 2018: Entwicklung deutlich abgeflacht, ksv.at (Stand 4. 1. 2019).

⁸⁸⁶ KSV1870, Trotz mehr Firmeninsolvenzen deutlicher Rückgang der Passiva, ksv.at (Stand 3. 1. 2020).

⁸⁸⁷ Aus der Statistik geht nicht hervor, in wie vielen Konkursverfahren nachträglich Sanierungen über Sanierungspläne erfolgt sind und wieviele der Sanierungspläne auch erfüllt wurden bzw werden. Eine von Zotter, ZIK 2012, 180 (180 f), im Nachklang des IRÄG 2010 für den Zeitraum 1. 7. 2010 bis 30. 6. 2012 erstellte Statistik zeigt, dass in dem genannten Zeitraum in insgesamt 5.382 der Konkursverfahren 1.462 Sanierungsplananträge gestellt wurden (daher in rund 27,16 % aller Konkursverfahren). Die erzielte Quote war bei den damals bereits aufgehobenen Konkursen 11,81 % und den damals bereits erfüllten Sanierungsplänen 31,61 %. Dies scheint zu belegen, dass bei Sanierung die erzielten Quoten idR deutlich höher sind als bei Zerschlagung.

⁸⁸⁸ Siehe die Gegenüberstellung der Zahlen aus 2017, 2018 und 2019 in der Statistik aus 2019 in KSV1870, Trotz mehr Firmeninsolvenzen deutlicher Rückgang der Passiva, ksv.at (5, Stand 3. 1. 2020).

⁸⁸⁹ KSV1870, Unternehmenspleiten 2018: Entwicklung deutlich abgeflacht, ksv.at (12, Stand 4. 1. 2019). Im Jahr 2019 waren es rund 20 % der nicht eröffneten Verfahren und rund 22,54 % der insgesamt 1.300 GmbH-bzw AG-Insolvenzen (s. ders. Trotz mehr Firmeninsolvenzen deutlicher Rückgang der Passiva, ksv.at [13, Stand 3. 1. 2020]).

⁸⁹⁰ Siehe dazu noch in den folgenden Pkten; zu den Studien überblicksartig auch Wabl, ZIK 2019, 178 (180).

⁸⁹¹ dBGBI I 2011/64, 2582, im Folgenden ESUG.

gesetzt. Im Jahr 2018 wurde das ESUG erstmals umfassend evaluiert.⁸⁹² Dabei wurde etwa festgestellt, dass sich Gesellschafter und Geschäftsführer aus Sicht der Banken, Finanzverwaltungen und Sozialversicherungsvertreter aber auch der Insolvenzverwalter/Sachwalter und Gläubiger in der Krise strategisch zuungunsten der Gläubiger verhalten würden.⁸⁹³ In der Praxis sei weiters festzustellen, dass die Insolvenz häufig deutlich verspätet beantragt werde.⁸⁹⁴

Auch sonst wird Geschäftsleitern bzw Schuldern in Deutschland oft ein schlechtes Zeugnis ausgestellt. Lt *Haarmeyer* würden etwa *alle* vorliegenden Befunde das gleiche Ergebnis ergeben: „Der offene und nachhaltige Rechtsbruch ist die Regel, Ausnahmen sind allenfalls in ganz wenigen Einzelfällen feststellbar.“⁸⁹⁵ Die gesetzliche und strafbewehrte Insolvenzantragspflicht werde „von nahezu jedem Unternehmen missachtet.“⁸⁹⁶ Bei einer Abweisung mangels Masse würde das gesetzwidrige Verhalten von Unternehmen in der Krise nicht korrigiert werden, was zu einem Auseinanderklaffen zwischen den gesetzlichen Zielsetzungen des Insolvenzverfahrens und der realen Situation im Insolvenzgeschehen führen könnte.⁸⁹⁷ Insgesamt werde die Insolvenzverschleppung trotz eines jährlichen unmittelbaren volkswirtschaftlichen Schadens von rund EUR 50 Mrd an Forderungsausfällen auch weiterhin als Kavaliersdelikt angesehen.⁸⁹⁸

Die Antragsmöglichkeit bei drohender Zahlungsunfähigkeit werde insb deswegen faktisch nicht genutzt, weil im deutschen Recht anders als im England (*wrongful trading*) keine Haftungsfolgen in der schon „betriebswirtschaftlichen Krise“ postuliert werden würden.⁸⁹⁹ Mit der Initiative zur RIRL bestehe nun „erstmal“ die Aussicht für eine grundlegende Veränderung unternehmerischen Handelns in der Krise.⁹⁰⁰

⁸⁹² *Jacoby/Madaus/Sack/Schmidt/Thole*, Evaluierung Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7. Dezember 2011, bmjv.de (Stand 10. 10. 2018), im Folgenden **ESUG-Evaluierung**.

⁸⁹³ ESUG-Evaluierung 21; *Weitzmann*, BB 2019, 521 (521).

⁸⁹⁴ *Weitzmann*, BB 2019, 521 (523); *Borchardt* in *HambKomm*⁷ Anh V Rz 1 mwN.

⁸⁹⁵ *Haarmeyer* in *Haarmeyer/Huber/Schmittmann*⁴ 7 (Rz 11) ua auch mit Verweis auf die nachfolgend dargestellten Studien.

⁸⁹⁶ *Haarmeyer* in *Haarmeyer/Huber/Schmittmann*⁴ 7 (Rz 11). Auch nach Eintritt der materiellen Insolvenz würden Schuldner solange weiterwirtschaften, bis auch die letzten finanziellen Reserven erschöpft sind und das Eigenkapital nahezu vollständig verbraucht ist. Dieser schätzt daher, dass schon durch die Einhaltung der gesetzlichen Antragspflicht die durchschnittliche Befriedigungsquote deutlich oberhalb von 50 % statt der tatsächlich sehr niedrigen Prozentsätze liegen würde.

⁸⁹⁷ *Haarmeyer* in *Haarmeyer/Huber/Schmittmann*⁴ 7 (Rz 13 mwN, 15). Weiters würde im Falle der Vermeidung von Insolvenzabweisungen mangels Masse und die mit einer Eröffnung verbundene Realisierung insolvenzspezifischer Ansprüche die durchschnittliche Befriedigungsquote ebenso um 20 bis zu 60 % steigen, nachdem das einer Verfolgung zugängliche virtuelle Vermögen pro Jahr EUR 9 bis 10 Mrd ausmachen würde.

⁸⁹⁸ *Haarmeyer* in *Haarmeyer/Huber/Schmittmann*⁴ 7 (Rz 19), der auch auf ein Leerlaufen bei den Staatsanwaltschaften angesichts massiver Sparmaßnahmen hinweist.

⁸⁹⁹ *Haarmeyer* in *Haarmeyer/Huber/Schmittmann*⁴ 7 (Rz 16), dies jedoch ohne tiefergehende Auseinandersetzungen mit dem englischen Gesetzesregime.

⁹⁰⁰ *Haarmeyer* in *Haarmeyer/Huber/Schmittmann*⁴ 7 (Rz 16).

9.2.3.2. Die ZIS-Studien

Zwei vom *Zentrum für Insolvenz und Sanierung an der Universität Mannheim* (im Folgenden **ZIS**) und der *Euler Hermes Kreditversicherung* in den Jahren 2006 und 2009 unternommene Befragungen deutscher Insolvenzverwalter haben sich mit dem Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung auseinandergesetzt.⁹⁰¹ In den Studien wurde nicht auf bestimmte Rechtsformen abgestellt.

(a) Studie 2006

Die Studie aus 2006 war nach eigenen Angaben die erste umfassende Studie zu diesem Thema und bestand aus standardisierten, im Sommer 2006 abgehaltenen Telefoninterviews mit insgesamt 124 deutschen Insolvenzverwaltern, die ihrerseits zu diesem Zeitpunkt insgesamt rund 19.000 Unternehmensinsolvenzen abwickelten.⁹⁰² Die Studie lieferte nachfolgende Kernaussagen:

- 72 % der Insolvenzanträge werden zu spät, 23 % nach einer gerade noch vertretbaren Wartezeit und lediglich 5 % zum frühestmöglichen Zeitpunkt gestellt.⁹⁰³
- 96 % der Befragten gaben an, dass die Chancen für eine Sanierung bei frühzeitiger Antragstellung größer sind.⁹⁰⁴
- Als wesentliche Gründe für die verspätete Antragstellung wurden etwa die Hoffnung, dass es nach jahrelangen Erfolgen irgendwie von selbst wieder aufwärts gehen wird (96 %), die Angst vor der Bloßstellung im Bekanntenkreis und in der Branche (95 %) oder der Umstand, dass die verspätete Antragstellung idR nicht sanktioniert werde (60 %) genannt.⁹⁰⁵

(b) Studie 2009

Im Nachklang der Finanzkrise und im Vorfeld einer damals erwarteten „Insolvenzwelle“⁹⁰⁶ wurden im März und April 2009 wiederum Telefoninterviews mit insgesamt 107⁹⁰⁷ deutschen Insolvenzverwaltern geführt, die damals 21.000 Unternehmensinsolvenzen abwickelten.⁹⁰⁸ Die Studie lieferte in Bezug auf

⁹⁰¹ *Euler Hermes/ZIS*, Wirtschaft Konkret Nr 414 (2006); sowie *dies*, Wirtschaft Konkret Nr 107 (2009). In den Studien wurde nicht auf bestimmte Rechtsformen abgestellt.

⁹⁰² *Euler Hermes/ZIS*, Wirtschaft Konkret Nr 414 (2006) 5.

⁹⁰³ *Euler Hermes/ZIS*, Wirtschaft Konkret Nr 414 (2006) 9.

⁹⁰⁴ *Euler Hermes/ZIS*, Wirtschaft Konkret Nr 414 (2006) 10.

⁹⁰⁵ *Euler Hermes/ZIS*, Wirtschaft Konkret Nr 414 (2006) 13. Weitere Gründe waren die Einstufung der Situation als Krise, aber nicht als Insolvenz (88 %), fehlendes Vertrauen in das Insolvenzverfahren (77 %) und unzureichende Kenntnis der gesetzlichen Bestimmungen (58 %).

⁹⁰⁶ *Euler Hermes/ZIS*, Wirtschaft Konkret Nr 107 (2009) 5.

⁹⁰⁷ Anm: Die Tatsache, dass auch bei der im Rahmen dieser Arbeit erstellten Studie exakt 107 Insolvenzverwalter teilgenommen haben, ist ein reiner, wenn auch bemerkenswerter, Zufall.

⁹⁰⁸ *Euler Hermes/ZIS*, Wirtschaft Konkret Nr 107 (2009) 6.

Geschäftsleiter als wesentliche Kernaussage, dass drei Jahre nach der ersten Studie „nur mehr“ 66 % der Insolvenzanträge zu spät, 25 % nach einer gerade noch vertretbaren Wartezeit und immerhin 9 % zum frühestmöglichen Zeitpunkt gestellt wurden.⁹⁰⁹ Dies war eine geringfügige Verbesserung im Vergleich zu 2006.

Trotz der Finanzkrise und der Vermutung, dass die Beratungsresistenz in solchen Zeiten wohl geringer werden sollte,⁹¹⁰ war die Zahl der Insolvenzverschleppungen mit rund zwei Dritteln aber immer noch relativ hoch. Nach *Bitter/Röder* schienen die Angst vor der Stigmatisierung als Versager und das Vertrauen in die Verbesserung der wirtschaftlichen Situation immer noch eine große Mehrheit der Führungskräfte von der rechtzeitigen Antragstellung abgehalten zu haben.⁹¹¹

9.2.3.3. Die KDLB-Studie

Eine auch im Jahr 2006 von DI *Hans-Joachim Kirstein* (*KDLB Kaufmännische Dienstleistung AG*, im Folgenden **KDLB**) im Rahmen von sog *insolvency investigations* durchgeführte Auswertung brachte noch deutlichere Resultate.⁹¹² KDLB hat sich auf die Ermittlung und prozessreife Aufbereitung insolvenzspezifischer Ansprüche im Auftrag von Insolvenzverwaltern spezialisiert und im relevanten Zeitraum in rund 800 Insolvenzverfahren Ermittlungen durchgeführt.⁹¹³ 326 dieser Verfahren wurden (ohne eine Differenzierung auf bestimmte Rechtsformen) ausgewertet und zwar mit dem Ergebnis, dass *sämtliche* davon verspätet beantragt wurden. Der tatsächliche Eintritt der materiellen Insolvenz wurde im Durchschnitt mit 10,28 Monaten *vor* tatsächlicher Antragstellung festgestellt.⁹¹⁴ Die im Vergleich zu den ZIS-Studien noch höheren Werte könnten sich dadurch erklären, dass bei solchen, von Insolvenzverwaltern beauftragten *insolvency investigations* tendenziell wohl nur bereits „verdächtige“ Fälle untersucht werden.⁹¹⁵

Nach *Kirstein* könne aufgrund der Ermittlungsergebnisse durchaus berechtigt schlussgefolgert werden, dass sich „viele Geschäftsführer von Gesellschaften bzgl. der Insolvenzantragstellung so verhalten, als wenn es die gesetzlichen Normen nicht gäbe und sie nicht antragspflichtig wären, sondern aussch. antragsberechtigt.“ Besonders ausgeprägt sei diese Verhaltensweise bei Personenidentität zwischen Gesellschafter und Geschäftsführer. Hier werde der Antrag erst gestellt, wenn die Situation ausweglos erscheine.

⁹⁰⁹ *Euler Hermes/ZIS*, *Wirtschaft Konkret* Nr 107 (2009) 17. Die Studie aus 2009 befasste sich nicht mehr so detailliert mit der Insolvenzantragspflicht und weiteren Detailfragen wie noch die Studie aus 2006.

⁹¹⁰ So auch *Bitter/Röder*, *ZInsO* 2009, 1283 (1286 f).

⁹¹¹ *Bitter/Röder*, *ZInsO* 2009, 1283 (1286 f).

⁹¹² Zusammengefasst in *Kirstein*, *ZInsO* 2006, 966.

⁹¹³ *Kirstein*, *ZInsO* 2006, 966 (966).

⁹¹⁴ *Kirstein*, *ZInsO* 2006, 966 (967).

⁹¹⁵ So bereits *Wabl*, *ZIK* 2019, 178 (180 FN 25).

Trotzdem werde selbstverständlich das Haftungsprivileg der haftungsbeschränkten Gesellschaft beansprucht.⁹¹⁶

Aus der Erfahrung *Kirstein*‘s sei schließlich bei haftungsbeschränkten Gesellschaften die Abweisung mangels Masse nicht nur ein Indiz für die Verletzung gesetzlicher Normen, hier sei vielmehr „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ darauf zu schließen, dass gegen gesetzliche Normen verstoßen wurde.⁹¹⁷

9.3. Auswertung des Fragebogens⁹¹⁸

9.3.1. Teil 1: Bestandsaufnahme zu Pflichtverletzungen im letzten Jahr vor Insolvenzeröffnung

9.3.1.1. Aufgabenstellung

Die Aufgabenstellung diene der Gewinnung von Erkenntnissen zu krisenspezifischen Pflichtverletzungen, die von Insolvenzverwaltern in den von ihnen betreuten Insolvenzverfahren identifiziert wurden und die im letzten Jahr vor Insolvenzeröffnung vorgekommen sind. Durch die Erkenntnisse sollte zuallererst eine Bestandsaufnahme dazu erfolgen, wie oft unter dem bestehenden Pflichtenregime tatsächlich Pflichtverletzungen vorkommen.

Die Aufgabenstellung an die Insolvenzverwalter lautete wie folgt:

Art 18⁹¹⁹ des letzten Entwurfs zur EU-RL⁹²⁰ sieht vor, dass Geschäftsleiter bei drohender Insolvenz⁹²¹ zur speziellen Interessenswahrung verpflichtet sein sollen sowie Schritte zur Insolvenzvermeidung setzen und absichtliches oder grob schädigendes Verhalten unterlassen sollen. Das österr Recht kennt mehrere Bestimmungen, welche Geschäftsleiter insb im Krisenzusammenhang zu sorgfaltsgemäßem Handeln anleiten und zB Gläubigerschutz und -gleichbehandlung sicherstellen sollen. Die nachfolgenden Fragen sollen klären, in wie vielen von Ihnen verwalteten Insolvenzverfahren dennoch entsprechend nachweisbare Regelverstöße von Geschäftsleitern in zeitlicher Nähe zur Insolvenzeröffnung (als Zeitrahmen wird ein Jahr angesetzt) vorgekommen sind.

Um mögliche Unterschiede im Verhalten der Geschäftsleiter aufzuzeigen, wird zwischen Konkurs- und Sanierungsverfahren unterschieden (bitte um Antworten zu beiden).⁹²²

⁹¹⁶ *Kirstein*, ZInsO 2006, 966 (967). Dass dies nicht zwingend so sein muss, vertreten etwa *Kebekus/Zenker* in FS Georg Maier-Reimer 319 (326 f mwN), nach welchen sich keine Besonderheiten daraus ergeben würden, „dass die Geschäftsführer oft auch Gesellschafter sind, da dies für sich noch keine Interessenskollision begründet und eine solche auch nicht signifikant wahrscheinlich macht.“

⁹¹⁷ *Kirstein*, ZInsO 2006, 966 (968).

⁹¹⁸ Die vollständige Detailauswertung ist als **Annex 2** beigelegt.

⁹¹⁹ Anm: Nunmehr Art 19 RIRL.

⁹²⁰ Anm: Nunmehr RIRL.

⁹²¹ Anm: Nunmehr „Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz“.

⁹²² Zwischen Sanierungsverfahren ohne bzw mit Eigenverwaltung wurde nicht unterschieden.

Die Befragten konnten jeweils eine der folgenden Bandbreiten ankreuzen: 0 bis 25 %, 25 bis 50 %, 50 bis 75 % sowie 75 bis 100 %.

9.3.1.2. Detailliergebenisse

- (a) *Frage 1 Insolvenzanfechtung:* In etwa 57 % der Konkurs- sowie in 43 % der Sanierungsverfahren werden anfechtbare Rechtshandlungen aus dem letzten Jahr vor der Insolvenzeröffnung festgestellt. Der deutliche Unterschied zwischen Konkurs- und Sanierungsverfahren wird dadurch unterstrichen, dass rund 27 % aller Verwalter sogar in 75 bis 100 % aller Konkursverfahren Anfechtungsansprüche lokalisieren, hingegen nur etwa 12 % in Sanierungsverfahren.
- (b) *Frage 2 Verstöße gegen Kapitalerhaltungsvorschriften:* Hier sind die Zahlen deutlich niedriger als bei der Insolvenzanfechtung. „Nur“ in rund 33 % der Konkurs- und rund 26 % der Sanierungsverfahren wurden solche Verstöße festgestellt. Hier ist auch der Unterschied zwischen Konkurs- und Sanierungsverfahren deutlich geringer, was daran liegen könnte, dass es sich dabei um ein gesellschaftsrechtliches und daher kein krisenspezifisches Rechtsinstitut handelt. Nur einer der Befragten gab an, in 75 bis 100 % aller Konkursverfahren kommen solche Verstöße vor, kein einziger sagte dies hinsichtlich des Sanierungsverfahrens.
- (c) *Frage 3 Strafrechtsdelikte mit Fokus auf das Gesellschaftsvermögen (insb Untreue):* Strafrechtlich relevantes Verhalten, das auf das Gesellschaftsvermögen bzw das Vermögen der Anteilsinhaber als wirtschaftlich Berechtigte abzielt (insb § 153 StGB) wird „nur“ in etwa 21 % der Konkursverfahren und 17 % der Sanierungsverfahren festgestellt. Kein einziger der Befragten sieht solche Verstöße in 75 bis 100 % der Konkurs- oder Sanierungsverfahren.
- (d) *Frage 4 Strafrechtsdelikte mit Fokus auf den Gläubigerschutz (insb Kridadelikte):* Verstöße gegen primär dem Gläubigerschutz dienende Delikte kommen etwas öfter, nämlich in rund 25 % der Konkurs- sowie rund 20 % der Sanierungsverfahren vor. Tendenziell (wenn auch nur geringfügig) scheinen straffällige Geschäftsleiter daher eher gläubiger- als gesellschaftsschädigend zu handeln.
- (e) *Frage 5 Verletzungen der Insolvenzantragspflicht:* Rund 53 % der Konkursverfahren (daher mehr als jedes zweite) bzw rund 36 % der Sanierungsverfahren (daher mehr als jedes dritte) werden zu spät beantragt. Noch deutlicher zeigt sich der Unterschied in den Details. Im Konkursverfahren geben lediglich rund 15 % der Befragten Verletzungen in 0 bis 25 % der Verfahren an. Im Sanierungsverfahren sind dies hingegen 45 % aller Befragten.
- (f) *Frage 6 Verletzungen des Zahlungsverbots:* Die Zahlen zum gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverbot des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG bzw § 84 Abs 3 Z 6 AktG sind relativ ähnlich wie die zur Insolvenzantragspflicht. In knapp jedem zweiten Konkursverfahren (rund 47 %) und in rund jedem dritten Sanierungsverfahren (rund

35 %) werden Verstöße festgestellt. Die ähnlichen Werte überraschen nicht, sind doch beide Tatbestände an die materielle Insolvenz des Unternehmens geknüpft.

- (g) *Frage 7 Nichteinleitung eines Reorganisationsverfahrens (§ 22 URG) („Reorganisationspflicht“)*: Auch hier sind die Zahlen relativ ähnlich zur Insolvenzantragspflicht bzw zum Zahlungsverbot. In rund 47 % aller Konkursverfahren hat die Geschäftsleitung trotz Reorganisationsbedarf kein Reorganisationsverfahren lt URG eingeleitet. Im Sanierungsverfahren sind es rund 35 %.⁹²³
- (h) *Frage 8 Verletzung der Rückzahlungssperre des § 14 EKEG*: In „nur“ rund 24 % der Konkursverfahren sowie etwa 21 % der Sanierungsverfahren werden eigenkapitalersetzende Kredite trotz Rückzahlungssperre an die Gesellschafter rückbezahlt. Die vergleichsweise geringe Zahl liegt möglicherweise daran, dass es zwar regelmäßig, aber bei weitem nicht in jedem Insolvenzverfahren eigenkapitalersetzende Kredite gibt (bzw solche teils ohnehin vertraglich nachrangig erklärt wurden).
- (i) *Frage 9 Verletzungen der allgemeinen Sorgfaltspflicht (insb „Sanierungspflicht“)*: Diese Zahlen sind sehr ähnlich zu den Ergebnissen zur „Reorganisationspflicht“. In rund 48 % der Konkursverfahren und rund 38 % der Sanierungsverfahren haben die Geschäftsleiter in der Krise keine oder die falschen Gegenmaßnahmen gesetzt und dadurch ihre gesellschaftsrechtliche „Sanierungspflicht“ verletzt.

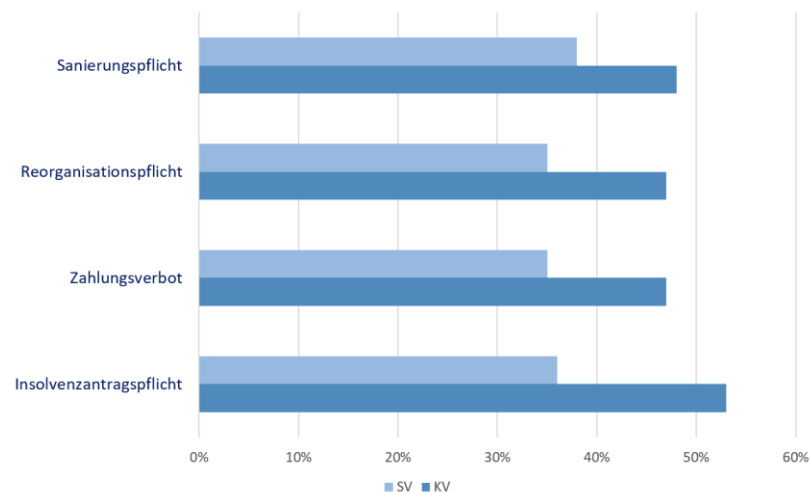
9.3.1.3. Verletzungen krisenspezifischer Handlungs- bzw (Antrags-)pflichten

In Konkursverfahren kommen somit wenig überraschend deutlich mehr Pflichtverletzungen vor als in Sanierungsverfahren. Bei den krisenspezifischen Handlungs- bzw (Antrags-)pflichten (Fragen 5, 6, 7 und 9) kann als grober Leitfaden mitgenommen werden, dass etwa in jedem zweiten Konkursverfahren (Bandbreite von 47 bis 53 %) und in jedem dritten Sanierungsverfahren (Bandbreite von 35 bis 38 %) falsch oder zu spät gehandelt wird (s Grafik 2).⁹²⁴

⁹²³ Hier mag die Höhe der Ergebnisse insofern etwas überraschen, weil die Haftungsbestimmung des § 22 URG nur für prüfpflichtige juristische Personen gilt. Bei der Fragestellung wurde aber nicht danach differenziert, ob die Pflichtverletzung direkt aus § 22 URG oder aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht entspringt (s dazu gleich Frage 9).

⁹²⁴ Grafik 2 basiert auf einer in nahezu gleicher Fassung bereits in *Wabl*, ZIK 2019, 178 (181) veröffentlichten Abbildung (dort mit Grafik 2 nummeriert).

Grafik 2: Verletzungen krisenspezifischer (Antrags-)Pflichten



Aufgrund der relativ ähnlichen Größenordnungen liegt somit der Schluss nahe, dass diejenigen Geschäftsleiter, die bereits in einem früheren Stadium zB ihrer gesellschaftsrechtlichen Sanierungspflicht bzw -verantwortung nicht nachkommen, eine Kette von Pflichtverletzungen in Gang setzen, die bei materieller Insolvenz auch zu Verletzungen der Pflicht zur Gläubigergleichbehandlung (Zahlungsverbot, aber auch anfechtbare Rechtshandlungen) sowie schlussendlich zu einer verspäteten Insolvenzantragstellung führen. Es scheint somit so etwas wie einen roten Faden zu geben.⁹²⁵

Was die Auswertung aber nicht zeigt ist, ob sich die Werte teilweise überschneiden. Es könnte etwa der Fall sein, dass zwar eine Verletzung des § 22 URG im Raum steht, dass die Geschäftsleitung aber dennoch sorgfaltsgemäß gehandelt hat, weil sie andere, besser geeignete Maßnahmen eingeleitet hat.

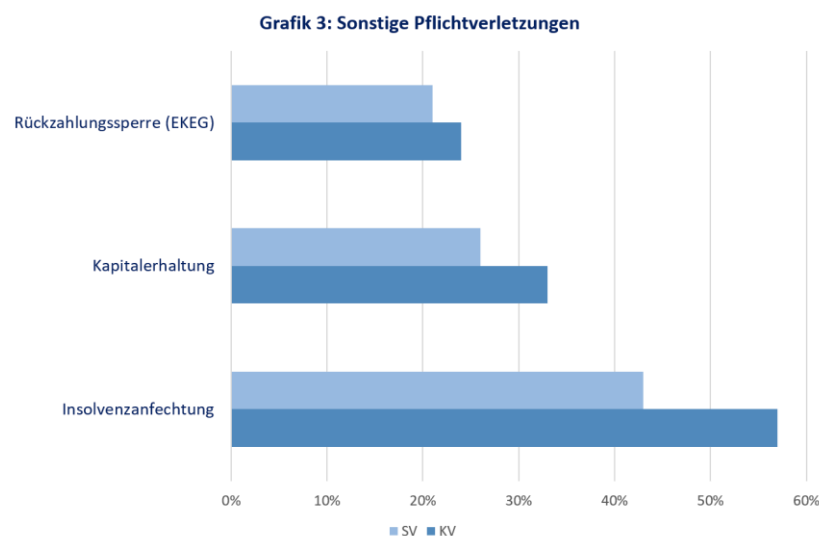
Erfreulicherweise scheinen schließlich Sanierungsverfahren tatsächlich einen klar messbaren Anreiz zu früherem, rechtzeitigem und daher sorgfaltsgemäßigem Handeln zu schaffen.⁹²⁶

⁹²⁵ Wabl, ZIK 2019, 178 (180).

⁹²⁶ Wabl, ZIK 2019, 178 (180). Es kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass den besseren Ergebnissen bei Sanierungsverfahren auch ein *hindsight bias* der Befragten zugrunde liegt. Siehe dazu etwa eine in Strohmaier/Pluut/van den Bos/Adriaanse/Vriesendorp, JASP 2021, 141 (insb 145 ff) veröffentlichte empirische Studie, bei der 727 *insolvency professionals* (alles Mitglieder von *INSOL Europe*) befragt wurden. Die Befragten wurden beliebig in zwei Gruppen aufgeteilt und mussten sodann zum Rettungsplan eines CEO Fragen zu *decision quality*, *foreseeability* und *legal responsibility* beantworten. Der einen Hälfte wurde der negative Ausgang des Rettungsplans (*bankruptcy*) offengelegt, bei der anderen Hälfte wurde der Ausgang offengelassen. Sowohl bei *decision quality*, *foreseeability* als auch *legal responsibility* urteilte diejenige Gruppe, die über den negativen Ausgang informiert war, messbar *strenger* als die „unwissende“ Gruppe.

9.3.1.4. Sonstige Pflichtverletzungen

Bei den sonstigen Pflichtverletzungen sticht die Insolvenzanfechtung im Vergleich zu Eigenkapitalersatz und Kapitalerhaltung deutlich hervor (s [Grafik 3](#)). Auch hier gibt es aber (teils deutliche) Unterschiede zwischen Konkurs- und Sanierungsverfahren. Eine Gegenüberstellung der Werte zur Insolvenzanfechtung (57 bzw 43 %) mit Verletzungen des Zahlungsverbots (47 bzw 35 %) zeigt, dass wohl die allermeisten Insolvenzanfechtungsansprüche auf Verletzungen der Gläubigergleichbehandlungspflicht und daher auf die praxisrelevantesten Anfechtungstatbestände der §§ 30, 31 IO gestützt werden.⁹²⁷

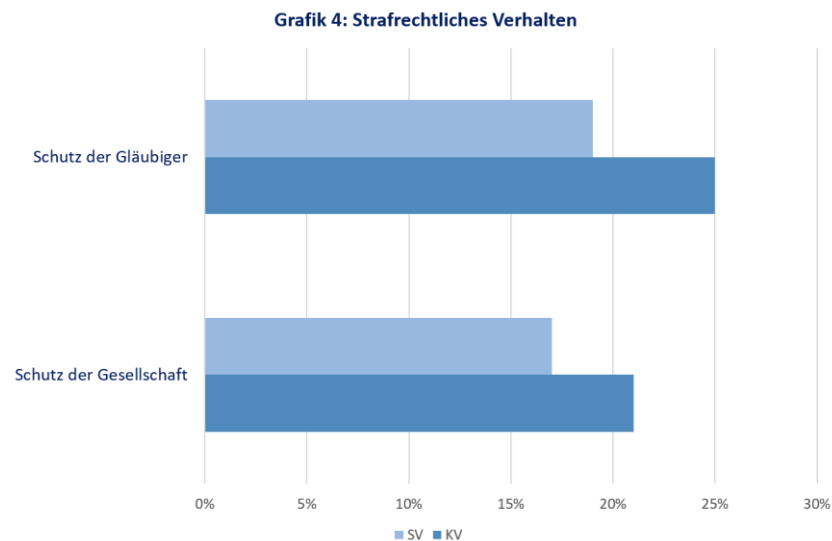


9.3.1.5. Strafrechtliches Verhalten

Strafrechtlich relevantes Verhalten kommt wie in [Grafik 4](#) zusammengefasst in höchstens jedem vierten eröffneten Konkursverfahren und maximal jedem fünften Sanierungsverfahren vor. Wenn, dann geht es tendenziell (aber nur im einstelligen Prozentbereich) eher zu Lasten der Gläubiger als zu Lasten der Gesellschaft bzw der Anteilseigner.⁹²⁸

⁹²⁷ Es mag dennoch etwas überraschen, dass die identifizierten Insolvenzanfechtungsansprüche mit jeweils rund 10 % doch deutlich über denjenigen zum Zahlungsverbot (Frage 6) liegen, werden doch auch aus praktischer Erfahrung die allermeisten Anfechtungsansprüche auf die §§ 30, 31 IO gestützt. Der Unterschied mag sich etwa auch dadurch erklären, dass eine erfolgreiche Anfechtung ja auch die dazugehörige Geschäftsleiterhaftung idR ausschließt; ebenso kann in Ausnahmefällen nicht ausgeschlossen werden, dass trotz Anfechtbarkeit keine Pflichtverletzung der Geschäftsleitung vorliegt.

⁹²⁸ *Wabl*, ZIK 2019, 178 (181).



Im Vergleich zu den bereits oben in Pkt 9.2.2.1 gezeigten Zahlen aus 1996 (28 %) und 1999 (31 %) zeigt sich eine Verringerung, die sich aber schon dadurch erklären mag, dass damals die „leicht fahrlässige Konkursverschleppung“ noch strafbar war und dass die damaligen Zahlen nicht auf Geschäftsleiter von GmbH und AG beschränkt waren.

In Gegenüberstellung zu den in Pkt 9.3.1.3 zusammengefassten Pflichtverletzungen ergibt sich schließlich, dass Geschäftsleiter vergleichsweise häufig fahrlässig (pflichtwidrig), aber vergleichsweise selten straffällig handeln.⁹²⁹

9.3.2. Teil 2: Pflichten als Anreiz für frühzeitiges Handeln

9.3.2.1. Aufgabenstellung

Im Lichte der von *UNCITRAL* inspirierten Fragestellungen (s unten Pkt 9.1.2) sollten die Fragen in Teil 2 Erkenntnisse darüber bringen, ob krisenspezifische Geschäftsleiterpflichten tatsächlich geeignet sein können, frühzeitiges Handeln (insb frühzeitiges Einleiten von Sanierungs- bzw Restrukturierungsmaßnahmen) zu fördern (positiver Anreiz) bzw wenn nicht, dieses zumindest sicherzustellen (negativer Anreiz).

Die Aufgabenstellung an die Insolvenzverwalter lautete wie folgt:

Forschungsthese: Eines der Hauptziele für Geschäftsleiterpflichten im Krisenzusammenhang ist es, Geschäftsleiter dazu zu bringen, frühzeitig auf Krisensituationen zu reagieren. Geschäftsleiter sollen nicht bis zum bitteren Ende „weiterwursteln“. Durch frühzeitiges Reagieren sollen vielmehr Werte erhalten und masselose bzw -arme Konkurse und vergleichsweise niedrige Zerschlagungsquoten vermieden werden. Pflichten sollten daher auch nicht zu streng sein, damit Geschäftsleitern trotz persönlicher Haftungsrisiken noch ausreichend Handlungsspielraum bleibt.

⁹²⁹ Wabl, ZIK 2019, 178 (184).

Statistik: In Österreich wurden 2018 rund 40 %⁹³⁰ der Insolvenzen mangels kostendeckenden Vermögens nicht eröffnet. Nur rund 13 %⁹³¹ der eröffneten Insolvenzverfahren waren Sanierungsverfahren.

Frage 1 enthielt insgesamt acht vorgegebene Antwortmöglichkeiten, Frage 2 konnte mit „Ja“ oder „Nein“ beantwortet werden. Im Fragebogen wurde insb auch versucht, Ursachenforschung im Bereich masselose bzw -arme Konkurse zu betreiben und den diesbezüglichen Einfluss von Geschäftsleiterpflichten zu erheben.

9.3.2.2. Detailergebnisse

- (a) *Frage 1 Ursachen für die argumentierbar hohe Zahl an nicht eröffneten Verfahren und bei eröffneten Verfahren die geringe Zahl an Sanierungsverfahren:*⁹³² Als häufigsten Grund für die genannten Zahlen wurden fehlende Mittel zB zur Beiziehung von Beratern oder Einholung eines Restrukturierungskonzepts genannt (knappe 65 %). Jeweils ungefähr die Hälfte der Befragten sehen die österr KMU-Struktur (54 %) sowie die fehlende Bereitschaft der Anteilseigner für Sanierungsmaßnahmen (48 %) als Hauptgrund. Fehlende Bereitschaft der sonstigen Stakeholder (va Großgläubiger) nennen nur rund ein Drittel (32 %).

Erst danach werden Geschäftsleiter angesprochen. Immerhin 32 % der Befragten geben an, dass zu lockere Geschäftsleiterpflichten die Ursachen seien. Nur 2 % (und auch an der Zahl nur zwei der Befragten) nennen zu strenge Pflichten als Ursache.

Dass es an der Qualität der gesetzlichen Restrukturierungstools liegt, glaubt nicht einmal jeder Fünfte (rund 17 %). Rund 14 % nennen schließlich sonstige Gründe, wobei hier weitestgehend fehlendes Bewusstsein, mangelnde Kompetenz sowie Ignoranz der Geschäftsleitung als Gründe genannt wurden.

- (b) *Frage 2 Sehen die Befragten hinsichtlich der Ursachen Unterschiede für KMU?* Hier gibt es zwei mehr oder weniger gleich starke Lager. 46 % der Befragten sehen *keinen* Unterschied zwischen großen Unternehmen und KMU, 54 % sehr wohl. Als wesentlicher Unterschied wird iW genannt, dass bei großen Unternehmen Strukturen idR professioneller (inkl ordentlichem Rechnungswesen) und auch Geschäftsleiter idR höher qualifiziert seien. Auch das Vorhandensein entsprechender Mittel für Beraterkosten und Restrukturierungsmaßnahmen bei großen Unternehmen wird genannt und bestätigt die Ergebnisse zu Frage 1.

9.3.2.3. Erkenntnisse

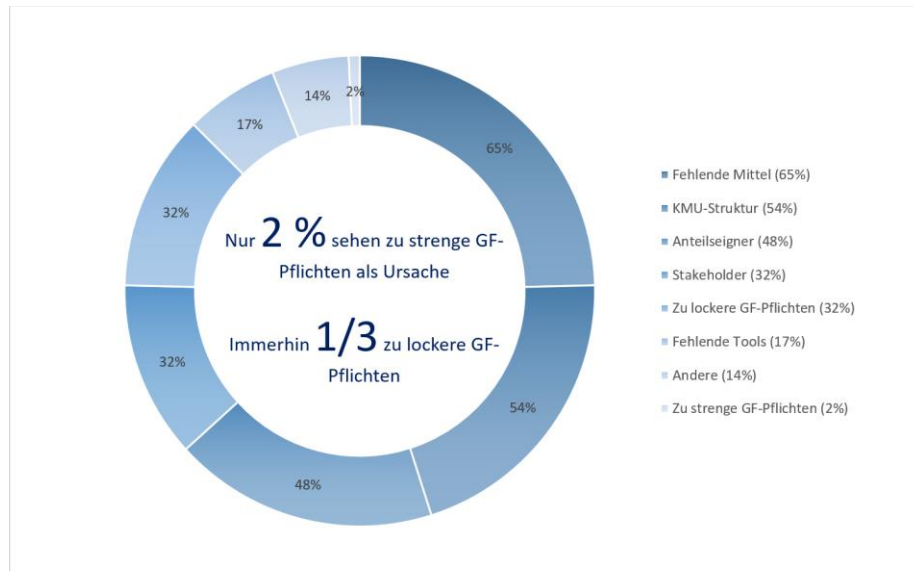
Der Grund für die argumentierbar hohe Zahl an masselosen Konkursen und die geringe Zahl an gerichtlichen Sanierungsverfahren liegt – wohl wenig überraschend – schon im Umstand, dass von vornherein zu wenig Geld zur Sanierung des Unternehmens sowie zur Beiziehung

⁹³⁰ Zu den Insolvenzzahlen in Österreich s oben Pkt 9.2.2.3.

⁹³¹ Zu den Insolvenzzahlen in Österreich s oben Pkt 9.2.2.3.

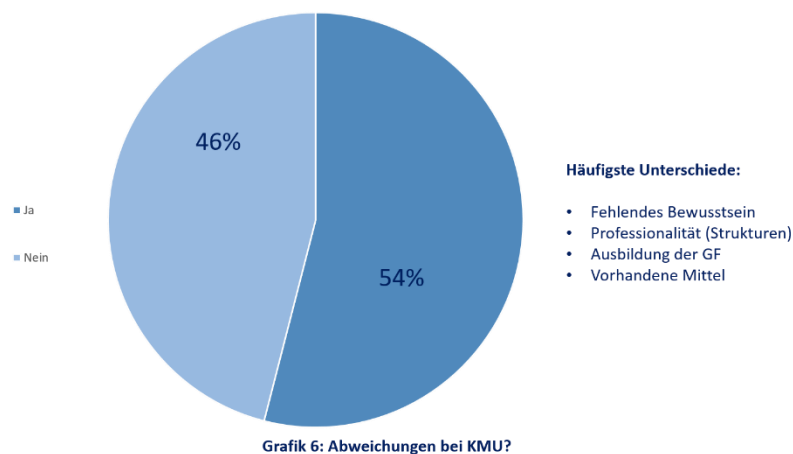
⁹³² Hier waren Mehrfachankreuzungen möglich; s zu den Ergebnissen auch *Wabl*, ZIK 2019, 178 (181).

von Beratern vorhanden ist. Pflichten der Geschäftsleiter spielen hier tendenziell eine eher geringe Rolle. Immerhin noch jeder Dritte führte zu lockere Pflichten als (Mit-)Ursache an, nahezu niemand zu strenge Pflichten.⁹³³ Grafik 5 bietet einen Überblick der Ergebnisse.⁹³⁴



Grafik 5: Ursachen für masselose Konkurse und wenige Sanierungsverfahren

Die in Grafik 5 gezeigten Ergebnisse gelten der knappen Hälfte der Befragten nach sowohl bei KMU als auch bei großen Unternehmen gleichermaßen (s. Grafik 6). Unterschiede zwischen KMU und großen Unternehmen gibt es lt. den Befragten insb. im Bereich der Professionalität und der zur Verfügung stehenden Mittel.



Grafik 6: Abweichungen bei KMU?

⁹³³ Wabl, ZIK 2019, 178 (181).

⁹³⁴ Grafik 5 basiert auf einer in nahezu gleicher Fassung bereits in Wabl, ZIK 2019, 178 (181) veröffentlichten Abbildung (dort als Grafik 3 nummeriert).

9.3.3. Teil 3: Pflichten zum Schutz bestimmter Interessen

9.3.3.1. Aufgabenstellung

In einem nächsten Schritt sollten wiederum auf Basis der von *UNCITRAL* inspirierten Fragestellungen (s oben Pkt 9.1.2) Erkenntnisse darüber gewonnen werden, ob das bestehende österr Pflichtenregime ausreicht, um einen durch Pflichtverletzungen verursachten Schaden wenn nötig wieder gut zu machen. Da in Art 19 lit a RIRL auch die Wahrung der Interessen der Gläubiger, Anteilsinhaber und sonstiger Interessenträger hervorgehoben wird, wurde weiters erhoben, ob aus Sicht der Befragten durch das Pflichtenregime für Geschäftsleiter die unterschiedlichen Interessen gleichermaßen geschützt sind.

Die Aufgabenstellung an die Insolvenzverwalter lautete wie folgt:

Forschungsthese: Einer der Hauptzwecke für Geschäftsleiterpflichten im Krisenzusammenhang ist der Schutz legitimer Interessen von Gläubigern und anderen Stakeholdern, die in dieser Phase besonders gefährdet sind. Einerseits sollten Pflichten und damit zusammenhängende Haftungsrisiken eine gewisse Abschreckungswirkung bzw einen „Erziehungseffekt“ haben. Sollten andererseits trotz entsprechender Pflichten und Verbote Regelverstöße vorkommen, müssen Insolvenzverwalter in der Lage sein, Ersatzansprüche gegen die rechtswidrig agierende Geschäftsleitung geltend und dadurch im besten Fall entstandenen Schaden wieder gut zu machen.

Die nachfolgenden Fragen sollen klären, ob dies durch das bestehende österr Regelwerk gewährleistet ist oder ob es Schutzlücken gibt.

Um mögliche Unterschiede im Verhalten der Geschäftsleiter aufzuzeigen, wird bei den Fragen 3 bis 5 zwischen Konkurs- und Sanierungsverfahren unterschieden (bitte um Antworten zu beiden).

Fragen 1 und 2 konnten mit „absolut nicht“, „eher nicht“, „eher schon“ oder „absolut“ beantwortet werden. Fragen 3 bis 5 sahen gleich wie in Teil 1 vier Antwortmöglichkeiten in Form von Prozentbandbreiten vor. In Fragen 6 und 7 wurden jeweils acht Antwortmöglichkeiten vorgegeben.

9.3.3.2. Detailliergebisse⁹³⁵

- (a) *Frage 1 Reicht das bestehende Pflichtenregime aus, um bei Verletzungen erfolgreich Ersatzforderungen geltend zu machen?* Die Befragten attestieren dem österr Pflichtenregime ein relativ gutes Zeugnis. Rund 61 % sehen die bestehenden Regelungen als „eher schon“ und rund 27 % als „absolut“ ausreichend an. Insgesamt scheinen daher knapp neun von zehn der Befragten (eher) zufrieden mit dem bestehenden Regime zu sein. Kritikpunkte betreffen die Durchsetzbarkeit, insb aufgrund von Schwierigkeiten bei der Beweislast (zB Errechnung des

⁹³⁵ Siehe dazu auch Wabl, ZIK 2019, 178 (182).

Quotenschadens), der tendenziell hohen Prozesskosten für langwierige Gerichtsverfahren oder der mangelnden Einbringlichkeit bei der Geschäftsleitung.

- (b) *Frage 2 Sind die Interessen der Gesellschaft, der Anteilseigner, der Gläubiger und anderer Stakeholder (zB Arbeitnehmer) gleichermaßen geschützt?* Hier sind „nur“ knappe 60 % (46 % „eher schon“ und 13 % „absolut“) der Ansicht, dass die genannten Interessen gleichermaßen geschützt sind. Als Gründe für einen ungleichen Schutz werden zumeist eine gesetzliche Besserstellung der Arbeitnehmer durch das IESG⁹³⁶ sowie eine Schlechterstellung von Anteilseignern durch das EKEG genannt.
- (c) *Frage 3 In wie viel Prozent der Verfahren werden Ansprüche gegen die Geschäftsleitung gerichtlich geltend gemacht?* Gerichtlich geltend gemacht werden Ansprüche in lediglich 18 % der Konkurs- und 14 % der Sanierungsverfahren. Über 80 % der Befragten geben an, dass sie nur in 0 bis 25 % der Konkursverfahren Klage gegen Geschäftsleiter führen. Über 95 % geben selbiges für Sanierungsverfahren an.
- (d) *Frage 4 In wie viel Prozent der Verfahren gibt es Einigungen mit Geschäftsleitern ohne Gerichtsstreit per Vergleich?* Auch hier sind die Zahlen zwischen Konkurs- (rund 40 %) und Sanierungsverfahren (rund 39 %) relativ ähnlich, in knapp vier von zehn Verfahren gibt es damit vergleichsweise Einigungen.
- (e) *Frage 5 In wie viel Prozent der Verfahren werden Haftungsansprüche nicht geltend gemacht?* In etwas mehr als 38 % der Konkurs- sowie etwas mehr als 35 % der Sanierungsverfahren werden zwar Haftungsansprüche identifiziert, aus diversen Gründen (s dazu sogleich Frage 6) werden diese aber nicht geltend gemacht.
- (f) *Frage 6 Gründe für das Absehen einer gerichtlichen Geltendmachung.*⁹³⁷ Eine überwältigende Zahl von über 95 % (101 aus 107) der Befragten nennt das Einbringlichkeitsrisiko (schlechte Bonität des Geschäftsleiters) als Hauptgrund dafür, Ansprüche nicht geltend zu machen. Immer noch mehr als jeweils zwei Drittel sehen fehlende Mittel in der Masse (rund 65 %) bzw das Prozesskostenrisiko (rund 64 %) als Hinderungsgrund. Eine unklare Faktenlage (Mangel an Beweismitteln) ist für etwa die Hälfte (rund 54 %) problematisch, was auf Basis der Antworten oft indirekt auch auf das Verhalten der Geschäftsleitung zurückzuführen ist (in der Praxis häufig vorkommende mangelhafte oder fehlende Buchhaltung, Rechnungswesen etc). Weitere Faktoren sind der Zeitfaktor (rund 39 %) und eine fehlende D&O Versicherung (rund 38 %). Anderweitige Schadenswiedergutmachung zB durch Insolvenzanfechtung ist nur in rund 18 % der Fälle entscheidend. Rund 6 % nennen sonstige Gründe.
- (g) *Frage 7 Nach welchen Interessen handeln Geschäftsleiter in der Krise?*⁹³⁸ Rund 91,5 % (97 von 107) der Befragten geben an, dass Geschäftsleiter im

⁹³⁶ Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz BGBl 324/1977 idgF.

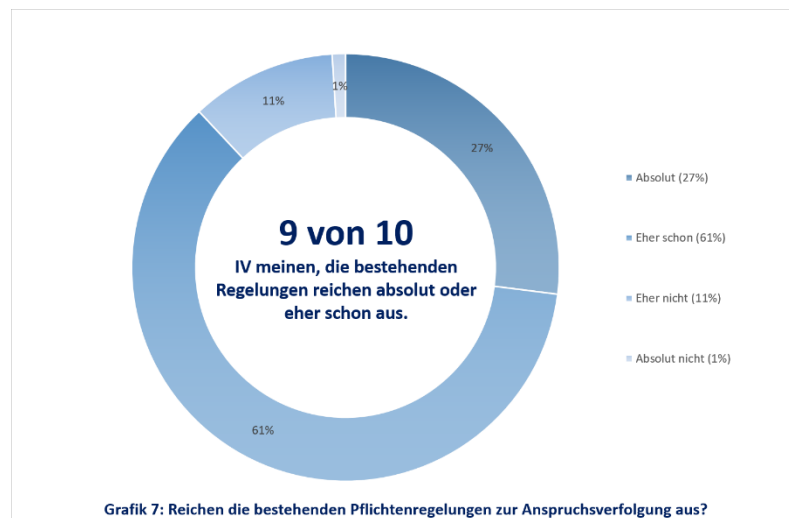
⁹³⁷ Zu dieser Frage waren Mehrfachankreuzungen möglich.

⁹³⁸ Hier waren Mehrfachankreuzungen möglich. Im Fragebogen wurde diese Frage als Platzgründen noch in Teil 4 untergebracht. Thematisch passt sie aber besser zu Teil 3.

Krisenzusammenhang primär nach den *eigenen* Interessen (persönliche Haftung, private Sicherheiten etc) handeln. Weit dahinter mit exakt 50 % werden Großgläubiger und mit jeweils rund einem Drittel die Anteilseigner (rund 37 %) und die Gesellschaft (rund 35 %) genannt. Am wenigsten Rücksicht wird auf Arbeitnehmer (rund 17 %) und Kleingläubiger (rund 10 %) genommen. Rund 1 % hat sonstige Interessen genannt. *Kein einziger* der Befragten hat schließlich angegeben, dass die Interessen „aller Gläubiger“ berücksichtigt werden.

9.3.3.3. Qualität des bestehenden Pflichtenregimes

Die Auswertung der Antworten ergibt in vielen Aspekten relativ klare Erkenntnisse. Das bestehende österr Pflichten- und Haftungsregime wird von den Befragten als weitestgehend ausreichend angesehen, um Pflichtverstöße gegenüber der Geschäftsleitung nicht nur zu identifizieren, sondern auch einen daraus entstandenen Schaden wiedergutzumachen (s Grafik 7).⁹³⁹



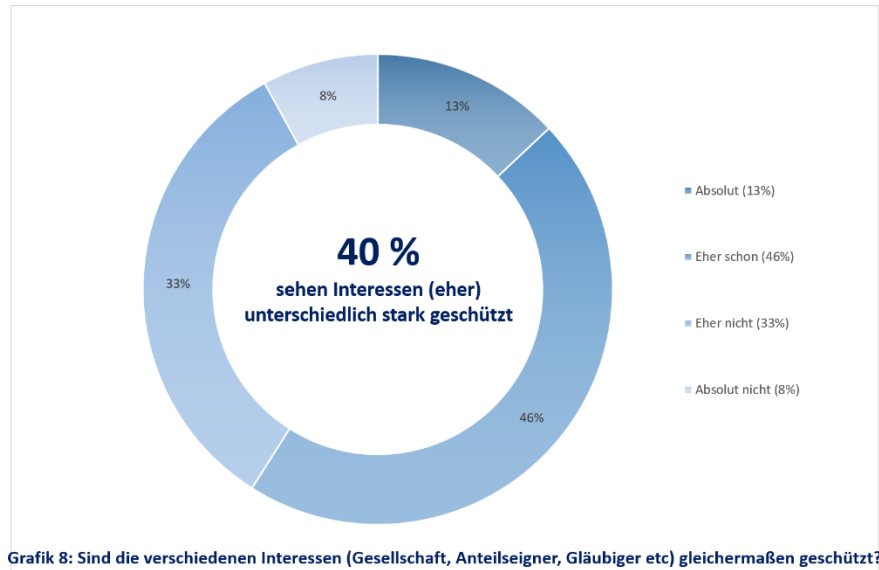
Immerhin vier von zehn der Befragten sehen aber die unterschiedlichen Interessen von Gesellschaft, Anteilseignern, Gläubigern und anderen Stakeholdern unterschiedlich stark geschützt, wobei dies iW auf Sondergesetze wie das EKEG oder die gesetzliche Insolvenzentgeltsicherung nach dem IESG zurückgeführt wird⁹⁴⁰ (s dazu auch Grafik 8). Bei diesen Begründungen handelt es sich zwar um keine Ungleichbehandlung auf Ebene der Geschäftsleiterpflichten, aufgrund der Legalitätspflicht⁹⁴¹ haben diese aber indirekten Einfluss auf das Verhalten der Geschäftsleitung (zB durch eine drohende persönliche Haftung bei einer Kredittilgung trotz Rückzahlungssperre gem § 14 EKEG).⁹⁴²

⁹³⁹ Wabl, ZIK 2019, 178 (182); Grafik 7 basiert auf einer dort bereits als „Grafik 4“ veröffentlichten Abbildung.

⁹⁴⁰ Wabl, ZIK 2019, 178 (182).

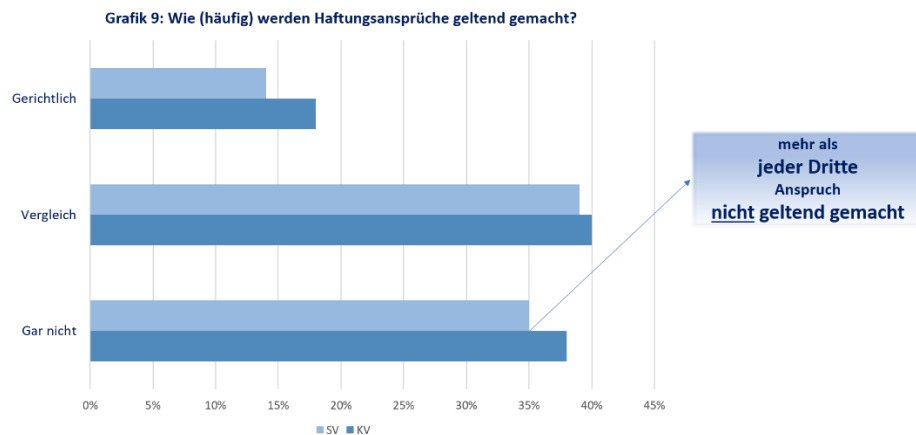
⁹⁴¹ Siehe dazu oben Pkt 2.2.4.

⁹⁴² Siehe schon Wabl, ZIK 2019, 178 (182).



9.3.3.4. Durchsetzbarkeit von Haftungsansprüchen

Das positive Zeugnis hinsichtlich des bestehenden Regimes ändert nichts daran, dass in der Realität mehr als jeder dritte Haftungsanspruch *nicht* geltend gemacht wird und ein verursachter Schaden daher *nicht* wiedergutmacht werden kann (s Grafik 9).⁹⁴³



Dass dies nicht an der Untätigkeit der Befragten liegt, sondern an anderen Faktoren, zeigt Grafik 10 eindrucksvoll – es liegt in nahezu allen Fällen (auch) daran, dass die Geschäftsleitung durch die Gesellschaftsinsolvenz ebenso selbst in finanziellen Schwierigkeiten ist.⁹⁴⁴

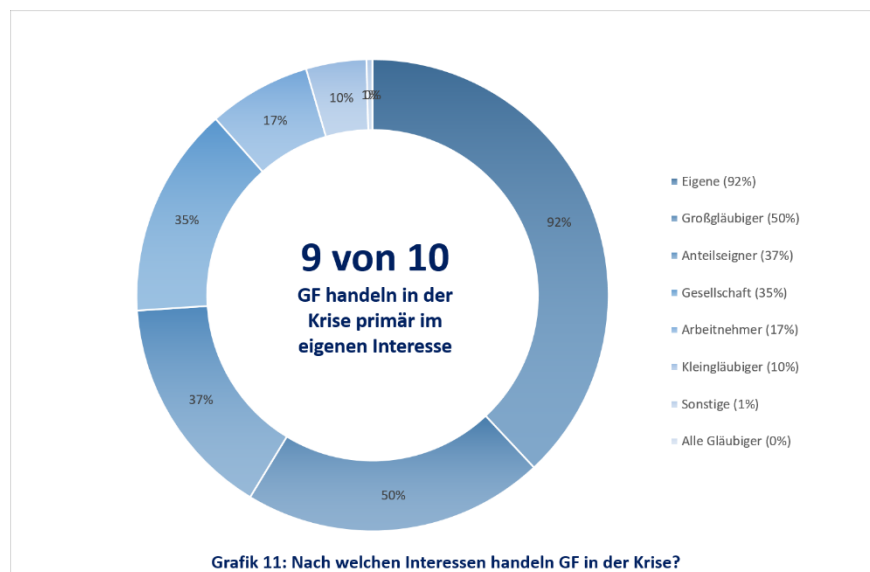
⁹⁴³ Wabl, ZIK 2019, 178 (182 f); Grafik 9 basiert auf einer dort bereits als „Grafik 5“ veröffentlichten Abbildung.

⁹⁴⁴ Wabl, ZIK 2019, 178 (183 f); Grafik 10 basiert auf einer dort bereits als „Grafik 6“ veröffentlichten Abbildung.



9.3.3.5. Nach welchen Interessen handeln Geschäftsleiter in der Krise?

Vor dem eben gezeigten Hintergrund mag es auch nicht überraschen, dass aus Sicht der Befragten nahezu *jeder* Geschäftsleiter in der Krise primär im eigenen Interesse zu handeln scheint (s. Grafik 11).⁹⁴⁵ Dies mag zwar aus menschlicher Sicht nachvollziehbar sein, aus Sicht der insolventen Gesellschaft und sonstiger Geschädigter ist dieser Befund aber mehr als unbefriedigend.⁹⁴⁶



Im Hinblick darauf, dass nach dem gesetzlichen Vorbild Geschäftsleiter ausdrücklich dazu angeleitet sind, primär zum Wohl des Unternehmens zu handeln, ist es schließlich doch bemerkenswert, dass scheinbar nur jeder Dritte diesem Vorbild folgt. Ebenso nur jeder Dritte handelt im Interesse der Anteilsinhaber. Umso bemerkenswerter erscheint, dass kein einziger

⁹⁴⁵ Grafik 11 basiert auf einer in Wabl, ZIK 2019, 178 (183) als „Grafik 7“ veröffentlichten Abbildung.

⁹⁴⁶ Dies umso mehr wenn man bedenkt, dass in dieser Zahl die mangels Masse gar nicht eröffneten Insolvenzen gar nicht inkludiert sind.

der Befragten davon ausgeht, dass Geschäftsleiter im Interesse aller Gläubiger handeln. Immerhin wird in diesem Kontext doch regelmäßig (auch in Art 19 lit a RIRL) betont, dass Geschäftsleiter im Interesse *der* Gläubiger handeln sollen. Die Ergebnisse legen nahe, dass es *die* Gläubiger im Sinne eines Gleichklangs an Interessen gerade *nicht* gibt, sondern es vielmehr unterschiedliche Interessengruppen (idR wohl Banken, besicherte Gläubiger, Lieferanten, nachrangige Gläubiger etc) gibt, deren Interessen naturgemäß oft voneinander abweichen werden. Wenn Geschäftsleiter im Interesse der Gläubiger handeln, dann scheinen sie sich tendenziell an den Interessen der Großgläubiger zu orientieren.⁹⁴⁷

9.3.4. Teil 4: Reformüberlegungen

Auf diesen Teil wird noch unten in Pkt D.1 iZm der Analyse relevanter EU-Harmonisierungsinitiativen eingegangen.

9.3.5. Teil 5: Sonstige Kommentare

Die großartige Mitwirkung der befragten Insolvenzverwalter wird dadurch unterstrichen, dass diese zusätzlich zum umfassenden Fragebogen teilweise auch noch weitere, sehr wertvolle Hinweise und Erfahrungsberichte (ab-)gegeben haben (siehe im Detail **Annex 2**). Dabei wurde insb vermehrt darauf hingewiesen, dass die Probleme in der Realität oft weniger an den rechtlichen Haftungsbestimmungen und -instrumenten, sondern an faktischen Schwierigkeiten liegen. Genannt wurden zB

- das „Untertauchen“ ausländischer Geschäftsführer,
- fehlende betriebswirtschaftliche Bildung (zB „banales Missverständnis dass Umsatz nicht gleich Gewinn ist“),
- unzureichende Verfolgung durch die Justiz bzw die Strafverfolgungsbehörden,
- fehlende Buchhaltung, oder
- mangelnde Bonität bei der Geschäftsleitung.⁹⁴⁸

Als präventive Maßnahme werden etwa erhöhte Begründungspflichten iZm § 225 Abs 1 UGB oder den URG-Kennzahlen genannt.

⁹⁴⁷ Dazu auch Wabl, ZIK 2019, 178 (183 f).

⁹⁴⁸ Diese Ergebnisse decken sich etwa auch mit den Erfahrungswerten *Dobners*, nach welchem „bei auffallend vielen Geschäftsleitern ein spezifisches Rechtsbewusstsein für die in der Krise bzw bei Insolvenz eines Unternehmens gebotenen, noch erlaubten oder bereits unzulässigen Maßnahmen nicht vorhanden“ sei und die Verfolgung oftmals an der „fehlenden Rekonstruierbarkeit plus enden wollende[r] Mitwirkung der GF“ sowie einer Risikoabschätzung und „fragwürdige[r] Werthaltigkeit eines Exekutionstitels“ scheitere; s dazu *Dobner* in *Eberhardt/Gurmann* 94 (95 inkl FN 1).

9.4. Gesammelte Erkenntnisse

9.4.1. Kernaussagen

Zurückkommend auf die in Pkt 9.1.2 genannten, von den Arbeiten *UNCITRAL* 's inspirierten Thesen lassen sich auf Basis der durchgeführten Studie zuallererst zwei einleitende Kernaussagen treffen:

These 1: Geschäftsleiterpflichten scheinen sowohl bei der positiven als auch negativen Anreizschaffung für frühzeitiges Handeln *keine* primäre Rolle zu spielen (s oben Pkt 9.3.2.3). Einen messbaren Anreiz für frühzeitiges und aus Sicht der Geschäftsleitung pflichtgemäßes Handeln scheinen vielmehr Sanierungsoptionen wie das österr Sanierungsverfahren zu schaffen (s oben Pkt 9.3.1.3).

These 2: Das österr Pflichtenregime gibt den Insolvenzverwaltern auf rechtlicher Ebene ausreichend Instrumente in die Hand, um über die Geltendmachung von Haftungsansprüchen einen durch die Geschäftsleitung verursachten Schaden wiedergutzumachen. Dennoch scheitert auf faktischer Ebene die Schadenswiedergutmachung in mehr als jedem dritten Fall, und zwar insb an einer fehlenden Einbringlichkeit der Ersatzansprüche (s oben Pkt 9.3.3.4).

Zusätzlich können aus der Studie mE noch folgende Haupterkenntnisse gewonnen werden:

- (a) Im Vorfeld von Konkursverfahren reagiert rund jeder zweite Geschäftsleiter zu spät, bei Sanierungsverfahren rund jeder dritte. Das Sanierungsverfahren schafft daher wie gesagt einen messbaren Anreiz für früh- und rechtzeitiges Handeln. Auffällig ist, dass diese Zahlen teilweise deutlich unter den Zahlen der deutschen Vergleichsstudien aus 2006 und 2009 (insb der KDLB-Studie) liegen (s oben Pkt 9.2.3.2 und 9.2.3.3).
- (b) Die teilweise vertretene Auffassung, dass nahezu alle Insolvenzen verspätet beantragt werden und nahezu *alle* Geschäftsleiter pflichtwidrig handeln (s insb oben Pkt 9.2.3.1) wird durch die Studie somit *nicht* bestätigt. Vielmehr agiert ein beträchtlicher Teil der Geschäftsleiter sorgfaltsgemäß.⁹⁴⁹
- (c) Die Größenordnungen von Pflichtverletzungen in den unterschiedlichen Krisenstadien sind sehr ähnlich. Es scheint so etwas wie einen roten Faden zu geben. Es liegt daher der Gedanke nahe, dass es sich bei den pflichtwidrig agierenden Geschäftsleitern vom Frühstadium der Krise bis zur Verletzung der Insolvenzantragspflicht (zumindest in vielen Fällen) um dieselben handelt (s oben Pkt 9.3.1.3).
- (d) Für die Häufigkeit von Regelverstößen macht es nach den Ergebnissen *keinen* wesentlichen Unterschied, ob eine Pflicht explizit geregelt ist (wie etwa in § 69 IO oder § 22 URG) oder ob sie sich etwa aus der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen

⁹⁴⁹ Siehe auch *Wabl* in *Gant* 206 (213).

Sorgfaltspflicht ergibt (wie eine einzelfallbezogen bestehende „Sanierungspflicht“) (s oben Pkt 9.3.1.3).

- (e) Strafrechtlich relevantes Verhalten kommt in weniger als einem Viertel der eröffneten Verfahren vor. Geschäftsleiter agieren daher vergleichsweise häufig fahrlässig (pflichtwidrig), aber selten straffällig.⁹⁵⁰ Wenn, dann agieren sie tendenziell eher zu Lasten der Gläubiger als zu Lasten der Gesellschaft bzw der Anteilsinhaber (s oben Pkt 9.3.1.5).
- (f) Aus Sicht der Befragten reicht das bestehende Pflichtenregime rechtlich weitestgehend aus, um Haftungsansprüche geltend und verursachten Schaden wieder gut zu machen. Dennoch wird mehr als jeder dritte Haftungsanspruch tatsächlich *nicht* verfolgt, was aber in nahezu allen Fällen keine rechtlichen Gründe hat, sondern an der fehlenden Einbringlichkeit liegt (s oben Pkt 9.3.3.4).
- (g) Nachdem die Gesellschaftsinsolvenz somit scheinbar in vielen Fällen auch untrennbar mit der persönlichen, finanziellen Existenz der Geschäftsleitung verbunden ist, mag es auch nicht überraschen, dass aus Sicht der Befragten nahezu *alle* Geschäftsleiter in der Krise primär im *eigenen* Interesse agieren (s oben Pkt 9.3.3.5). Auch in der ZIS-Studie aus 2006 (s oben Pkt 9.2.3.2(a)) wurden mit 95 % persönliche Erwägungen als einer *der* wesentlichen Gründe für eine verspätete Insolvenzantragstellung identifiziert; dort war es aber nicht die Angst vor dem Schlagendwerden persönlicher Haftungen, sondern „die Angst vor der Bloßstellung im Bekanntenkreis und in der Branche“.
- (h) Nur rund jeder dritte Geschäftsleiter handelt nach Einschätzung der Befragten nach dem gesetzlichen Vorbild im Interesse der Gesellschaft. Dasselbe gilt für die Interessen der Anteilsinhaber. Öfters (nämlich immerhin von jedem zweiten Geschäftsleiter) wird im Interesse der (Groß-)Gläubiger gehandelt. Ein gewisser *shift of fiduciary duties* (s oben Pkt 3.4) könnte daher auf faktischer Ebene zu beobachten sein (auch wenn es an Vergleichswerten für das Stadium *vor* Kriseneintritt fehlt). Schließlich können gezielte gesetzliche Regelungen wie etwa § 14 EKEG zu einer Interessensverschiebung führen (s oben Pkt 9.3.3.3).
- (i) Die Gläubiger im Sinne eines Interessensgleichklangs gibt es nach den Ergebnissen der Studie nicht.⁹⁵¹ (s zu allem oben Pkt 9.3.3.5).
- (j) Handlungsbedarf sehen viele der Befragten weniger auf Ebene der Pflichtenregelungen, sondern auf faktischer Ebene (Untertauchen der Geschäftsleitung, fehlende Bonität, fehlende Ausbildung und Ähnliches) (s oben Pkt 9.3.5).

⁹⁵⁰ Siehe auch *Wabl*, ZIK 2019, 178 (184).

⁹⁵¹ *Wabl*, ZIK 2019, 178 (183).

9.4.2. Einordnung für die gegenständliche Untersuchung

Die wohl wesentlichste Erkenntnis dieser Studie ist wohl, dass jedenfalls in der österr Unternehmenslandschaft das finanzielle Schicksal der Gesellschaft und dasjenige der Geschäftsleiter in sehr vielen Fällen untrennbar miteinander verknüpft zu sein scheint. Das rechtliche Konzept der beschränkten Haftung scheint hier somit in der Realität nicht zu greifen. Vor dem Hintergrund der vielfach von Personenidentität auf Gesellschafter- und Geschäftsleiterebene geprägten österr KMU-Landschaft mag dies nicht überraschen. Nachdem auch die EU ähnlich stark von KMU geprägt ist, könnte dies durchaus auch für andere MS ähnlich gelten.

In der Realität scheint es daher gerade *nicht* darum zu gehen, dass Konzepte wie das der beschränkten Haftung in der Krise zum Nachteil der Gläubiger missbraucht werden könnten. Vielmehr drängt sich auf Basis der Studie die Erkenntnis auf, dass wohl aufgrund von durch Gesellschafter-Geschäftsleiter gegebenen persönlichen Sicherheiten tatsächlich gar keine beschränkte Haftung besteht (zumindest nicht gegenüber den dadurch besicherten Gläubigern). Mit dem *shift of fiduciary duties* und der Diskussion, dass durch eine beschränkte Haftung geschützte Anteilsinhaber in der Krise oft nichts mehr zu verlieren hätten und daran gehindert werden sollten, mit dem Geld der Gläubiger „zu spielen“ (s oben Pkt 3.4 zur Diskussion eines *gambling for resurrection*), haben die Ergebnisse daher mE wenn überhaupt nur wenig zu tun. Selbst wenn bei Personenidentität im *eigenen* Interesse handelnde Geschäftsleiter automatisch auch im (eigenen) Anteilsinhaber-Interesse agieren, geht es hier tatsächlich genau um das Gegenteil. Es ist gerade *nicht* der Fall, dass die agierenden Personen nichts mehr zu verlieren hätten und daher zu „gamblen“ beginnen. Vielmehr haben diese uU alles zu verlieren und versuchen deswegen eine Insolvenz mit aller Kraft zu vermeiden.

Das verfolgte Ziel mag in beiden Szenarien dasselbe sein, nämlich der Schutz der Gläubiger.⁹⁵² Der Weg dorthin ist aber ein anderer und liegt nicht auf Ebene der Geschäftsleiterpflichten, sondern auf Ebene der persönlichen Entschuldung der Geschäftsleiter und damit der agierenden Personen. Dies scheint durch die gegenständliche Studie eindeutig belegt, neu ist diese Erkenntnis aber nicht. Schon *Riel* hat etwa in Reaktion auf den im November 2016 veröffentlichten Kommissionsvorschlag zur RIRL betont, dass das *wahre* Problem nicht an der „mangelnden Attraktivität der Lösungsmöglichkeiten, die das moderne Insolvenzrecht bietet, und wohl auch nicht an einem Stigma des unternehmerischen Scheiterns [liege], sondern an der Härte, mit der in anderen Bereichen auf ebendiese Lösungen reagiert wird.“ Der „Haftungsdschungel“ aus für sich genommen durchaus plausiblen Haftungstatbeständen könne Unternehmer leicht in eine ausweglose wirtschaftliche Situation und damit in einen Privatkonkurs zwingen, was die gesamte auch

⁹⁵² Dass es *die* Gläubiger im Interesse eines Interessensgleichklangs in den allermeisten Fällen wohl nicht gibt, wurde schon gezeigt. In einem solchen Szenario der Personenidentität und von abgegebenen persönlichen Sicherheiten sind wahrscheinlich insb die unbesicherten Gläubiger zu schützen.

private Existenz bedrohen könne.⁹⁵³ Auch wenn Haftungstatbestände Geschäftsleiter daher zu gesetzeskonformem Verhalten motivieren sollten, würden diese tatsächlich genau das Gegenteil tun, weil den hinter dem Unternehmen stehenden Menschen kein akzeptables Lösungsszenario angeboten werde.⁹⁵⁴

Dieses Ergebnis scheint nicht nur aus Sicht des legitimen Ziels, frühzeitige Sanierungen und Restrukturierungen zu fördern, ernüchternd. Umso mehr, weil diese tatsächlich für alle Beteiligten zu besseren Ergebnissen führen (s die Statistiken in Pkt 9.2.2.2). Aus rechtlicher Sicht und insb aus Gläubigerschutzerwägungen ist zusätzlich der Umstand, dass in mehr als jedem dritten Fall Haftungsansprüche nicht geltend gemacht werden, höchst unzufriedenstellend.⁹⁵⁵

Auf Ebene der Geschäftsleiterpflichten legt die Studie schließlich nahe, dass auch zusätzliche Haftungstatbestände wie etwa § 22 URG *keinen* Beitrag zu einem rechtzeitigeren oder pflichtmäßigeren Verhalten leisten. Vor dem Hintergrund des dargestellten Problems mag das zwar nicht überraschen, als *ultima ratio* bliebe somit aber nur noch das Strafrecht. Tatsächlich zeigt die Auswertung, dass Geschäftsleiter deutlich seltener straffällig als „nur“ pflichtwidrig handeln. Dass aber auch ein durch Straftatbestände intendierter Erziehungseffekt die Situation nicht verbessert, zeigen deutsche Studien zur dort nach § 15a Abs 5 dInsO mit bis zu einjähriger Freiheitsstrafe sanktionierten fahrlässigen Insolvenzverschleppung (s oben Pkt 9.2.3). Auch würde dies ein Zurückfallen in alte Muster bedeuten, die hierzulande mit der Anfang dieses Jahrtausends erfolgten *Entkriminalisierung* des Insolvenzrechts abgelegt wurden.⁹⁵⁶ Wie sich im Weiteren noch zeigen wird, würde dies schließlich auch *nicht* den Intentionen der RIRL entsprechen.

10. Zwischenfazit

Die umfassende Analyse des bestehenden österr Pflichtenregimes zeigt sehr deutlich, dass sich Geschäftsleiter im Krisen- und Insolvenzzusammenhang vielfach an der Schnittstelle und in einem Spannungsverhältnis zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht bewegen. Gesellschaftsrechtliche Grundprinzipien und das daraus entspringende Konzept eines durch die BJR repräsentierten, aber im Rahmen der Legalitätspflicht durch gesetzliche Vorgaben eingeschränkten *safe harbours* gelten im Grundsatz auch im Insolvenzzusammenhang.

In den Pkten 2 bis 5 wurde herausgearbeitet, wie dieses etablierte und durch Rsp und Lit weitestgehend gut konturierte Regime ein flexibles Eingehen auf die jeweilige Gesellschaft, die jeweils zu beurteilende Situation und die im Einzelfall zu treffende Entscheidung

⁹⁵³ Riel, Die Presse – Recht 2017/31; diesem folgend Wabl, ZIK 2019, 178 (184) sowie ders in Gant 206 (214).

⁹⁵⁴ Riel, Die Presse – Recht 2017/31, der zB als Lösung vorschlägt, den Unternehmer bei einem von der Gesellschaft abgeschlossenen 30%igen Sanierungsplan von seinen persönlichen Haftungen zu befreien.

⁹⁵⁵ Auch Dellinger, ZIK 1997, 207 (215 FN 59) betont in etwas anderem Kontext, dass es zwar in praktischer Hinsicht verständlich sein mag, dass die strenge Haftung der Organmitglieder in der Insolvenz nur selten geltend gemacht werde, dies jedoch gesellschaftsrechtlich unbefriedigend sei, weil damit ein wesentliches Element des Gläubigerschutzes leerlaufe.

⁹⁵⁶ Erfolgt mit der Strafrechtsreform 2000 BGBl I 2000/58.

ermöglicht. Geschäftsleiter müssen sich stets und primär am Unternehmenswohl orientieren. Sie können und müssen aber auch die durch die Interessen der Anteilsinhaber, Arbeitnehmer und sonstiger Stakeholder vorgegebenen *Leitlinien* berücksichtigen, *wenn und solange sich diese mit dem Unternehmenswohl decken* (s zum Primat des Unternehmenswohls insb oben Pkt 2.2.5.2). Die Interessen der Gläubiger sind insb durch zwingende Gläubigerschutz- wie etwa Kapitalerhaltungsvorschriften gewahrt. Die dadurch vorgegebenen *Leitplanken* sind von der Geschäftsleitung genauso wie andere gesetzliche Vorgaben im Rahmen der Legalitätspflicht zu befolgen, *selbst wenn sie sich nicht mit dem Unternehmenswohl decken* (s zur Legalitätspflicht oben Pkt 2.2.4).

Dieses Regime funktioniert auch in der Unternehmenskrise, in welcher die Geschäftsleitung reagieren, Gegenmaßnahmen vorbereiten und wenn möglich umsetzen muss. In der Krise besteht bereits zwangsläufig weniger Handlungs- und daher auch weniger Ermessensspielraum. Aus der grds *mehrspurigen* Fahrbahn wird eine uU nur mehr *zwei-* und schlussendlich wohl nur mehr *einspurige*. Einen sog *shift of fiduciary duties* sieht das österr Recht aber nicht vor. Ein solcher scheint auch nicht erforderlich, weil in der Krise zum Wohl des Unternehmens eine verstärkte Berücksichtigung von Gläubigerinteressen in den allermeisten Fällen erforderlich sein wird, um eine Sanierung zu ermöglichen (s oben Pkt 5 sowie noch ausf unten Pkt D 7.2.3.2(c)). Durch besondere und gezielte Regelungen wie etwa § 14 EKEG oder § 25 URG werden die Interessen der Anteilsinhaber teilweise verdrängt. Das Konzept der nur im Rahmen des Unternehmenswohls zu befolgenden *Leitlinien* und der unabhängig vom Unternehmenswohl zu befolgenden *Leitplanken* gilt somit auch hier.

In den Pkten 6 bis 8 wurden sodann die an die materielle Insolvenz sowie an ein eröffnetes Insolvenzverfahren geknüpften Geschäftsleiterpflichten analysiert. Es erfolgt eine Zäsur und zwingende insolvenzrechtliche Bestimmungen schränken den Handlungsspielraum insb zum Schutz von Gläubigerinteressen (weiter) ein. Das Insolvenzrecht übernimmt aber nicht als allgemeiner Grundsatz das Kommando, sondern verschafft sich vielmehr durch gezielte zwingende Vorgaben wie die Insolvenzantragspflicht (§ 69 IO), das Zahlungsverbot (§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG sowie § 84 Abs 3 Z 6 AktG), die Massebildung (§ 2 Abs 2 IO) und gleichzeitige Entziehung der Verfügungsmacht des Schuldners im Insolvenzverfahren (§ 3 Abs 1 IO) oder die Ungültigkeit von Sonderbegünstigungen (§ 150a IO) (um nur einige zu nennen) seinen nötigen und gerechtfertigten Platz. Diese Vorgaben sind von der Geschäftsleitung genauso wie andere zwingende Leitplanken im Rahmen der Legalitätspflicht zu befolgen.

Die Analyse zeigt aber, dass trotz dieser engmaschigen Vorgaben weiter ein gewisser Handlungsspielraum für die Geschäftsleitung verbleibt. Genau deswegen wurde und wird auch iZm der Insolvenzantragspflicht (s oben Pkt 6.3.3.1), der Erstellung der Fortbestehensprognose (s oben Pkt 6.3.3.2), dem Zahlungsverbot (s oben Pkt 7.3.3) und sogar den Pflichten von Insolvenzverwaltern (s oben Pkt 8.5) die Anwendbarkeit der BJR diskutiert (wenn auch großteils umstritten). Wie in den zitierten Pkten dargestellt, sollte mE in diesem Rahmen stets eine differenzierte Betrachtung erfolgen. An „Tag 60“ (also aE der

gesetzlichen Sanierungsfrist) ist die Befolgung der Insolvenzantragspflicht ohne Diskussion eine rechtlich gebundene Entscheidung, die von der Geschäftsleitung als Leitplanke zu befolgen ist, selbst wenn sie nicht im Unternehmenswohl liegen sollte (weil etwa an „Tag 70“ der Insolvenzgrund wahrscheinlich beseitigt wäre). An „Tag 0“ bestehen aber idR Handlungsoptionen, und die Geschäftsleitung ist wie bereits ausf dargestellt im Einzelfall gesellschaftsrechtlich sogar verpflichtet, die Sanierungsfrist für eine im Unternehmenswohl liegende Sanierung auszunutzen. Nachdem die insolvenzrechtlichen Leitplanken auch dann unverändert gelten und die Geschäftsleitung auch gesellschaftsrechtlich im Rahmen der BJR erhöhten Sorgfalts- und Informationsbeschaffungspflichten unterliegt, ist der oft zurecht geforderte erhöhte Schutz gewährleistet. Bewegt sich die Geschäftsleitung innerhalb dieser Vorgaben und kann sie dies im Haftungsprozess beweisen, spricht mE daher nichts gegen eine Anwendbarkeit der BJR. (Nur) Dann befindet sich die Geschäftsleitung im *safe harbour* und die von ihr getroffenen unternehmerischen Entscheidungen sind einer gerichtlichen Nachprüfung entzogen.

Dass das bestehende System im Einzelfall nicht immer konsequent sein mag, zeigt etwa der Umstand, dass ein gerichtliches Sanierungsverfahren auch schon bei drohender Zahlungsunfähigkeit und daher vor materieller Insolvenz eingeleitet werden kann. Auch dann gelten die Vorgaben der IO und bei Eigenverwaltung eine uU sogar masseverwaltergleiche Haftung der eigenverwaltenden Geschäftsleitung (s oben Pkt 8.4). Auch dadurch wird mE aber nur bestätigt, dass es dem Gesetzgeber obliegt, durch (verfahrens-)rechtliche Leitplanken das Verhalten und den Fahrplan der Geschäftsleitung vorzugeben. Gibt es Spielraum, gelten für unternehmerische Entscheidungen die BJR und der *safe harbour*.

Die in Pkt 9 dargestellte Studie legt nahe, dass zusätzliche Pflichten- oder Haftungsregelungen für Geschäftsleiter weder zu rechtzeitigerem Handeln noch zu einem erhöhten Gläubigerschutz führen (s insb die Erkenntnisse in Pkt 9.4). Sehr wohl zeigt sich aber, dass gezielte gesetzliche Leitplanken wie etwa die Rückzahlungssperre des § 14 EKEG zu einer Verschiebung der zu berücksichtigen Interessen beitragen können (s oben Pkt 9.4.1(h)).

Die Aufgabe von Pflichtenregelungen im Krisen- und Insolvenzzusammenhang könnte dementsprechend zuallererst sein, der Geschäftsleitung einerseits Spielraum zur Förderung und Erhaltung des Unternehmenswohls unter Einbeziehung der davon betroffenen Interessen und Interessenträger zu geben, welcher andererseits durch gezielte, klare und va aus Gläubigerschutzerwägungen erforderliche Bestimmungen beschränkt wird. Alles Weitere beantwortet das bestehende und etablierte gesellschaftsrechtliche Pflichtenregime. Vage Konzepte wie ein *shift of fiduciary duties* oder auch systemfremde Haftungsregelungen wie § 22 URG scheinen zur Berücksichtigung der relevanten Interessen nicht nur nicht erforderlich, sollten sie zu Rechtsunsicherheit führen, wären sie überdies auch kontraproduktiv und schädlich. Ähnliche Erwägungen finden sich auch in den nachfolgend analysierten europäischen Harmonisierungsinitiativen.

C. EU-HARMONISIERUNG ZU GESCHÄFTSLEITERPFLICHTEN

1. Vorbemerkung

Europäische Harmonisierungsüberlegungen iZm Geschäftsleiterpflichten gab und gibt es sowohl im Gesellschafts- als auch im Insolvenzrechtszusammenhang. Auch wenn Geschäftsleiterpflichten als solche primär dem Unternehmens- bzw Gesellschaftsrecht zuzuordnen sind, sind Harmonisierungsbemühungen in diesem Bereich (bis dato) weitestgehend ohne Ergebnis geblieben. Erst mit der RIRL und somit über den „Umweg“ der auch im Insolvenzrecht oft diskutierten Krisenverantwortung konnte eine zumindest teilweise Harmonisierung von Geschäftsleiterpflichten innerhalb der EU erreicht werden.

Da die RIRL Schuldner einen Rahmen für die Krisen- und Insolvenzabwendung vorgibt und dabei sowohl auf gesellschafts- als auch insolvenzrechtliche Prinzipien zurückgreift, lag es auch nahe, die diesbezügliche Rolle der Geschäftsleitung in die RIRL miteinzubeziehen und dabei nicht auf eine Harmonisierung im Bereich des Gesellschaftsrechts zu warten.⁹⁵⁷ Auch die nachfolgende Auseinandersetzung mit den gesellschafts- und insolvenzrechtlichen Harmonisierungsbestrebungen der EU wird den bereits hervorgehobenen Befund bestätigen, dass diese beiden Rechtsgebiete im gegenständlichen Kontext sehr stark ineinandergreifen. Nicht zuletzt deswegen erfolgt in diesem Kapitel eine umfassende Aufarbeitung europäischer Harmonisierungsinitiativen zu Geschäftsleiterpflichten, die auch gesellschaftsrechtliche Initiativen miteinbezieht.

Um bereits vorab den Rahmen für die in dieser Arbeit erfolgte europäische Schwerpunktsetzung zu stecken, werden schon einleitend kompakt die wesentlichen Eckpunkte der RIRL und des darin enthaltenen präventiven Restrukturierungsrahmens dargestellt. Dieser steckt nämlich im wahrsten Sinne des Wortes nicht nur den Rahmen für die weitere Untersuchung, sondern auch für den diesbezüglichen Handlungs- und Entscheidungsspielraum des Schuldners und dessen Geschäftsleitung.

Nachdem in den europäischen Normen und Mat immer wieder auch begriffliche Inkonsistenzen zu beobachten sind (s dazu generell bereits oben Pkt A 4.2), werden bei der Analyse vielfach auch die oft einheitlicheren englischsprachigen Termini verwendet oder in Klammer ergänzt.

⁹⁵⁷ Generell iZm der Entstehung der RIRL auch: *Paulus in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer* 3 (10): „In diesem Umfeld wird sehr deutlich erkennbar, dass der Richtlinienentwurf zum präventiven Restrukturierungsrahmen richtigerweise der Domäne der Insolvenzrechtler zugeschlagen wird – und nicht etwa der des Gesellschaftsrechts; denn es geht auch hier um das Aufräumen dessen, was im allgemeinen Geschäftsbereich schiefgelaufen ist.“

2. (Restrukturierungs-)Rahmen: Eckpunkte der RIRL⁹⁵⁸

2.1. Vorbemerkung

Die RIRL enthält nach Art 1 Abs 1 Vorschriften über

- a) präventive Restrukturierungsrahmen, die Schuldern in finanziellen Schwierigkeiten bei einer wahrscheinlichen Insolvenz zur Verfügung stehen, um die Insolvenz abzuwenden und die Bestandsfähigkeit des Schuldners sicherzustellen,
- b) Verfahren, die zur Entschuldung insolventer Unternehmer führen, und
- c) Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren.

Für die gegenständliche Arbeit sind zuallererst die in Titel II enthaltenen Regelungen zum präventiven Restrukturierungsrahmen relevant. Dort befinden sich auch die für Geschäftsleiterpflichten relevanten Bestimmungen (s dazu noch unten Pkt 2.9 u 2.10). Auf die sonstigen Aspekte der RIRL (insb Titel III bis V) wird daher in dieser Arbeit nur wo erforderlich vereinzelt Bezug genommen.⁹⁵⁹ Gem Art 34 Abs 1 RIRL war selbige von den MS bis spätestens 17. 7. 2021 umzusetzen, jedoch wurde eine einjährige Verlängerungsoption vorgesehen. Österreich machte von dieser Option nicht Gebrauch, sondern hat die RIRL mit dem RIRUG pünktlich umgesetzt.

2.2. Reaktionen auf die RL-Initiative

Seit Veröffentlichung des der RIRL vorangehenden Kommissionsvorschlags im November 2016 (s dazu unten Pkt 4.3.4.2) wurde in Österreich⁹⁶⁰ wie in anderen MS⁹⁶¹ viel zu diesem Thema geschrieben und diskutiert. So einig sich Experten aus Wissenschaft und Praxis auch generell bei der Frage der Relevanz frühzeitiger Sanierung sind,⁹⁶² so kritisch werden

⁹⁵⁸ Wenn nicht anders vermerkt, beziehen sich die im Folgenden zitierten Art und ErwGr auf die RIRL.

⁹⁵⁹ Ausf dazu etwa *Mohr*, ZIK 2019, 86 (86 ff) oder *Bilinska*, ZIK 2019, 102 (102 ff).

⁹⁶⁰ Siehe eine Auswahl in beliebiger Reihenfolge: *Mohr*, INDat Report 8/2018, 20; *ders* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer* 15; *ders*, ZIK 2019, 86; *ders* in *Grininger/Jaufer/Schumacher* 15; *Riel*, Die Presse – Recht 2017/31; *Heimel/Maronitsch*, Der Standard 2017/24/01; *Höller/Wetter*, Der Standard 2019/18/01; *Reisch*, RdW 2019, 369; *Paulus* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer* 3; *Leistentritt* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer* 41; *Gassner/Wabl*, ecolex 2019, 333; *dies*, IRI 2019/13/2, 5; *Konecny*, ZIK 2019, 81; *Jurgutyte-Ruez/Urthaler*, ZIK 2019, 91; *Bilinska*, ZIK 2019, 102; *Wabl*, ZIK 2019, 178; *ders* in *Kopetzki/Lanser/Leitner/Potocnik-Manzouri/Safron/Tillian/Wieser* 107.

⁹⁶¹ Siehe nur eine Auswahl für Deutschland in beliebiger Reihenfolge: *Madaus*, DB 2019, 592; *Freitag*, ZIP 2019, 541; *D. Fritz*, BB 2019, 513; *Lange/Swierczok*, BB 2019, 514; *H. Schmidt*, WM 2017, 1735; *Paulus*, ZIP 2017, 910; *Grell/Holzmann/Bierbach*, DB 4/2018, 26; *Paulus/Dammann*, ZIP 2018, 249; *Thole*, ZIP 2017, 101; *Bork*, ZIP 2017, 1441; *Harten*, INDat Report 1/2018, 62; *Walker/Mielke/Bombe*, ZIP 2018, 815; *Loszynski*, INDat Report 5/2018, 52; *Seibt/von Treuenfeld*, DB 2019, 1190; *Rendels*, INDat Report 5/2019, 62; *Grell/Klockenbrink*, DB 2019, 1489; *D. Fritz*, INDat Report 1/2019, 68; *Reuter*, INDat Report 2/2019, 34; *Schnabl/Siemon*, NZI 2018, 913; *Jacobi*, ZInsO 2019, 1517; *Flöther*, ZInsO 2019, 1582; *Smid*, ZInsO 2019, 2081; *Frind*, BB 2019, 2381; *Korch*, ZGR 2019, 1050; *Hölzle*, ZIP 2020, 585.

⁹⁶² Siehe dazu nur *Wabl* in *Kopetzki/Lanser/Leitner/Potocnik-Manzouri/Safron/Tillian/Wieser* 107 (109 ff mwN).

teilweise Initiativen wie die RIRL gesehen. Gesprochen wird von einem „Sanierungs-“⁹⁶³ bzw. „Restrukturierungshype“⁹⁶⁴ oder einem „Sanierungsoptionsfieber“⁹⁶⁵. In der deutschen Insolvenz- und Sanierungspraxis wurde aus diesem Anlass schon die Frage gestellt, ob die Sanierungserwartung und die propagierte „*Rescue Culture*“ nicht zu hoch geschraubt seien.⁹⁶⁶ Von anderen wird der Nutzen für den europäischen Wirtschafts- und Sanierungsstandort hervorgestrichen und die standortpolitische Bedeutung des Insolvenzrechts betont.⁹⁶⁷ Nach *Paulus* gehe es im Wettrennen der Sanierungsstandorte tatsächlich um „handfeste ökonomische Standortvorteile.“⁹⁶⁸ Ich selbst habe idS an anderer Stelle bemerkt, dass sich ohne ein modernes Insolvenzrecht keine erfolgreiche Standortpolitik machen lässt.⁹⁶⁹ Nach *Mohr* ermögliche die RIRL ein weitaus attraktiveres Verfahren als etwa das erfolglose Reorganisationsverfahren,⁹⁷⁰ das im Erfolgsfall die Insolvenzlandschaft verändern könne.⁹⁷¹ Insgesamt waren und sind die Reaktionen teilweise positiv,⁹⁷² abwartend⁹⁷³ aber auch kritisch.⁹⁷⁴

2.3. Restrukturierungsrahmen

Gem Art 1 Abs 1 lit a RIRL soll Schuldern in finanziellen Schwierigkeiten bei einer wahrscheinlichen Insolvenz ein Restrukturierungsrahmen zur Verfügung stehen. Bis auf den Finanzsektor und Nicht-Unternehmer schließt die RIRL keinen Schuldner vom Restrukturierungsrahmen aus. Gem Art 1 Abs 4 S 2 können die MS den Zugang aber auf juristische Personen beschränken.

Gem ErwGr 2 RIRL sollen MS es „Schuldnern vor allem ermöglichen, sich frühzeitig wirksam und im Hinblick auf die Vermeidung ihrer Insolvenz zu restrukturieren, um so die unnötige Liquidation bestandsfähiger Unternehmen zu begrenzen.“ Die RIRL stellt dabei klar, dass neben *diesem* auch noch weitere nationale präventive Restrukturierungsrahmen beibehalten oder eingeführt werden können (Art 4 Abs 1 und 5 sowie ErwGr 16 aE). Den Begriff Restrukturierung definiert die RIRL in Art 2 Abs 1 Z 1 weit und inkludiert potentiell nicht nur finanzielle, sondern auch operative und strukturelle Restrukturierungsmaßnahmen.

⁹⁶³ *Thole*, ZIP 2017, 101 (101).

⁹⁶⁴ *Bork*, ZIP 2017, 1441 (1441); *Woltersdorf/Reuter*, INDat Report 9/2019, 17 (17).

⁹⁶⁵ *Paulus* in *Kodek/Konecny* 105 (110).

⁹⁶⁶ *Woltersdorf/Reuter*, INDat Report 9/2019, 17 (17).

⁹⁶⁷ *Paulus* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer* 3 (10); *Wabl* in *Kopetzki/Lanser/Leitner/Potocnik-Manzouri/Safron/Tillian/Wieser* 107 (116 ff).

⁹⁶⁸ Siehe dazu auch *Wabl* in *Kopetzki/Lanser/Leitner/Potocnik-Manzouri/Safron/Tillian/Wieser* 107 (116 ff mwN) unter ausf Auseinandersetzung mit der in *Paulus*, EuInsVO⁵ 90 ff (mittlerweile gibt es dazu auch eine 6. Auflage) gemachten Analyse.

⁹⁶⁹ *Wabl* in *Kopetzki/Lanser/Leitner/Potocnik-Manzouri/Safron/Tillian/Wieser* 107 (132).

⁹⁷⁰ *Mohr*, ZIK 2019, 86 (90).

⁹⁷¹ *Mohr* in *Grininger/Jaufer/Schumacher* 15 (30).

⁹⁷² Siehe etwa *Reisch*, RdW 2019, 369 (375); *Gassner/Wabl*, ecolex 2019, 333 (337); *Madaus*, DB 2019, 592 (592 ff); *D. Fritz*, INDat Report 2019, 68 (74); *Crinson/Tett*, ICR 2019, 137.

⁹⁷³ Siehe etwa *Freitag*, ZIP 2019, 541 (541).

⁹⁷⁴ Siehe etwa *Leistentritt* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer* 41 (43); *Riel*, Die Presse – Recht 2017/31; *Flöther*, ZInsO 2019, 1582 (1586).

Schuldner sollen sich dabei soweit als möglich in Eigenverwaltung (Art 5 RIRL) und wenn erforderlich unterstützt durch eine Aussetzung von Vollstreckungsmaßnahmen (s unten Pkt 2.5) mit einer Gläubigermehrheit auf einen Restrukturierungsplan (s unten Pkt 2.6) einigen und dadurch die Insolvenz abwenden und ihre Bestandsfähigkeit sicherstellen (s nur ErwGr 24 aE). Die Restrukturierung kann sowohl öffentlich als auch geheim erfolgen (s nur ErwGr 13 aE).

2.4. Wahrscheinliche Insolvenz

Die RIRL enthält keine Definition des Begriffs der wahrscheinlichen Insolvenz.⁹⁷⁵ Dasselbe gilt für den Insolvenz begriff selbst. In Art 2 Abs 2 lit a und b wird vielmehr klargestellt, dass beide Begriffe iSd nationalen Rechts zu verstehen sind.⁹⁷⁶ Die ErwGr geben aber Anhaltspunkte zum Verständnis des RIRL-Gesetzgebers. Nach ErwGr 24 sollte der präventive Restrukturierungsrahmen zur Verfügung stehen, *bevor* ein Schuldner nach nationalem Recht insolvent wird. Nach ErwGr 24 letzter Satz sollten die finanziellen Schwierigkeiten des Schuldners aber auf eine wahrscheinliche Insolvenz hinweisen, um einen Missbrauch des Restrukturierungsrahmens zu vermeiden. ErwGr 28 stellt schließlich klar, dass dazu auch nichtfinanzielle Schwierigkeiten gehören können, „sofern diese Schwierigkeiten mit der tatsächlichen und erheblichen Gefahr verbunden sind, dass ein Schuldner gegenwärtig oder in Zukunft seine Verbindlichkeit bei Fälligkeit nicht begleichen kann.“ Der maßgebliche Zeitraum zur Feststellung einer solchen Gefahr könne „mehrere Monate oder auch länger betragen, um Fällen Rechnung zu tragen, in denen sich der Schuldner in nichtfinanziellen Schwierigkeiten befindet, die die Fortführung seines Unternehmens und mittelfristig seine Liquidität gefährden.“ Dies könne „beispielsweise der Fall sein, wenn der Schuldner einen Auftrag verloren hat, der für ihn von entscheidender Bedeutung war.“

In der öLit werden die Wichtigkeit des „Beginns“ und ebenso „Endes“ der wahrscheinlichen Insolvenz betont. Einerseits sei eine gewisse Insolvenznähe vorausgesetzt, weil ansonsten ein Eingriff in Gläubigerpositionen nicht zu rechtfertigen wäre.⁹⁷⁷ Andererseits gelte nach der dLit ein „Abstandsgebot“ zur tatsächlichen Insolvenz.⁹⁷⁸ Ebenso wird auf einen

⁹⁷⁵ Bis kurz vor Verabschiedung wurde im deutschsprachigen RL-Text noch der Begriff der *drohenden* Insolvenz verwendet. Um einen Gleichklang zu Art 1 Abs 1 EuInsVO herzustellen, wurde dieser noch angepasst (s auch *Jurgutyte-Ruez/Urthaler*, ZIK 2019, 91 [91 FN 5]); in der dLit wurde diese Anpassung begrüßt, weil sie eine bessere Abgrenzung zum Insolvenzeröffnungsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit ermögliche, s *Demisch in Morgen*, Restrukturierung Art 19 Rz 17; *Siepmann in Morgen*, Restrukturierung Art 4 Rz 10.

⁹⁷⁶ Wie in Pkt 4.3.4.5(a) noch gezeigt wird, wurde im europäischen Gesetzwerdungsprozess auch eine autonome Definition des Begriffs der wahrscheinlichen Insolvenz vorgeschlagen, was sich aber letztendlich nicht durchgesetzt hat.

⁹⁷⁷ *Jurgutyte-Ruez/Urthaler*, ZIK 2019, 91 (92).

⁹⁷⁸ *Freitag*, ZIP 2019, 541 (546); *Frind*, BB 2019, 2381 (2382); *Siepmann in Morgen*, Restrukturierung Art 4 Rz 18 ff; im Ergebnis auch *Demisch in Morgen*, Restrukturierung Art 19 Rz 50.

möglichen weiten Spielraum sowohl beim Grad der Wahrscheinlichkeit als auch beim maßgeblichen Prognosezeitraum hingewiesen.⁹⁷⁹

Wie in Pkt 4.2 noch näher untersucht, wird der Begriff der wahrscheinlichen Insolvenz auch in der EuInsVO 2015 verwendet, wo er in Art 1 den sachlichen Anwendungsbereich der VO mitdefiniert.⁹⁸⁰ Die Aufarbeitung der Entstehungsgeschichte und Herkunft dieses Begriffs wird aufgrund dessen Relevanz einen wesentlichen Teil dieses Kapitels in Anspruch nehmen. Nachdem generell, aber vor allem in den deutschsprachigen europäischen Mat häufig begriffliche Inkonsistenzen zu beobachten sind, wird im Zuge der Untersuchung vielfach der englische Terminus *likelihood of insolvency* verwendet.

2.5. Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen

2.5.1. Voraussetzungen

Gem Art 6 Abs 1 RIRL sollen die MS sicherstellen, dass Schuldner eine Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen zur Unterstützung der Verhandlungen über einen Restrukturierungsplan während eines präventiven Restrukturierungsrahmens in Anspruch nehmen können. Diese kann potenziell alle Arten von Forderungen, einschließlich gesicherter und bevorzogter Forderungen erfassen (Art 6 Abs 2, ausgenommen sind gem Abs 5 explizit Arbeitnehmerforderungen). Sie kann alle Gläubiger betreffen oder auf einzelne oder mehrere Gläubiger bzw Gläubigergruppen beschränkt werden (Art 6 Abs 3). Gem Art 6 Abs 6 ist die ursprüngliche Dauer auf höchstens vier Monate begrenzt, kann aber gem Abs 8 auf bis zu zwölf Monate verlängert werden.

Die MS haben gem Art 6 Abs 9 sicherzustellen, dass Justiz- oder Verwaltungsbehörden eine Aussetzung in bestimmten Fällen aufheben können (nach lit c) wenn im nationalen Recht vorgesehen etwa wenn ein oder mehrere Gläubiger bzw eine oder mehrere Gläubigerklassen durch die Aussetzung in unangemessener Weise beeinträchtigt werden oder würden). Hierbei ist nach ErwGr 36 aE auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner bösgläubig oder in Schädigungsabsicht handelt oder ganz allgemein den berechtigten Erwartungen der Gesamtheit der Gläubiger zuwiderhandelt.

⁹⁷⁹ Siepmann in *Morgen*, Restrukturierung Art 4 Rz 12. Garber in *Nunner-Krautgasser/Garber/Jaufer* 21 (57 mwN) geht für die EuInsVO 2015 davon aus, dass *kein* enger Maßstab an den Grund der Wahrscheinlichkeit anzulegen sei.

⁹⁸⁰ In der Insolvenzpraxis wird Art 1 EuInsVO 2015 aber eher geringe Aufmerksamkeit geschenkt, weil sich der Anwendungsbereich primär über Anhang A der VO definiert, s dazu auch *Konecny* in *Mayr* 973 (Rz 17.29 mwN).

2.5.2. Folgen der Aussetzung

Neben der Aussetzung von Vollstreckungsmaßnahmen im Sinne einer Exekutionssperre selbst (s Definition in Art 2 Abs 1 Z 4 RIRL) bewirkt die Bewilligung der Aussetzung insb eine Insolvenzsperre.⁹⁸¹

Nach Art 7 Abs 1 ruht für die Dauer der Aussetzung eine währenddessen nach nationalem Recht entstehende Verpflichtung eines Schuldners, einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu stellen, das zur Liquidation des Schuldners führen könnte. Bei Gesellschaften betrifft dies die Geschäftsleitung (s dazu noch unten Pkt 2.10). Korrespondierend dazu ist gem Art 7 Abs 2 auch keine Insolvenzeröffnung auf Antrag eines Gläubigers möglich. Zu beidem können die MS gem Art 7 Abs 3 eine Ausnahmeregelung für den Fall erlassen, dass ein Schuldner nicht in der Lage ist, seine fällig werdenden Schulden zu begleichen (*unable to pay its debts as they fall due*). Auch in diesem Fall soll eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde aber beschließen können, die Wirkungen der Aussetzung aufrechtzuerhalten, wenn die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens unter Berücksichtigung der Umstände des Falles nicht im allgemeinen Interesse der Gläubiger wäre.

2.6. Der Restrukturierungsplan

2.6.1. Mindestanforderungen

Art 8 Abs 1 RIRL sieht detaillierte Mindest-Inhaltsanforderungen für den Restrukturierungsplan vor, die von den MS aber noch ergänzt und erweitert werden können (ErwGr 42 S 1).⁹⁸² Dazu gehören Informationen und Bewertungen zu Vermögenswerten und Verbindlichkeiten des Schuldners (Art 8 Abs 1 lit b), die betroffenen Parteien (lit c) sowie die vorgeschlagenen Klassen (lit d), insb aber auch die Bedingungen des Restrukturierungsplans wie etwa vorgeschlagene Restrukturierungsmaßnahmen und deren Laufzeit, Finanzströme oder eine erforderliche neue Finanzierung (lit g). Ebenso erforderlich ist eine Begründung, in der erläutert wird, warum eine begründete Aussicht bestätigt, dass der Restrukturierungsplan die Insolvenz des Schuldners verhindern und die Bestandsfähigkeit des Unternehmens gewährleisten wird (lit h). Diese Voraussetzungen geben auch Aufschlüsse über die von Schuldner und deren Geschäftsleitern zu unternehmenden Kalkulationen und Vorbereitungen.⁹⁸³

⁹⁸¹ Auf sonstige Wirkungen wie insb den Schutz wesentlicher Verträge oder die Unwirksamkeit sog „*ipso-facto* Klauseln“ wird in diesem Rahmen nicht weiter eingegangen, s dazu etwa *Jurgutyte-Ruez/Urthaler*, ZIK 2019, 91 (95).

⁹⁸² Ausf dazu *Jurgutyte-Ruez/Urthaler*, ZIK 2019, 91 (96 ff).

⁹⁸³ *Demisch in Morgen*, Restrukturierung Art 19 Rz 30 f.

2.6.2. Annahme und Bestätigung

Ein Restrukturierungsplan gilt als angenommen, wenn jede Klasse mit der erforderlichen Mehrheit zustimmt, wobei die MS hier nicht mehr als 75 % verlangen dürfen (Art 9 Abs 6 RIRL).⁹⁸⁴ Selbst wenn nicht alle Klassen dem Plan zustimmen, kann mithilfe eines klassenübergreifenden Cram-downs dennoch eine Planbestätigung erreicht werden (Art 11).⁹⁸⁵

Die gerichtliche Bestätigung des Restrukturierungsplans erfordert die Einhaltung des Kriteriums des Gläubigerinteresses (sofern von einem ablehnenden Gläubiger beanstandet, s Art 10 Abs 2 lit d) und im Falle eines klassenübergreifenden Cram-downs zusätzlich der Einhaltung eines Fairnesstests.⁹⁸⁶

2.7. Anfechtungsschutz

Da für einen erfolgreichen Restrukturierungsplan idR auch Neu- oder Zwischenfinanzierungen und sonstige Transaktionen zur Vorbereitung und Umsetzung der Restrukturierung und der Fortführung des Unternehmens erforderlich sind, bieten Art 17 u 18 RIRL dafür in bestimmten Fällen einen sog *safe harbour* (s dazu auch ErwGr 66 bis 69). Nachdem ein solcher *safe harbour* auch für die in der Verantwortung stehende Geschäftsleitung relevant ist, sind diese Bestimmungen auch im gegenständlichen Kontext von Interesse.

Neufinanzierungen sind solche, die für die Umsetzung des Plans erforderlich und daher auch Teil des Plans sind (s auch Art 8 Abs 1 lit g vi). Zwischenfinanzierungen dienen der Überbrückung eines allfälligen Liquiditätsbedarfs während der Vorbereitung und Bestätigung des Plans.⁹⁸⁷ Beide sollen gem Art 17 Abs 1 in einer späteren Insolvenz des Schuldners nicht deshalb für nichtig, anfechtbar oder nicht vollstreckbar erklärt werden (lit a) und die Geber solcher Finanzierungen nicht deshalb einer zivil-, verwaltungs- oder strafrechtlichen Haftung unterliegen (lit b), weil eine solche Finanzierung die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligt, außer es liegen zusätzliche im nationalen Recht festgelegte Gründe vor (mögliche solche sind insb in ErwGr 67 aufgelistet).⁹⁸⁸

Korrespondierend dazu sieht Art 18 Abs 1 auch einen Schutz für sonstige Transaktionen vor, die angemessen und unmittelbar notwendig für die Aushandlung eines

⁹⁸⁴ Mehr zur Klassen- und Mehrheitsbildung in *Jurgutyte-Ruez/Urthaler*, ZIK 2019, 91 (97 f).

⁹⁸⁵ Siehe dazu nur *Gassner/Wabl*, ecolex 2019, 333 (336 mwN).

⁹⁸⁶ *Jurgutyte-Ruez/Urthaler*, ZIK 2019, 91 (98 ff); zur Diskussion über den Fairness-Test s auch *Gassner/Wabl*, ecolex 2019, 333 (336 mwN); generell zum Thema: *Madaus*, The new UK Reconstruction Plan – No APR? No problem! stephanmadaus.de (Stand 24. 6. 2020).

⁹⁸⁷ Siehe auch die Begriffsbestimmungen in Art 2 Abs 1 Z 7 u 8 RIRL.

⁹⁸⁸ Gem Art 17 Abs 2 kann der Anfechtungsschutz an eine gerichtliche Planbestätigung bzw ex ante Kontrolle geknüpft werden. Gem Art 17 Abs 3 können Zwischenfinanzierungen, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit („nachdem der Schuldner zur Begleichung seiner fällig werdenden Schulden nicht mehr in der Lage war“), gewährt wurden, vom Schutz ausgenommen werden.

Restrukturierungsplans sind.⁹⁸⁹ Nach Art 18 Abs 4 sind *mindestens* Gebühren und Kosten für die Aushandlung, Annahme oder Bestätigung eines Restrukturierungsplans (lit a), solche für die Inanspruchnahme professioneller Beratung in engem Zusammenhang mit der Restrukturierung (lit b), Arbeitnehmerlöhne für bereits geleistete Arbeit (lit c) und andere Zahlungen und Auszahlungen im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb (lit d) erfasst.

2.8. Obstruktionsverbot für Anteilsinhaber

Die MS können auch Anteilsinhaber als eigene Klasse in den Restrukturierungsplan einbinden und wenn erforderlich auch über einen klassenübergreifenden Cram-down an den Plan binden (s nur ErwGr 43). Sie müssen dies aber nicht, sondern können gem Art 12 Abs 1 auch auf andere Weise sicherstellen, dass Anteilsinhaber die Annahme und Bestätigung eines Restrukturierungsplans nicht grundlos verhindern oder erschweren.⁹⁹⁰ Ein Anteilsinhaber ist gem Art 2 Abs 1 Z 3 RIRL eine Person, „die eine Beteiligung an einem Schuldner oder an einem Unternehmen des Schuldners hält, dazu gehört auch ein Aktionär, soweit diese Person kein Gläubiger ist“.

ErwGr 57 gibt den MS viel Flexibilität in diesem Bereich und die MS können etwa sicherstellen, dass Restrukturierungsmaßnahmen, die sich unmittelbar auf die Rechte der Anteilsinhaber auswirken und nach dem Gesellschaftsrecht durch eine Anteilsinhaberversammlung bestätigt werden müssen, keine unangemessen hohen Mehrheiten benötigen und dass Anteilsinhaber keine Zuständigkeit bei Restrukturierungsmaßnahmen haben, die sich nicht unmittelbar auf ihre Rechte auswirken.

Da (auch) in diesem Zusammenhang gesellschaftsrechtliche Bestimmungen relevant sind, regelt die RIRL in Art 32 auch das Verhältnis zur gesellschaftsrechtlichen RL (EU) 2017/1132.⁹⁹¹ Demnach ist in Art 84 der genannten RL klarzustellen, dass die MS ua Ausnahmeregelungen zu den dortigen Art 58 Abs 1⁹⁹² in dem Umfang und für den Zeitraum erlassen müssen, wie diese Ausnahmeregelungen für die Festlegung des präventiven Restrukturierungsrahmens nach der RIRL erforderlich sind. Betont wird dies gegenständlich, weil diese Bestimmung für AG regelt, dass bei schweren Verlusten des gezeichneten Kapitals die Einberufung der Hauptversammlung innerhalb einer durch die MS zu bestimmenden Frist vorzusehen ist, um zu prüfen, ob die Gesellschaft aufzulösen ist oder andere Maßnahmen zu ergreifen sind.⁹⁹³

⁹⁸⁹ Gem Art 18 Abs 2 kann auch der Schutz solcher Transaktionen an eine gerichtliche Planbestätigung oder eine ex ante Kontrolle geknüpft werden. Auch hier ist eine Ausnahme von nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit durchgeführten Transaktionen möglich (Art 18 Abs 3).

⁹⁹⁰ Dasselbe gilt gem Art 12 Abs 2 auch für die Umsetzung des Plans.

⁹⁹¹ Siehe zu dieser RL bereits oben Pkt B 2.5.3.

⁹⁹² Dieser folgte Art 19 RL 2012/30/EU (Neufassung) nach. Die sonst in Art 32 RIRL genannten Art 68, Art 72 bis 74 und Art 79 Abs 1 lit b und Art 80 Abs 1 und Art 81 der RL (EU) 2017/1132 sind im gegenständlichen Kontext nicht relevante Detailregelungen insb zu Kapitalerhöhung und –herabsetzung.

⁹⁹³ Dem Konzept nach ähnliche Regelungen befinden sich auch im GmbHG und AktG (s dazu bereits oben Pkt B 2.5.3).

Nach ErwGr 96 RIRL soll die Wirksamkeit des Prozesses der Annahme und Umsetzung eines Restrukturierungsplans aber nicht durch das Gesellschaftsrecht gefährdet werden. Demnach könne „es beispielsweise erforderlich sein, dass die MS Ausnahmen von der Verpflichtung zur Einberufung einer Hauptversammlung oder von den üblichen Fristen für den Fall vorsehen, dass die Unternehmensleitung bei schweren und plötzlichen Verlusten des gezeichneten Kapitals und einer wahrscheinlichen Insolvenz dringend Maßnahmen zum Schutz der Vermögenswerte des Unternehmens, zum Beispiel durch die Beantragung einer Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen, ergreifen muss.“ ErwGr 96 gibt den MS bei der Umsetzung dieser Vorgaben aber ausdrücklich Flexibilität.⁹⁹⁴

2.9. Pflichten der Unternehmensleitung bei einer wahrscheinlichen Insolvenz

2.9.1. Unternehmensleitung

Der in Art 19 verwendete Begriff „Unternehmensleitung“ („*director*“) wird in der RIRL nicht definiert. ErwGr 71 aE stellt vielmehr klar, dass die nationalen Vorschriften der MS über die Entscheidungsprozesse in einem Unternehmen unberührt bleiben. An sonstiger Stelle werden andere Begriffe verwendet wie etwa „Geschäftsleitung eines Unternehmens“ (ErwGr 33 iZm einer Aussetzung von Vollstreckungsmaßnahmen, im Englischen „*management*“) oder „vertretungsbefugtes Organ“ (ErwGr 53 iZm dem Vorschlag oder der Zustimmung zu einem klassenübergreifenden Cramdown, im Englischen das „*management board*“), die jeweils eine andere und uU engere Bedeutung als Unternehmensleitung haben könnten. Dies könnte aber ebenso eine Folge sprachlicher Inkonsistenzen sein, wird doch etwa in ErwGr 30 (iZm der Bestellung eines Restrukturierungsbeauftragten) und ErwGr 96 (iZm Einberufungspflichten) im Deutschen von der Unternehmensleitung, im Englischen aber nicht vom „*director*“, sondern vom „*management*“ gesprochen.

Eine negative Abgrenzung bietet uU der primär für die Entschuldung natürlicher Personen nach Titel III RIRL relevante Begriff des „Unternehmers“.⁹⁹⁵ „Geschäftsführer oder Mitglieder einer Unternehmensleitung“ sollen nach ErwGr 73 nämlich *nicht* als Unternehmer gelten, sondern vielmehr „nach nationalem Recht behandelt werden.“ Diese Aussage scheint aber nicht absolut zu gelten, können nach ErwGr 79 RIRL Justiz- und Verwaltungsbehörden bei der Prüfung der Redlichkeit von Unternehmern zB auch „die Erfüllung von Pflichten im Zusammenhang mit einer wahrscheinlichen Insolvenz, die den

⁹⁹⁴ „Die Mitgliedstaaten sollten nicht verpflichtet werden, vollständig oder teilweise, unbefristet oder befristet vom Gesellschaftsrecht abzuweichen, sofern sie sicherstellen, dass Bestimmungen des Gesellschaftsrechts die Wirksamkeit des Restrukturierungsprozesses nicht gefährden können, oder sofern die Mitgliedstaaten über andere, ebenso wirksame Instrumente verfügen, mit denen sie sicherstellen, dass die Aktionäre nicht grundlos die Annahme oder Umsetzung eines Restrukturierungsplans verhindern, der die Bestandsfähigkeit des Unternehmens wiederherstellen würde. (...) Die Mitgliedstaaten sollten bei der Beurteilung, welche Ausnahmeregelungen im Rahmen des nationalen Gesellschaftsrechts erforderlich sind, um diese Richtlinie wirksam umzusetzen, einen gewissen Ermessensspielraum genießen und sollten auch ähnliche Ausnahmen von der Richtlinie (EU) 2017/1132 für Insolvenzverfahren vorsehen können, die nicht unter diese Richtlinie fallen, die jedoch Restrukturierungsmaßnahmen ermöglichen.“

⁹⁹⁵ Nach Art 2 Abs 1 Z 9 RIRL definiert als „natürliche Person, die eine gewerbliche, geschäftliche, handwerkliche oder freiberufliche Tätigkeit ausübt“.

Unternehmenseignern als Mitgliedern der Geschäftsleitung obliegen“ mitberücksichtigen.⁹⁹⁶ Auch hier ist die Begrifflichkeit inkonsistent und statt *Unternehmensleitung* wird die *Geschäftsleitung* genannt. Gemeint ist an dieser Stelle wohl dasselbe, wird doch sowohl im englischen RL-Text als auch in Art 19 der Begriff „*director*“ und zB auch im französischen Text jeweils „*dirigeants*“ verwendet.

Nachdem die Ausgestaltung des präventiven Restrukturierungsrahmens den MS obliegt und diese den Zugang entweder weit durch Einbeziehung zB von Unternehmen oder auch nur auf juristische Personen beschränkt gestalten können (s oben Pkt 2.3), liegt wohl auch in diesem Kontext ein von den MS definiertes Begriffsverständnis nahe. Da Art 19 aber nicht nur Pflichten iZm einem präventiven Restrukturierungsrahmen, sondern generell Pflichten bei wahrscheinlicher Insolvenz regelt, muss umgekehrt eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des Rahmens nicht zwingend auch den Anwendungsbereich des Art 19 einschränken. Unbeantwortet bleibt im RL-Text schließlich, ob neben Geschäftsleitungsorganen auch andere Organe wie insb Aufsichtsorgane oder Anteilsinhaber, aber auch Unternehmer selbst, als Unternehmensleiter qualifiziert werden können.

Die (insb deutsche) Lit bezeichnet den Begriff der Unternehmensleitung als rechtsformneutral gestaltet⁹⁹⁷ und den MS soll ein weiter Umsetzungsspielraum zukommen.⁹⁹⁸ Jedenfalls erfasst sein sollen Leitungsorgane juristischer Personen wie Vorstände und Geschäftsführer.⁹⁹⁹ Für den Aufsichtsrat besteht Uneinigkeit¹⁰⁰⁰ und teilweise wird für diesen, aber auch für Gesellschafter dahingehend differenziert, ob diese für Geschäftsführungsentscheidungen (mit-)verantwortlich sind.¹⁰⁰¹

Das hinter dem Begriff der Unternehmensleitung stehende Verständnis wurde wie sich zeigen wird auch im Zuge der RIRL-Gesetzgebung diskutiert.

⁹⁹⁶ Für das österr Recht kann hier wohl zwischen klassischen „Fremdgeschäftsführern“ und „unternehmerischen“ Geschäftsführern, die selbst auch signifikant am Unternehmen beteiligt sind, unterschieden werden. Dies ist aber im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter zu untersuchen.

⁹⁹⁷ *Demisch in Morgen*, Restrukturierung Art 19 Rz 21 mwN; *Gerig in Morgen*, Restrukturierung Art 3 Rz 1.

⁹⁹⁸ *Goetker in Flöther* 273 (277) mit Verweis auf ErwGr 71.

⁹⁹⁹ *Wabl*, ZIK 2019, 178 (179 FN 13), sowie in der dLit: *Goetker in Flöther* 273 (277); *Gerig in Morgen*, Restrukturierung Art 3 Rz 1; *Seibt/von Treuenfeld*, DB 2019, 1190 (1194) (das „nach nationalem Recht zuständige Vertretungsorgan“, jedoch primär in Bezug auf die Insolvenzantragspflicht bei Aussetzung der Vollstreckungssperre).

¹⁰⁰⁰ Dafür: *Gerig in Morgen*, Restrukturierung Art 3 Rz 1; wohl dagegen: *Demisch in Morgen*, Restrukturierung Art 19 Rz 22, 38 (in Bezug auf das deutsche Recht).

¹⁰⁰¹ *Goetker in Flöther* 273 (277), nach welchem etwa kein Grund ersichtlich sei, „warum nur die Geschäftsführer und nicht auch die Gesellschafter, sofern diese Einfluss auf die Entscheidungen der Geschäftsleiter haben, grundsätzlich auch mit Eintritt der drohenden Insolvenz die Interessen der anderen betroffenen Stakeholder zu beachten haben.“ Dem ist mE in dieser Allgemeinheit – und etwa ohne Hinzukommen besonderer Aspekte wie etwa einer faktischen Geschäftsführung – nicht zu folgen, wird die Rolle der Anteilsinhaber doch insb durch das in Art 12 vorgesehene Obstruktionsverbot geregelt.

2.9.2. Wahrscheinliche Insolvenz

Hier kann auf das bereits oben in Pkt 2.4 Gesagte verwiesen werden. Bei der Bedeutung des Begriffs für den Zugang zu präventiven Restrukturierungsrahmen einerseits und als Auslöser besonderer Pflichtentatbestände andererseits können aufgrund anders gelagerter Wertungen aber Unterschiede bestehen.¹⁰⁰² Auf diese wird ebenso einzugehen sein.

2.9.3. Pflichten nach Art 19 RIRL

2.9.3.1. Generelles

Nach Art 19 RIRL müssen die MS gewisse Mindestanforderungen für Pflichten der Unternehmensleitung bei einer wahrscheinlichen Insolvenz vorsehen („mindestens Folgendes gebührend berücksichtigt“). Wie sich im Folgenden noch zeigen wird, war der nunmehr verabschiedete Art 19 bis zuletzt eine der meistdiskutierten Bestimmungen der RIRL. Zwischenzeitlich wurde er wie bereits angesprochen sogar gestrichen. Bei der verabschiedeten Fassung handelt es sich um die Kompromissfassung, wie sie im Änderungsantrag 109 des Berichts des Rechtsausschusses vom 21. 3. 2019 vorgeschlagen wurde.¹⁰⁰³

Hilfreiche Aufschlüsse darüber, was hinter dieser „Pflicht zur Interessenberücksichtigung“, „Pflicht zur Insolvenzabwendung“ und „Pflicht zur Sicherstellung der Bestandsfähigkeit“¹⁰⁰⁴ steckt, geben die ErwGr 70 u 71, die aufgrund deren Aussagekraft in voller Länge zitiert werden und wie in **Annex 6** gezeigt teilweise wortgleich an Vorarbeiten *UNCITRAL*’s angelehnt sind (Hervorhebungen und Unterteilungen zur besseren Übersichtlichkeit durch den Autor):

*ErwGr 70: Um die präventive Restrukturierung weiter zu fördern, muss gewährleistet sein, dass **Unternehmensleitungen** nicht davon abgehalten werden, **vertretbare Geschäftsentscheidungen zu treffen** (Anm: auf Englisch „**reasonable business judgment**“) oder **vertretbare wirtschaftliche Risiken einzugehen**, vor allem wenn dies die Aussichten auf eine Restrukturierung potenziell bestandsfähiger Unternehmen verbessert.*

*Wenn ein Unternehmen in **finanzielle Schwierigkeiten** gerät, sollte die Unternehmensleitung Schritte einleiten, um **Verluste möglichst gering zu halten und eine Insolvenz abzuwenden, wie zum Beispiel:***

- *Inanspruchnahme **professioneller Beratung** unter anderem zu Restrukturierung und Insolvenz, etwa durch Nutzung von **Frühwarnsystemen**, soweit vorhanden;*

¹⁰⁰² Siehe dazu etwa *Siepmann in Morgen*, Restrukturierung Art 4 Rz 12, nach welchem für Art 19 eine ex ante wie ex post zuverlässig feststellbare Weise erforderlich ist; ähnlich *Wabl*, ZIK 2019, 178 (186) („Unternehmensleiter sollten einfach und verlässlich feststellen können, wann von ihnen ein bestimmtes Verhalten erwartet wird“).

¹⁰⁰³ Bericht des Rechtsausschusses vom 21. 3. 2019 (Dok A8-0269/109), europa.eu (Stand 21. 3. 2019), Änderungsantrag 109 von *Pavel Svoboda* im Namen des Rechtsausschusses; s dazu auch *Demisch in Morgen*, Restrukturierung Art 19 Rz 6 sowie im Detail unten Pkt 4.3.4.

¹⁰⁰⁴ Wie unten insb in Pkt D 7.1.2 gezeigt wurden in der dLit ähnliche Umschreibungen dieser Pflichten verwendet und insb iZm dem StaRUG verwandte Begriffskategorien entwickelt.

- **Schutz der Vermögenswerte** des Unternehmens, um einen möglichst hohen Wert zu sichern und den Verlust wesentlicher Vermögenswerte zu verhindern;
- **Analyse der Struktur und der Funktionen des Unternehmens, um die Bestandsfähigkeit zu prüfen** und die Ausgaben zu senken;
- **keine Vornahme der Arten von Transaktionen für das Unternehmen, die Gegenstand einer Insolvenzanfechtungsklage werden könnten**, es sei denn, es gibt einen triftigen wirtschaftlichen Grund dafür;
- Fortsetzung der Geschäftstätigkeit, wenn dies unter den gegebenen Umständen sinnvoll ist, um einen **möglichst hohen Wert als fortgeführtes Unternehmen zu sichern**;
- Führung von Verhandlungen mit den Gläubigern **und Einleitung präventiver Restrukturierungsverfahren**.

ErwGr 71: Wenn dem Schuldner die **Insolvenz droht** (Anm: wohl gemeint „wahrscheinliche Insolvenz“),¹⁰⁰⁵ kommt es **auch** darauf an, die **berechtigten Interessen der Gläubiger** vor Managemententscheidungen zu schützen, die sich auf die Zusammensetzung des Schuldnervermögens auswirken können, insbesondere wenn diese Entscheidungen eine **weitere Wertminderung des Vermögens bewirken könnten, das für Restrukturierungsmaßnahmen oder für die Verteilung an die Gläubiger zur Verfügung steht**.

Es ist **daher** notwendig, sicherzustellen, dass die **Unternehmensleitung es unter diesen Umständen vermeidet, vorsätzliche oder grob fahrlässige Handlungen vorzunehmen, die auf Kosten der Anteilsinhaber** (Anm: wohl gemeint „Interessenträger“)¹⁰⁰⁶ **zu persönlichen Vorteilen führen, und vermeidet, Transaktionen unter Marktwert zuzustimmen oder Maßnahmen zu treffen, die eine unfaire Bevorzugung eines oder mehrerer Interessenträger zur Folge haben**.

Die Mitgliedstaaten sollten die entsprechenden Bestimmungen der vorliegenden Richtlinie umsetzen können, indem sie sicherstellen, dass Justiz- oder Verwaltungsbehörden bei der **Beurteilung, ob ein Mitglied der Unternehmensleitung für Verletzungen der Sorgfaltspflicht haftbar zu machen ist, die Bestimmungen dieser Richtlinie zu den Pflichten der Unternehmensleitung berücksichtigen**.

Diese Richtlinie zielt **nicht** darauf ab, eine **Rangfolge** zwischen den verschiedenen Parteien festzulegen, deren **Interessen** gebührend berücksichtigt werden müssen. Die Mitgliedstaaten sollten jedoch in der Lage sein, eine solche Rangfolge festzulegen.

Diese Richtlinie sollte die nationalen Vorschriften der Mitgliedstaaten über die **Entscheidungsprozesse in einem Unternehmen unberührt lassen**.

Während es bis zu dieser Bestimmung bei Diskussionen zu Organpflichten im Krisen- und Insolvenzzusammenhang zumeist relativ schnell um den Gläubigerschutz gegangen ist, wurde mit Art 19 der Fokus auf das dabei oft vergessene Innenverhältnis zur Gesellschaft gelegt.¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰⁵ Siehe dazu noch unten Pkt 7.3.

¹⁰⁰⁶ Anm: Hier handelt es sich wohl um einen Redaktionsfehler. In anderen Sprachen, zB im Englischen (*stakeholder*) wird hier auf die Interessenträger Bezug genommen, was auch inhaltlich mehr Sinn macht.

¹⁰⁰⁷ Zutr Korch, ZGR 2019, 1050 (1051).

2.9.3.2. Pflicht zur Interessenberücksichtigung (Art 19 lit a RIRL)

Art 19 lit a RIRL nennt die Interessen der Gläubiger, Anteilsinhaber und sonstigen Interessenträger. Gläubiger und Interessenträger sind in der RIRL nicht weiter definiert, Anteilsinhaber sehr wohl (s dazu bereits oben Pkt 2.8).

Auch wenn die Verpflichtung zur Berücksichtigung besonderer Interessen, und insb der Gläubigerinteressen einen sog *shift of fiduciary duties* implizieren könnten (s zum Konzept bereits oben Pkt B 3.4 sowie unten Pkt 6.3), spricht ErwGr 71 womöglich gegen eine solche Auslegung. Dieser streicht zwar zu Beginn ausdrücklich die zu schützenden berechtigten Interessen der Gläubiger hervor, gleichzeitig stellt er aber klar, dass die RIRL *keine* Rangfolge zwischen den verschiedenen Parteien festlegen soll, sondern eine solche Rangfolge den MS selbst überlassen bleibt. Dennoch wurde *gerade* diese Frage iZm Art 19 lit a intensiv in der (insb deutschen) Lit diskutiert,¹⁰⁰⁸ nicht zuletzt weil sich diese Bestimmung zwischen Kommissionsvorschlag und verabschiedeter RIRL auch erheblich geändert hat.

2.9.3.3. Pflicht zur Insolvenzabwendung (Art 19 lit b RIRL)

Gem Art 3 Abs 1 RIRL müssen die MS sicherstellen, dass Schuldner Zugang zu einem oder mehreren klaren und transparenten Frühwarnsystemen haben, „die Umstände erkennen können, die zu einer wahrscheinlichen Insolvenz führen können, und ihnen signalisieren können, dass unverzüglich gehandelt werden muss“ (*need to act without delay*).

Art 19 lit b fordert von Unternehmensleitern zwar kein solches unverzügliches Handeln, jedoch ist bei einer wahrscheinlichen Insolvenz die Notwendigkeit, Schritte einzuleiten, um eine Insolvenz abzuwenden, gebührend zu berücksichtigen. Welche Schritte die RIRL im Auge hat, lässt sich aus dem bereits zitierten ErwGr 70 entnehmen. Dieser nennt die Einleitung präventiver Restrukturierungsverfahren als letzten von mehreren beispielhaft angeführten Schritten, um Verluste möglichst gering zu halten und eine Insolvenz abzuwenden.

Bemerkenswert ist, dass ErwGr 70 bereits an „finanzielle Schwierigkeiten“ anknüpft und (vermeintlich) erst ErwGr 71 besondere Pflichten für den Zeitraum der wahrscheinlichen Insolvenz vorsieht. Die Untersuchungen zur europäischen Gesetzwerdung werden auch hier Aufschlüsse bringen.

2.9.3.4. Pflicht zur Sicherstellung der Bestandsfähigkeit (Art 19 lit c RIRL)

Art 19 lit c zielt schließlich auf die Vermeidung von vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Verhalten ab, das die Bestandsfähigkeit des Unternehmens gefährdet. ErwGr 71 betont in diesem Zusammenhang die berechtigten Interessen der Gläubiger, die vor grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Managemententscheidungen zu schützen seien, die auf Kosten der

¹⁰⁰⁸ Siehe dazu noch ausf unten Pkt D 7.2.2.

Interessenträger zu persönlichen Vorteilen führen, die Transaktionen unter Marktwert darstellen oder die eine unfaire Bevorzugung eines oder mehrerer Interessenträger zur Folge haben.

Der Begriff der Bestandsfähigkeit wird in der RIRL nicht definiert. Ähnlich wie die wahrscheinliche Insolvenz ist auch die Bestandsfähigkeit nicht primär für die Pflichten der Unternehmensleitung, sondern generell für den Anwendungsbereich des präventiven Restrukturierungsrahmens von Bedeutung. Gem Art 1 Abs 1 lit a sowie Art 4 Abs 1 RIRL ist die Sicherstellung der Bestandsfähigkeit – neben der Abwendung der Insolvenz – sogar eines *der* expliziten Charakteristika des präventiven Restrukturierungsrahmens. Die RIRL möchte einerseits die unnötige Liquidation bestandsfähiger Unternehmen verhindern (ErwGr 2), jedoch andererseits *nicht* wirtschaftlich bestandsfähige Unternehmen ohne Überlebenschance so schnell wie möglich abwickeln (ErwGr 3). Demnach sollen die MS gem Art 4 Abs 3 und ErwGr 26 eine Bestandsfähigkeitsprüfung als Voraussetzung für den Zugang zu präventiven Restrukturierungsverfahren beibehalten oder einführen können.¹⁰⁰⁹ Gem Art 10 Abs 3 kann einem Restrukturierungsplan schließlich die Bestätigung versagt werden, wenn keine vernünftige Aussicht besteht, dass der Plan die Insolvenz des Schuldners verhindern oder die Bestandsfähigkeit des Unternehmens gewährleisten würde. Mehrfach wird von „wirtschaftlich bestandsfähigen“ Unternehmen gesprochen, was für ein wirtschaftliches und weniger ein rechtliches Begriffsverständnis spricht (s dazu noch unten Pkt 7.4.4).

2.9.3.5. RIRL enthält keine Detailvorgaben

Mit den dargestellten Pkten zu den Pflichten und der Verantwortlichkeit von Unternehmensleitern ist der diesbezügliche explizite Regelungsbereich in der RIRL auch schon erschöpft. Zu sonstigen, in der Praxis höchst relevanten Fragen wie der Aktivlegitimation für Haftungsansprüche (Innen- oder Außenhaftung), zum verlangten Sorgfaltsmaßstab, zu Fragen der Schadensberechnung, der Beweislast und Ähnlichem schweigt die RIRL. Auch dazu ergeben sich aus der europäischen Gesetzwerdung aber vereinzelt Aufschlüsse, auf welche im gegenständlichen Rahmen soweit erforderlich ebenso eingegangen wird.

2.10. Ruhen der Insolvenzantragspflicht

Wie bereits in Pkt 2.5.2 angesprochen, führt eine Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen auch zu einem Ruhen einer allenfalls nach nationalem Recht bestehenden Insolvenzantragspflicht. ErwGr 38 RIRL stellt klar, dass dies auch die Beantragung von die Restrukturierung des Schuldners bezweckende Verfahren betrifft, die gleichzeitig auch zur Liquidation des Schuldners führen können.

¹⁰⁰⁹ Diese Regelung wurde erst vergleichsweise spät in den RL-Text aufgenommen (s unten Pkt 4.3.4.6). In ErwGr 17 des ursprünglichen Kommissionsvorschlags war noch vorgesehen, dass eine Rentabilitätsprüfung gerade *nicht* zur Vorbedingung gemacht werden sollte.

Dass die durch ein gesetzliches Moratorium ermöglichte Stabilität zur Ausverhandlung einer sinnvollen Einigung auch Druck vom Schuldner und der Geschäftsleitung nehmen soll, liegt intuitiv nahe. Dennoch ist dies nicht unumstritten. Lt. Stellungnahme des deutschen BAKInso (Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte e.v.) widerspreche die Suspendierung einer Insolvenzantragspflicht etwa einer der Grundregeln des deutschen Insolvenz- und Gesellschaftsrechts und sei daher abzulehnen.¹⁰¹⁰ Gefürchtet wird insb. um das Prinzip der *par condicio creditorum*, wenn Schuldner sich bei vorliegender Insolvenzreife in das Restrukturierungsverfahren „flüchten“.¹⁰¹¹ Auch nach *Jurgutyte-Ruez/Urthaler* sei „wohl nicht von der Hand zu weisen“, dass die Vollstreckungssperre iVm einer Insolvenzsperre ganz allgemein eine „Missbrauchsgefahr“ in sich berge und „eine Insolvenzverschleppung sowie die Verschleuderung der verbleibenden Vermögenswerte begünstigen könne.“¹⁰¹²

Eine wesentliche Herausforderung könnte sich schließlich daraus ergeben, dass die RIRL Regelungen wie das in Ländern wie Österreich, aber auch Deutschland vorgesehene Zahlungsverbot nicht adressiert. Vielmehr wird in ErwGr 39 ausdrücklich festgehalten, dass die RIRL Schuldner *nicht* daran hindern sollte, „Forderungen von nicht betroffenen Gläubigern und während der Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen entstehende Forderungen betroffener Gläubiger im normalen Geschäftsgang zu erfüllen.“ Wie bereits in Pkt 2.7 gezeigt, sind iZm der Restrukturierung erfolgende Zahlungen sogar ausdrücklich anfechtungsrechtlich privilegiert. Mit Blick auf das bereits mehrfach aufgezeigte Spannungsverhältnis zwischen gesellschaftsrechtlichen und insolvenzrechtlichen Prinzipien könnte darauf ein besonderes Augenmerk zu legen sein.

2.11. Zwischenfazit

Ein erster Blick auf die RIRL zeigt, dass einerseits an mehreren Stellen Pflichten von Geschäftsleitungsorganen explizit adressiert werden. Die strukturellen und verfahrensrechtlichen Vorgaben zum präventiven Restrukturierungsrahmen geben darüber hinaus auch indirekt den Kurs vor, dem Schuldner und deren Geschäftsleiter bei der Inanspruchnahme des Rahmens folgen müssen.

Nachdem nun der Rahmen für die weitere Untersuchung gesteckt ist, wird mit einem kompakten Blick auf (zeitlich teils lange vor der RIRL gestartete) gesellschaftsrechtliche Harmonisierungsinitiativen begonnen und danach die insolvenzrechtliche Harmonisierung analysiert.¹⁰¹³

¹⁰¹⁰ BAKInso, ZInsO 2017, 690 (691); s. dazu auch *Morgen* in *Morgen*, Restrukturierung 87.

¹⁰¹¹ *Janjuah* in *Morgen*, Restrukturierung Art 7 Rz 32 f. mwN.

¹⁰¹² *Jurgutyte-Ruez/Urthaler*, ZIK 2019, 91 (95 f.).

¹⁰¹³ Zu den behandelten oder verwandten EU-Initiativen gibt es hunderte Dokumente, auf die Bezug genommen werden könnte. Im Rahmen dieser Arbeit werden aber nur die für den Untersuchungsgegenstand relevanten Aspekte adressiert.

3. Gesellschaftsrechtliche Harmonisierungsinitiativen

3.1. *Forum Europaeum Konzernrecht*

Die europäische Diskussion um das „richtige“ Konzept zu Geschäftsleiterpflichten im Krisenzusammenhang (heruntergekürzt auf die Konzepte „*wrongful trading*“ sowie „*duty to file*“) hat ihre Ursprünge in den 1990er Jahren. *Bachner*¹⁰¹⁴ hat die Entwicklungen bis Ende 2007 bereits umfassend aufgearbeitet und aufgezeigt, wie 1994 in einem Sammelband die damals noch relativ junge *wrongful trading* Bestimmung der Sec 214 IA 1986¹⁰¹⁵ vorgestellt und einige Jahre später (1998) der englische Ausdruck *wrongful trading* erstmals offiziell auf europäischer Ebene vom *Forum Europaeum Konzernrecht* publiziert wurde – damals noch iZm der Haftung der Muttergesellschaft im Recht der Unternehmensgruppe.¹⁰¹⁶ Damals befanden sich insolvenzrechtliche Harmonisierungsbemühungen in Europa noch ganz am Anfang (s unten Pkt 4).

3.2. Der Winter-Report

Eingang in die Bereiche Gesellschaftsrecht und Corporate Governance fand der Begriff *wrongful trading* erstmals im Jahr 2002 im von der EK in Auftrag gegebenen sog „Winter-Report“.¹⁰¹⁷ Der Winter-Report beinhaltet zwar keinen Formulierungsvorschlag für eine einheitliche Bestimmung zu Geschäftsleiterpflichten, zeigt aber unterschiedliche Ansätze auf Ebene der MS auf. Bemerkenswert ist, dass die englische Fassung des Reports durchwegs den Begriff *wrongful trading* verwendet,¹⁰¹⁸ die deutsche Fassung hingegen die Begriffe *Konkurs*-¹⁰¹⁹ und *Insolvenzverschleppungshaftung*.¹⁰²⁰ Diese etwas an das Sprichwort „*lost in translation*“ erinnernde und den Begriff quasi in beiden Sprachen an die jeweils bestehenden Rechtstraditionen anpassende Übersetzung ist bereits *Bachner* aufgefallen, der diesbezüglich ebenso auf Probleme und Auslegungsschwierigkeiten hinwies.¹⁰²¹

Der Winter-Report spricht davon, dass Rechenschaftspflichten von Direktoren bei einer *drohenden Insolvenz*¹⁰²² (übersetzt von der englischen Formulierung *threatened by insolvency*¹⁰²³) gestärkt werden müssten. Die britische *wrongful trading* Bestimmung (gleich wie ähnliche Bestimmungen in Frankreich und Belgien) sei hier zu bevorzugen, denn sie

¹⁰¹⁴ GesRZ 2007, 410 (411 ff).

¹⁰¹⁵ UK Insolvency Act 1986 PGA 1986 c 45; für weitere Details zur Entstehung von Sec 214 IA 1986 s *Wabl*, BULA 2019, 49 (51, 55).

¹⁰¹⁶ *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672.

¹⁰¹⁷ Bericht der hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa vom 4. 11. 2002, ec.europa.eu (3, Stand 4. 11. 2002), im Folgenden **Winter-Report** (aufgrund der Leitung von *Jaap Winter*); überblicksartig dazu *Adensamer/Oelkers/Zechner*, SWI 9/2005, 437 (Pkt III).

¹⁰¹⁸ Siehe die englischsprachige Fassung des Winter-Reports 13, 16, 19, 69 (ebenso abrufbar unter ec.europa.eu).

¹⁰¹⁹ Winter-Report 9, 15, 16, 96.

¹⁰²⁰ Winter-Report 73.

¹⁰²¹ *Bachner*, GesRZ 2007, 410 (411 u 415 ff).

¹⁰²² Winter-Report 73, 96.

¹⁰²³ Winter-Report (englische Fassung) 68, 90.

werde bereits ausgelöst, wenn es absehbar sei, „dass die Gesellschaft ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann“, greife jedoch „nicht in die Führung der laufenden Geschäfte“ ein. Allgemeine Insolvenzantragspflichten kämen „für gewöhnlich zu spät“.¹⁰²⁴

3.3. Aktionsplan der Kommission zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der EU

Die Erkenntnisse des Winter-Reports wurden im Jahr 2003 von der EK aufgegriffen und in einem Aktionsplan¹⁰²⁵ zu Papier gebracht. Auch dieser Aktionsplan bleibt einen detaillierten Regelungsvorschlag schuldig. Der Empfehlung aus dem Winter-Report zur Ausarbeitung einer „Regelung über die Konkursverschleppungshaftung“¹⁰²⁶ bzw in der englischen Fassung einer „*wrongful trading rule*“¹⁰²⁷ werde gefolgt. Manager sollten „persönlich für den Konkurs eines Unternehmens zur Rechenschaft gezogen werden [...] wenn sie sich bei absehbarer Zahlungsunfähigkeit¹⁰²⁸ des Unternehmens weder zu seiner Rettung und zur Zahlung der ausstehenden Verbindlichkeiten noch zur Konkursanmeldung entschließen.“¹⁰²⁹ Als mittelfristiges Ziel für die Umsetzung einer gesetzlichen Initiative hatte sich die EK damals die Jahre 2006 bis 2008 vorgenommen.¹⁰³⁰

3.4. Rückschlag im Vorfeld der globalen Wirtschafts- und Finanzkrise

Im Juni 2006 hat das EP in einem Report über aktuelle Entwicklungen im Bereich Unternehmensrecht¹⁰³¹ relativ deutlich betont, dass *keine* Initiative im Bereich *wrongful trading* erforderlich sei, da insb Unterschiede zwischen den MS kein Hindernis für den Binnenmarkt darstellen würden.¹⁰³² Mehr oder weniger zeitgleich haben sich bei einer Befragung von 266 Stakeholdern aus der EU und aus Drittstaaten insb aufgrund der

¹⁰²⁴ Winter-Report 73 (auf vorausschauende Insolvenzgründe wie etwa die Überschuldung [§ 67 IO] wird dort nicht eingegangen).

¹⁰²⁵ Aktionsplan der Kommission zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und zur Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union vom 21. 5. 2003, KOM (2003) 284 endg; überblicksartig dazu s auch Adensamer/Oelkers/Zechner, SWI 9/2005, 437 (Pkt III).

¹⁰²⁶ KOM (2003) 284 endg, 19.

¹⁰²⁷ Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union - A Plan to Move Forward vom 21. 5. 2003, COM (2003) 284 final, 16.

¹⁰²⁸ In der englischen Fassung heißt es „...if it is foreseeable that the company cannot continue to pay its debts...“ (COM [2003] 284 final, 16); folgt man dem englischen Insolvenz begriff („inability to pay debts“ gemäß Sec 123 IA 1986, s dazu noch Pkt 6.3.2.1 sowie Wabl, BULA 2019, 49 [51]), wären davon in einem österr-rechtl Verständnis nicht nur Zahlungsunfähigkeit, sondern auch Überschuldung umfasst; die deutsche Version des Aktionsplans würde daher zu einem engeren Anwendungsbereich führen als die englische – eine weitere Inkonsistenz, die bereits Bachner (GesRZ 2007, 410 [415]) bemerkte.

¹⁰²⁹ KOM (2003) 284 endg, 19.

¹⁰³⁰ KOM (2003) 284 endg, 29.

¹⁰³¹ Report of the Parliament on recent developments and prospects in relation to company law vom 26. 6. 2006 (Dok A6-0229/2006), europaparl.europa.eu (Stand 26. 6. 2006) (nur auf Englisch verfügbar).

¹⁰³² Siehe S 6 Pkt 19 des genannten EP-Reports, wo es in etwas holprigem Englisch heißt wie folgt (Hervorhebungen durch den Autor): “States that there is no need for a European initiative in the field of wrongful trading since there **are already relevant regulations in the Member States**; although those regulations in the Members States may vary, the national differences constitute **no obstacle to the internal market**“.

Komplexität der Materie und Verschränkung mit anderen Rechtsbereichen 73,8 % *gegen* eine EU-Initiative im Bereich *wrongful trading* ausgesprochen.¹⁰³³

Damit schien die bis dahin bestehende Dynamik vorerst eingebremst, bis das EP im November 2006 iZm dem Statut einer Europäischen Privatgesellschaft¹⁰³⁴ in einer von insgesamt elf Empfehlungen unter dem Titel „Zur Auflösung, Liquidation, Insolvenz und Zahlungseinstellung“ mit folgenden Worten einen vermeintlichen Schwenk vollzog (Hervorhebungen durch den Autor):

„Das Europäische Parlament ist der Auffassung, dass die Geschäftsführer einer EPG verpflichtet sein müssen, bei **Vorliegen eines Insolvenzstatbestands ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber nach drei Wochen**, die Einleitung eines Insolvenzverfahrens zu beantragen; dass sie bei Verstoß gegen diese Pflicht gegenüber Gläubigern, denen hierdurch ein Schaden entsteht, unmittelbar und gesamtschuldnerisch haften sollten.“¹⁰³⁵

Mag die bisherige Tendenz eher in Richtung einer europäischen *wrongful trading* Bestimmung gegangen sein, klingt diese Empfehlung eher nach einer Insolvenzverschleppungs-Regelung nach österr (bzw aufgrund der drei-Wochen Frist wohl noch mehr deutschem) Vorbild.¹⁰³⁶ Die Diskussion ist, wie die EPG selbst, aber ergebnislos geblieben.

3.5. Neue Dynamik infolge der globalen Wirtschafts- und Finanzkrise

Als Folge der globalen Wirtschafts- und Finanzkrise hat *José Emanuel Barroso* als damaliger Kommissionspräsident im Rahmen der Strategie „EUROPA 2020. Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum“ im Jahr 2010 folgendes ausgerufen: „Das Jahr 2010 muss für einen Neuanfang stehen. Mein Anliegen ist, dass Europa aus der Wirtschafts- und Finanzkrise gestärkt hervorgeht.“¹⁰³⁷ Dies hat wenig überraschend auch den Bereich der europäischen Insolvenzrechtsharmonisierung erfasst (s dazu im Detail Pkt 4.2.2).

¹⁰³³ Summary Report des Directorate General for Internal Market and Services, Consultation and Hearing on future Priorities for the Action Plan on Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union, ec.europa.eu (13. Stand Mai 2006) (nur auf Englisch verfügbar; jedoch zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieser Arbeit leider nicht mehr online abrufbar). Dieser sollte zukünftige Prioritäten iZm dem zuvor in Pkt 3.3 zitierten Aktionsplan klären.

¹⁰³⁴ Bericht des Europäischen Parlaments mit Empfehlungen an die Kommission zum Statut der Europäischen Privatgesellschaft vom 29. 11. 2006 (Dok A6-0434/2006), europaparl.europa.eu (Stand 29. 11. 2006).

¹⁰³⁵ Siehe Empfehlung 11 auf S 7 des zitierten EP Berichts vom 29. 11. 2006.

¹⁰³⁶ Auch der englische Wortlaut geht in dieselbe Richtung: „...*directors of an EPC must be obliged to apply for insolvency proceedings to be initiated without undue delay, and at the latest three weeks after a state of insolvency arises...*“ (die englische Fassung des Berichts ist ebenso abrufbar unter europaparl.europa.eu). Dies mag deswegen nicht überraschen, da dieser Empfehlung der Entw eines deutschen Professors, *Christoph Teichmann* sowie eines deutschen Notars, *Oliver Vossius* zu Grunde lag, s S 9 des zitierten EP Berichts vom 29. 11. 2006 sowie die Bemerkungen von *Bachner*, GesRZ 2007, 410 (413).

¹⁰³⁷ Mitteilung der Europäischen Kommission „EUROPA 2020 Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum“ vom 3. 3. 2010, KOM (2010) 2020 endg.

Auch die Krisenverantwortung von Geschäftsleitern war in dieser Periode wieder vieldiskutiert, die EK warf etwa wenige Monate später die Frage auf, ob eine „Verschärfung der zivilrechtlichen und strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Geschäftsführung“ erfolgen sollte.¹⁰³⁸ Auch diese Dynamik brachte aber vorerst keine nachhaltigen Ergebnisse. Am 12. 12. 2012 (s zu diesem Datum auch noch unten Pkt 4.2.4 u Pkt 4.3.1.1) präsentierte die EK einen „Aktionsplan: Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance - ein moderner Rechtsrahmen für engagiertere Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen“,¹⁰³⁹ in dem Geschäftsleiterpflichten im Krisenzusammenhang aber nicht gesondert angesprochen wurden.

3.6. Die LSE-Studie

Eine ausführlichere Auseinandersetzung hat erst wieder die von der EK beauftragte und 2013 fertiggestellte „*Study on Directors' Duties and Liability*“ gebracht, die von der *London School of Economics* erstellt wurde.¹⁰⁴⁰ Die LSE-Studie beschäftigt sich mit Geschäftsleiterpflichten in der Phase des „normalen“ Geschäftsbetriebs hin bis zur *twilight zone* als Phase kurz vor Insolvenzeintritt.¹⁰⁴¹ Die Studie ist ausdrücklich limitiert auf die Phase vor Insolvenzeintritt, betont aber, dass hier die Grenzen oft verschwimmen, da der Insolvenzeintritt in den MS aufgrund unterschiedlicher Regelungen oft variiere.¹⁰⁴² Ziel der Studie war es, die EK bei der Entwicklung eines europaweiten Ansatzes im Bereich Gesellschaftsrecht zu unterstützen.¹⁰⁴³ Mit Blick auf die bis dato erfolgten Entwicklungen gibt die Studie unumwunden zu, dass der Bereich Geschäftsleiterpflichten und damit zusammenhängende Haftungsbestimmungen auf europäischer Ebene va aufgrund der Komplexität und bestehender Verflechtungen mit anderen Rechtsgebieten noch nicht weit erforscht seien.¹⁰⁴⁴

Die LSE-Studie beschäftigt sich auch ausf mit Geschäftsleiterpflichten in der Phase der Insolvenznähe (in der Studie zumeist als *vicinity of insolvency* bezeichnet) und stellt dabei die unterschiedlichen Strategien, insb *wrongful trading* und *duty to file* gegenüber. Solche

¹⁰³⁸ Grünbuch „Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik“ vom 2. 6. 2010, KOM (2010) 284 endg, 20 Pkt 5.6. (die Aussag erfolgte jedoch nur unter Bezugnahme auf den Finanzsektor).

¹⁰³⁹ Siehe Aktionsplan „Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance – ein moderner Rechtsrahmen für engagiertere Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen“ vom 12. 12. 2012, KOM (2012) 740 endg.

¹⁰⁴⁰ *London School of Economics*, Study on Directors' Duties and Liability, eprints.lse.ac.uk (Stand April 2013), im Folgenden **LSE-Studie**. Der österreichische Beitrag zur Studie wurde von Univ.-Prof. Dr. Martin Winner, Dr. Nora Frizberg, LL.M. (LSE) (damals noch Mag.) sowie RA Dr. Wendelin Ettmayer geleistet.

¹⁰⁴¹ Siehe Executive Summary auf S vii. der LSE-Studie, wo es heißt (Hervorhebungen durch den Autor): “*This study shows the extent to which the content and extent of duties and the corresponding liabilities, as well as the understanding of the persons to whom they are owed, fluctuate over the life of a company, i.e. during the "normal" phase of operation, and in the so called "twilight zone", i.e. shortly before insolvency.*“

¹⁰⁴² LSE-Studie xxvi.

¹⁰⁴³ LSE-Studie xxiv.

¹⁰⁴⁴ „not well explored at EU level“, LSE-Studie xxv.

Strategien sollen iW Geschäftsleiter davon abhalten, sich bzw das Unternehmen raus aus der Insolvenz zu „*gamblen*“.¹⁰⁴⁵

Insgesamt nennt die Studie zwei Strategien, die in Mitgliedstaaten in der *vicinity of insolvency* angewendet würden.¹⁰⁴⁶

- (a) Insolvenzantragspflicht: Die meisten MS hätten eine gesetzlich statuierte Pflicht für Geschäftsleiter, die zur Insolvenzantragsstellung binnen einer vorgegebenen Frist anhalte und mit einer entsprechenden Haftung bei verspäteter Antragstellung verbunden sei.
- (b) *Wrongful trading*: Von der Natur her ähnlich zur vorigen Strategie, sehen *wrongful trading* Regelungen keinen fixen Zeitpunkt für die Insolvenzantragstellung vor, sondern binden die Geschäftsleiterpflichten an einen unbestimmten Zeitpunkt, an dem Gläubigerinteressen am Spiel stehen.

Als wesentlichen Unterschied bezeichnet die Studie den Umstand, dass eine Insolvenzantragspflicht regelmäßig mit dem Insolvenzeintritt, *wrongful trading* hingegen bereits *früher* ausgelöst werde. Letzteres könne jedoch auch eine Weiterführung des Unternehmens über den Insolvenzeintritt hinaus rechtfertigen.¹⁰⁴⁷ Auf Basis der Länderreporte zeige sich lt Studie aber, dass im Endeffekt beide Strategien zu ähnlichen Ergebnissen führen.¹⁰⁴⁸ Es wird insb darauf hingewiesen, dass *wrongful trading* in der (va englischen) Spruchpraxis sogar später eingreife als eine Insolvenzantragspflicht.¹⁰⁴⁹ Gleichzeitig würden Untersuchungen aber auch zeigen, dass die Quotenerwartungen (*recovery rates*) für Gläubiger in Ländern mit einem *wrongful trading* Modell (insb England) höher seien als in Ländern mit einer statuierten Insolvenzantragspflicht.¹⁰⁵⁰ Die Studie geht hier darüber hinaus nicht weiter ins Detail.

Als weitere Strategie wird insb die Anpassung der Geschäftsführerpflichten im Zeitraum der *vicinity of insolvency* zumeist von einem gesellschaftler- zu einem gläubigerorientierten Ansatz genannt.¹⁰⁵¹ Weitere in der Studie angesprochene Strategien werden in der gegenständlichen Arbeit mangels Relevanz für den Untersuchungsgegenstand nicht behandelt.¹⁰⁵²

¹⁰⁴⁵ LSE-Studie xvi.

¹⁰⁴⁶ LSE-Studie 210 f.

¹⁰⁴⁷ LSE-Studie 211.

¹⁰⁴⁸ LSE-Studie 211.

¹⁰⁴⁹ LSE-Studie 211, dies mit Verweis auf *Bachner*, EBOR 2004, 293 (295 ff); zum selben Ergebnis kommt auch *Wabl*, BULA 2019, 49 (61 ff) anhand einer rechtsvergleichenden Fallstudie.

¹⁰⁵⁰ LSE-Studie 211 mit Verweis auf weitere Untersuchungen.

¹⁰⁵¹ Ein Beispiel ist der „*shift of directors' duties in the vicinity of insolvency*“, den laut Studie etwa England in Sec 172 Abs 3 UK Companies Act 2006 PGA 2006 c 46 (im Folgenden **CA 2006**) (s dazu im Detail unter Pkt 6.3) aber auch andere Länder wie Dänemark, Irland oder Ungarn vorsehen würden (s LSE-Studie 213).

¹⁰⁵² Gennant werden etwa das Konzept „*recapitalize or liquidate*“ lt RL 2012/30/EU (wie bereits dargestellt mit 19. 7. 2017 aufgehoben und durch RL [EU] 2017/1132 ersetzt) oder auch strafrechtliche Bestimmungen oder Berufsverbote für Geschäftsleiter (LSE-Studie 215 f mwN).

Diskutiert werden auch Herausforderungen iZm der Frage, *wann* ein Unternehmen sich im Zeitraum der *vicinity of insolvency* befindet. Unterschiede in den MS hinsichtlich der Einordnung dieses Zeitpunkts erklärt die Studie insb damit, dass auch der Zeitpunkt des Insolvenzeintritts unterschiedlich gelöst werde.¹⁰⁵³

Für eine praxisnahe Aufklärung wurde weiters ein hypothetischer Fall an die Ansprechpersonen in allen MS geschickt, der lt Studie in den meisten Ländern, ua auch Österreich, zu *keiner* Haftung des Managements geführt hätte.¹⁰⁵⁴ In der LSE-Studie wurden schließlich keine Reform- oder Harmonisierungsvorschläge gemacht.

3.7. Zwischenfazit

Trotz der dargestellten, teils umfassenden Vorarbeiten ist auf gesellschaftsrechtlicher Ebene im Bereich der Geschäftsleiterpflichten bis dato keine substanzielle Harmonisierung erfolgt.¹⁰⁵⁵ Die begonnenen, aber letztendlich nicht umgesetzten Initiativen zu krisenbedingten Geschäftsleiterpflichten zeichnen ein differenziertes Bild. Einigkeit bestand dahingehend, dass es sich hier um eine komplexe Querschnittsmaterie handelt, bei deren Harmonisierung mit besonderer Vorsicht vorzugehen ist. Wenngleich teilweise der Eindruck einer Tendenz hin zur englischen Rechtstradition und zum dortigen *wrongful trading* Regime entstehen könnte, sind insb die differenzierten Erkenntnisse der LSE-Studie bemerkenswert, wonach sich trotz unterschiedlicher Regelungssysteme in den einzelnen MS die praktischen Ergebnisse iW decken würden (s zuvor Pkt 3.6).

4. EU-Harmonisierung im Insolvenzrecht

4.1. Vorbemerkung

Vor dem Hintergrund des Untersuchungsgegenstands wird der Fokus nachfolgend auf die RIRL und die durch selbige erfolgte materiellrechtliche Harmonisierung gelegt. Nachdem es insb beim Zweck der RIRL (Stärkung präventiver Restrukturierung) und der zeitlichen Anknüpfung des präventiven Restrukturierungsrahmens („Wahrscheinlichkeit einer

¹⁰⁵³ Dies obwohl grds alle MS mehr oder weniger vergleichbare Insolvenzgründe wie Zahlungsunfähigkeit (*cash-flow insolvency*) und Überschuldung (*balance-sheet insolvency*) kennen würden (s LSE-Studie 218).

¹⁰⁵⁴ Verkürzte Arbeitsübersetzung aus dem Englischen: *Das Management eines schwach kapitalisierten („thinly capitalised“, weniger als 1 % Eigenkapitalquote; Level bei vergleichbaren Unternehmen 25 %) Ölhandels-Unternehmens, das drei Jahre durchgehend Verluste geschrieben hat, schließt einen Derivatvertrag, in dem auf eine Steigerung des Rohölpreises gewettet wird. Dieser birgt für das Unternehmen zwar das Risiko des Verlusts des verbleibenden Eigenkapitals, ermöglicht jedoch potenziell auch erhebliche Gewinne, um die Eigenkapitalquote wieder auf Marktstandard zu heben. Trotz einer schwierigen Marktlage sieht das Management auch das Geschäftsmodell als nachhaltig und das Risiko des Derivatgeschäfts als niedrig an. Eine Staatsschuldenkrise führt jedoch dazu, dass die Preissteigerung nicht eintritt und schließlich zur Insolvenz des Unternehmens. Die Frage richtete sich nach besonderen Managementpflichten bzw einer möglichen Haftung für deren Entscheidungen; s im Detail LSE-Studie 218 ff, 244.*

¹⁰⁵⁵ Auf einzelne teilharmonisierte Bestimmungen wie etwa Pflichten von Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorganen in der RL (EU) 2017/1132 wird in dieser Arbeit nicht eingegangen. Zum aktuellen Stand der EU-Harmonisierung im Gesellschaftsrecht (inkl zB Initiativen zur Harmonisierung von Geschäftsleiterpflichten in Sachen nachhaltiger Unternehmensführung) s nur *Kumpan/Pauschinger*, EuZW 2020, 909 (insb 918).

Insolvenz“) erhebliche Verschränkungen mit der EuInsVO 2015 gibt (s sogleich insb Pkt 4.2.2 ff), darf auch ein detaillierter Blick auf die Entwicklung und Gesetzwerdung dieser VO nicht fehlen.

4.2. Formalrechtliche Harmonisierung durch die Europäische Insolvenzverordnung

Obwohl die zentrale Bedeutung des Insolvenzrechts für den Binnenmarkt mittlerweile weitgehend anerkannt ist,¹⁰⁵⁶ gibt es hier im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten (nach wie vor noch) relativ wenig Harmonisierung. Die ersten verbindlichen und einheitlichen insolvenzrechtlichen Regelungen auf EU-Ebene wurden im Jahr 2000 mit der Ursprungsfassung der EuInsVO geschaffen. Diese beschränkte sich iW noch auf formalrechtliche Aspekte und hat insb keine Regelungen zur Rolle und den Pflichten von Geschäftsleitern enthalten (s dazu sogleich). Seitdem hat sich in der EU im Insolvenzbereich einiges getan, was 2015 zur Neufassung der EuInsVO führte (und wie noch gezeigt wird in der Verabschiedung der RIRL „gipfelte“).

4.2.1. EuInsVO

Die erste europaweite Harmonisierung im Insolvenzbereich brachte die Ursprungsfassung der EuInsVO im Jahr 2000.¹⁰⁵⁷ Während mehr oder weniger zeitgleich im europäischen Gesellschaftsrecht über eine europäische *wrongful trading* Bestimmung nachgedacht wurde (s oben Pkt 3.1), hat man sich im Insolvenzbereich vorerst „nur“ auf die Harmonisierung formalrechtlicher Themen wie etwa Zuständigkeits-, Anerkennungs- und Koordinationsfragen geeinigt. Die EuInsVO hat gem ErwGr 11 aber der (damaligen) Realität Rechnung tragen müssen, dass „aufgrund der großen Unterschiede im materiellen Recht ein einziges Insolvenzverfahren mit universaler Geltung für die gesamte Gemeinschaft nicht realisierbar“ war.

Der Anwendungsbereich der VO und damit insb die von ihr erfassten Insolvenzverfahren der einzelnen MS waren (und sind) gem Art 1 Abs 1 iVm Art 2 lit a) in Anhang A der VO festgeschrieben. Er beschränkte sich gem Art 1 Abs 1 der VO auf Gesamtverfahren, welche die Insolvenz des Schuldners voraussetzen und den vollständigen oder teilweisen Vermögensbeschlagnahme gegen den Schuldner sowie die Bestellung eines Verwalters zur Folge haben. Der vorinsolvenzliche, präventive Bereich war daher im damaligen Anwendungsbereich *nicht* erfasst.

¹⁰⁵⁶ Siehe mwN Wabl in Kopetzki/Lanser/Leitner/Potocnik-Manzouri/Safron/Tillian/Wieser 107 (116 ff sowie 126 ff).

¹⁰⁵⁷ Die von Deutschland und Finnland initiierte EuInsVO basierte auf einer bereits Mitte der 1990er Jahre vom Europäischen Rat erstellten Konvention, die aber von den MS nicht unterfertigt wurde; s Bericht zur 2266. Tagung des Rates – JUSTIZ UND INNERES – vom 29. 5. 2000 (Conseil/00/183), ec.europa.eu (Stand 29. 5. 2000) (nur auf Englisch verfügbar); dazu auch Konecny in Mayr 973 (973).

4.2.2. Reaktionen des EP auf die Wirtschafts- und Finanzkrise

4.2.2.1. INSOL-Studie 2010

Die Wirtschafts- und Finanzkrise hat auch im Insolvenzrecht vieles in Bewegung gebracht. Im April 2010 wurde vom EP bei *INSOL Europe* eine Studie zur Harmonisierung des Insolvenzrechts in der EU beauftragt, die untersuchen sollte, ob eine solche notwendig oder lohnend wäre und inwieweit Harmonisierung in diesem Bereich eine Harmonisierung im Bereich Unternehmensrecht erleichtern hätte können.¹⁰⁵⁸

Mitglieder von *INSOL Europe* stützten ihre Analyse auf Länderreports aus Polen, Frankreich, dem Vereinigten Königreich, Deutschland, Spanien, Italien und Schweden und erhielten auch Beiträge aus den Niederlanden und Belgien.¹⁰⁵⁹ Neben anderen Themen macht die Studie die folgenden Harmonisierungsempfehlungen:

- Einen gemeinsamen Insolvenz-Test als Voraussetzung für die Eröffnung eines formalen Insolvenzverfahrens¹⁰⁶⁰ sowie Regeln über die verpflichtende Insolvenzantragsstellung¹⁰⁶¹ und
- harmonisierte Bestimmungen für die Verantwortlichkeit von Geschäftsleitern (*directors*).¹⁰⁶²

Insb letztere Initiative würde den „Insolvenz-Tourismus“ von Geschäftsleitern vermeiden und sei auch ein klares Beispiel, wo sich die Harmonisierung auf Ebene des Insolvenzrechts auch nicht von den Regeln im Unternehmensrecht unterscheiden würde.¹⁰⁶³ Die Studie beinhaltet keine detaillierten Regelungsvorschläge und lässt auch keine Präferenzen für einzelne nationale Lösungsansätze erkennen. Mit ihr finden Überlegungen zur Harmonisierung von Geschäftsleiterpflichten im Krisen- bzw Insolvenzzusammenhang aber soweit ersichtlich erstmals auch offiziell Eingang in die Weiterentwicklung des europäischen Insolvenzrechts.

Die Studie beinhaltet schließlich eine wie sich später noch zeigen würde zentrale – soweit ersichtlich erstmals in öffentlich verfügbaren EU-Dokumenten verwendete – Formulierung, nämlich einen Verweis auf den Terminus „*likelihood of insolvency*“. Während verschiedene

¹⁰⁵⁸ Siehe *INSOL Europe*, Harmonisation of Insolvency Law at EU Level, eesc.europa.eu (Stand April 2010), im Folgenden **INSOL-Studie 2010**. Die Studie diene insb auch der Vorbereitung eines am 23. 3. 2011 vom Legal Affairs Committee des EP abgehaltenen Workshops mit dem Thema „*harmonisation of insolvency proceedings at EU level*“ (s Report of the Parliament with recommendations to the Commission on insolvency proceedings in the context of EU company law vom 17. 10. 2011 [Dok A7-0355/2011], europaparl.europa.eu [15, Stand 17. 10. 2011] [nur auf Englisch verfügbar]; auf diesen Report wird sogleich noch mehr im Detail eingegangen).

¹⁰⁵⁹ INSOL-Studie 2010, 4.

¹⁰⁶⁰ „*Standardisation of the test to be applied for the opening of the insolvency proceeding*“, INSOL-Studie 2010, 11.

¹⁰⁶¹ „*The rules on mandatory filing for bankruptcy by the debtor*“, INSOL-Studie 2010, 12.

¹⁰⁶² „*Rules on the liability of directors, shadow directors, shareholders, lenders and other parties involved with the debtor*“, INSOL-Studie 2010, 34.

¹⁰⁶³ INSOL-Studie 2010, 33.

Arten vorinsolvenzlicher Verfahren behandelt werden, verweist die Studie darauf, dass im englischen Recht für die Einleitung eines insolvenzrechtlichen Administrations-Verfahrens (*administration proceeding*) bereits „*likelihood of insolvency*“ ausreiche.¹⁰⁶⁴ Eine weitere Auseinandersetzung mit dem Terminus erfolgte dort aber nicht.

4.2.2.2. EP Briefing Note zur Insolvenzharmenisierung

Wenig später hat das EP seine Schlüsse aus der INSOL-Studie 2010 gezogen und im Jahr 2011 in einer *Briefing Note*¹⁰⁶⁵ aufbauend auf die Studie des Vorjahres die Harmonisierungsvorschläge hinsichtlich eines einheitlichen Insolvenz-Tests sowie der Pflichten zur Insolvenzantragstellung aufgegriffen.¹⁰⁶⁶ Insb zu Letzterem macht das EP unter der Überschrift „*Rules on mandatory filing for bankruptcy by the debtor*“ interessante Ausführungen, in die man wenn man wollte sogar die Idee einer EU-weiten Insolvenzantragspflicht (*duty to file*) „hineinlesen“ könnte.¹⁰⁶⁷ Umgesetzt wurde eine solche Idee aber nicht.

4.2.2.3. Empfehlungen des EP an die EK

Im Oktober 2011 ging es weiter, als das EP schriftliche Empfehlungen an die EK richtete, die als Richtlinien für die weiteren Harmonisierungsinitiativen der EK dienen sollten.¹⁰⁶⁸ Das EP strebt mit diesen Empfehlungen eine Harmonisierung an der Schnittstelle zwischen Insolvenz- und Unternehmensrecht an („*insolvency proceedings in the context of company law*“).¹⁰⁶⁹

¹⁰⁶⁴ INSOL-Studie 2010, 12. Sec 10 Schedule B1 des IA 1986 sieht tatsächlich nicht exakt dieselbe Formluierung vor, sondern regelt in lit a, dass das Gericht für die Verfahrenseröffnung überzeugt sein muss, „*that the company is or is likely to become unable to pay its debts*“. Für einen kurzen Überblick zum englischen *administration proceeding* s. Wabl, BULA 2019, 49 (56 ff mwN).

¹⁰⁶⁵ Briefing Note of the Parliament DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS LEGAL AFFAIRS „Harmonisation of insolvency law at EU level with respect to opening of proceedings, claims filing and verification and reorganisation plans“ aus März 2011 (Dok PE 432.766), europaparl.europa.eu (Stand März 2011) (nur auf Englisch verfügbar), im Folgenden **EP Briefing Note**.

¹⁰⁶⁶ EP Briefing Note 8 f.

¹⁰⁶⁷ EP Briefing Note 10. Das EP weist darauf hin, dass in Ländern mit bestehender Insolvenzantragspflicht unterschiedliche Antragsfristen bestehen würden und die Länge dieser Frist zentral sei für die Möglichkeit eines Schuldners, seine finanziellen Schwierigkeiten zu lösen und Verhandlungen zu führen. Zu kurze Fristen könnten diese Möglichkeit beeinträchtigen, zu laxen Fristen hingegen die Antragstellung verzögern und Gläubiger schädigen.

¹⁰⁶⁸ Siehe Report of the Parliament with recommendations to the Commission on insolvency proceedings in the context of EU company law vom 17. 10. 2011 (Dok A7-0355/2011), europaparl.europa.eu (15. Stand 17. 10. 2011) (nur auf Englisch verfügbar), im Folgenden **EP Report**.

¹⁰⁶⁹ EP Report 15. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist, dass als Berichterstatter mit *Klaus-Heiner Lehne* ein Deutscher fungierte, der aus seiner Affinität zum eigenen Rechtssystem kein Hehl machte. So hielt er in den *Explanatory Notes* explizit fest, dass aufgrund seiner Herkunft die meisten Vorschläge sehr ähnlich zum deutschen Insolvenzrecht klingen mögen, er dies aber als Startpunkt für weitere Diskussionen und Rechercharbeiten der EK in der Vorbereitung weiterer Gesetzesinitiativen sieht. Dies im Bewusstsein, dass die ausgesprochenen Empfehlungen kontroverielle Diskussionen auslösen würden, nicht zuletzt aufgrund der teilweise deutlich unterschiedlichen Insolvenzregime in den einzelnen MS.

In den Empfehlungen des EP wird generell unterstrichen, dass Reformen notwendig seien, da sich seit der EuInsVO die wirtschaftliche und rechtliche Realität hin zu einem Ansatz der Unternehmensrettung (*corporate rescue*) und weg von Liquidation/Konkurs entwickelt habe.¹⁰⁷⁰ Es solle ein rechtlicher Rahmen geschaffen werden, der mehr auf lediglich vorübergehend insolvente (*temporarily insolvent*) Unternehmen zugeschnitten ist.¹⁰⁷¹ Es sei zentral, in jedem spezifischen Fall die Gründe für die Insolvenz des Unternehmens zu untersuchen um zu klären, ob die finanziellen Schwierigkeiten lediglich vorübergehend sind oder das Unternehmen *vollkommen* insolvent (*completely insolvent*) ist.

In den ausgesprochenen Empfehlungen heißt es weiters ua, dass *troubled enterprises* bereits bei *vorübergehender* Insolvenz (*where the insolvency is temporary*) Verfahren einleiten können sollen. Dies sei der Fall, wenn die Insolvenz schon bevorstehe (*imminent*) und zwar in dem Sinne, dass das Unternehmen *wahrscheinlich* (*likely*) nicht in der Lage sein werde, seine Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen (*satisfy the payment obligations*). Von den MS müssten effektive, angemessene und mit abschreckenden Sanktionen versehene Regelungen geschaffen werden, wonach Schuldner haften, wenn sie ein Insolvenzverfahren nicht oder nicht ordnungsgemäß beantragen.¹⁰⁷²

Neben den Begriffen *temporarily* und *completely* insolvent finden sich in den Empfehlungen somit auch unbestimmte Begriffe wie *imminent* und *likely* wieder, wobei die Anknüpfung an *satisfy the payment obligations* auf einen liquiditätsbezogenen Insolvenztest hinweisen könnte.¹⁰⁷³

Der im EP situierte Ausschuss für Wirtschaft und Währung war in die Empfehlungen ebenso eingebunden und hat einstimmig folgende Aspekte hervorgestrichen: Ein Regime für grenzüberschreitende Insolvenzen iZm europäischem Unternehmensrecht sollte auch Werkzeuge für einen generellen europäischen Rahmen für Krisenmanagement schaffen. Dieser Rahmen sollte ein Minimum an gemeinsamen Regeln bieten und letztlich zu einem gemeinsamen System der Krisenbekämpfung und des Insolvenzrechts führen.¹⁰⁷⁴ In eine ähnliche Kerbe schlägt der Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten.¹⁰⁷⁵

4.2.3. Evaluierung der EuInsVO und Heidelberg-Luxembourg-Wien Report

In Art 46 der EuInsVO war vorgesehen, dass die EK bis spätestens 1. 6. 2012 und sodann alle fünf Jahre dem EP, dem Rat und dem EWSA über die Umsetzung der VO Bericht erstatten sollte. Die EK wurde dabei von *INSOL Europe* unterstützt, welche im Mai 2012

¹⁰⁷⁰ EP Report 4 Pkt I.

¹⁰⁷¹ EP Report 4 Pkt L.

¹⁰⁷² EP Report 8 f Pkt 1.1.

¹⁰⁷³ Siehe zum Begriffsverständnis nach englischem Recht noch unten Pkt 6.3.2.1; dazu auch *Wabl*, BULA 2019, 49 (51).

¹⁰⁷⁴ Siehe Opinion of the Committee on Economic and Monetary Affairs vom 12. 7. 2011, abgedruckt im EP Report 19 ff.

¹⁰⁷⁵ Abgedruckt im EP Report 22 ff.

einen Vorschlag für Änderungen zur Ursprungsfassung der VO veröffentlichte.¹⁰⁷⁶ *INSOL* schlägt dabei vor, in Art 1 einen einheitlichen, mit einem prognostischen Element kombinierten *liquidity test* zu inkludieren, wodurch eine weitere Harmonisierung im materiellen Insolvenzrecht vorangetrieben und auch der Anwendungsbereich der VO auf sämtliche Vorinsolvenzverfahren ausgeweitet werden sollte.¹⁰⁷⁷ Vorgeschlagen wird folgende Neufassung von Art 1 Abs 1 (Hervorhebungen durch den Autor):¹⁰⁷⁸

Article 1

Scope

1. *This Regulation concerns collective rescue, reorganisation and insolvency proceedings, conducted under the supervision of a court, where it is assumed or proven to the satisfaction of the court that the debtor is unable to pay its debts as they mature or that it is envisaged that the debtor in the foreseeable future will be unable to pay its debts as they mature. (...).*

INSOL Europe bezieht sich auf die bereits zwei Jahre zuvor veröffentlichte *INSOL-Studie 2010* (s dazu oben Pkt 4.2.2.1), in der schon auf die Notwendigkeit einer Harmonisierung der Voraussetzungen zur Insolvenzeröffnung hingewiesen wurde. Auch *UNCITRAL* würde diesbezüglich einen *liquidity test* bevorzugen.¹⁰⁷⁹ Die Revision geht aber mit keinem Wort auf die zuvor genannten Empfehlungen des EP aus Oktober 2011 ein, es werden auch andere Begriffe verwendet (zB *foreseeable future* anstatt von *imminent insolvency*).

Parallel dazu hat die EK eine externe Studie für eine Evaluierung der EuInsVO in Auftrag gegeben, die federführend gemeinsam von der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (Institut für Ausländisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht) und der Universität Wien (Institut für Zivilverfahrensrecht) erstellt und im Jänner 2013 veröffentlicht wurde.¹⁰⁸⁰

Der Heidelberg-Luxemburg-Wien Report bringt erstmals etwas mehr begriffliche Klarheit, weicht aber erneut vielfach von der in älteren Dokumenten verwendeten Begrifflichkeit ab. Der Report steckt seinen Rahmen damit ab, Unternehmen in Schwierigkeiten (*struggling businesses*) eine neue Chance zu geben, weswegen es notwendig sei, den Regelungsbereich der EuInsVO ua auf Vorinsolvenzverfahren (*pre-insolvency proceedings*) auszuweiten.¹⁰⁸¹

¹⁰⁷⁶ *INSOL Europe*, Revision of the European Insolvency Regulation, insol-europe.org (Stand Mai 2012), im Folgenden **INSOL-Revision 2012**.

¹⁰⁷⁷ *INSOL-Revision 2012*, 9 (im Formulierungsvorschlag heißt es ua: „*the situation where it is envisaged that the debtor in the foreseeable future will be unable to pay its debts as they mature*“).

¹⁰⁷⁸ *INSOL-Revision 2012*, 25.

¹⁰⁷⁹ *INSOL-Revision 2012*, 27.

¹⁰⁸⁰ Die gerne auch Heidelberg-Luxemburg-Wien Report genannte Studie wurde auf Englisch veröffentlicht unter Hess/Oberhammer/Pfeiffer, European insolvency law: the Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report on the application of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings (External Evaluation JUST/2011/JCIV/PR/0049/A4) (2014), im Folgenden **Heidelberg-Luxembourg-Wien Report**. Auf österreichischer Seite waren ua Univ.-Prof. Mag. Dr. Dr.h.c. Paul Oberhammer und (mittlerweile Univ.-Prof.) Dr. Christian Koller beteiligt.

¹⁰⁸¹ Heidelberg-Luxemburg-Wien Report 10 (Pkt 2.2.1.)

Der Anwendungsbereich der VO sollte daher auf Schuldner in erheblichen finanziellen Schwierigkeiten (*substantial* oder *severe financial difficulties*) ausgeweitet werden.¹⁰⁸² Die bisherige Definition in der EuInsVO entspreche dem Modell typischer Insolvenzverfahren der späten 1980er Jahre.¹⁰⁸³ Als prominenteste Beispiele neu aufzunehmender Vorinsolvenzverfahren werden das englische *Company Voluntary Arrangement* und *Schemes of Arrangement* genannt.¹⁰⁸⁴

Zur Beschreibung bzw. Objektivierung der *financial difficulties* hätten die MS verschiedene Kriterien entwickelt. Es gäbe unterm Strich entweder einen eher allgemeinen Ansatz (*general approach*) oder eine eher technische Beschreibung (*technical description*). Bei Letzterem verweist der Report ausdrücklich auf die Kennzahlen des österreichischen URG.¹⁰⁸⁵ Generell fehle in der EU ein gemeinsames Verständnis für das Konzept *financial difficulties*.¹⁰⁸⁶

Im Oktober 2012 veröffentlichte die EK schließlich die Mitteilung „Binnenmarktakte II Gemeinsam für neues Wachstum“, in welcher als Leitaktion 7 die „Modernisierung des EU-Insolvenzrechts, um das Überleben von Unternehmen zu erleichtern und Unternehmen eine zweite Chance zu geben“ ausgerufen wurde.¹⁰⁸⁷

Geschäftsleiterpflichten wurden in dieser Evaluierungsphase *nicht* thematisiert.

4.2.4. Initiativen vom 12. 12. 2012

Am 12. 12. 2012¹⁰⁸⁸ nahm die EK in einem Bericht über die Anwendung der EuInsVO wieder auf Schuldner Bezug, die sich in finanziellen Schwierigkeiten (*financial difficulties*) befinden.¹⁰⁸⁹ Auch hier lautete die klare Empfehlung, ua Vorinsolvenzverfahren in den Regelungsbereich einer angepassten bzw. neugefassten EuInsVO mitaufzunehmen.¹⁰⁹⁰

¹⁰⁸² Heidelberg-Luxemburg-Wien Report 13 (Pkt 2.2.2.1.) sowie 38 (in FN 55 des Reports wird auch auf die zuvor untersuchte INSOL-Revision 2012 und die dort angestellten Überlegungen zur Ausweitung des Anwendungsbereichs der EuInsVO Bezug genommen); aE des Reports (98, Pkt 3.5.) wird eine Ausweitung auf Schuldner in *substantial financial difficulties* empfohlen.

¹⁰⁸³ Heidelberg-Luxemburg-Wien Report 37.

¹⁰⁸⁴ Heidelberg-Luxemburg-Wien Report 39. Beides seien Verfahrensarten, die nicht zwingend die Insolvenz des Schuldners voraussetzen und dem Schuldner die frühzeitige Restrukturierung ermöglichen sollen (S 60 [Pkt 3.3.1.15.] des Reports sowie mehr dazu in *Olivares-Caminal/Douglas/Guynn/Kornberg/Paterson/Singh, Debt Restructuring*² Rz 3.246 ff [zu *Company Voluntary Arrangements*] sowie Rz 3.334 ff [zu *Schemes of Arrangement*]).

¹⁰⁸⁵ Heidelberg-Luxemburg-Wien Report 63 (Pkt 3.3.2.) sowie FN 149.

¹⁰⁸⁶ Heidelberg-Luxemburg-Wien Report 63 (Pkt 3.3.2.)

¹⁰⁸⁷ Mitteilung der Kommission „Binnenmarktakte II Gemeinsam für neues Wachstum“ vom 3. 10. 2012, KOM (2012) 573 endg, 13.

¹⁰⁸⁸ Dieses Datum liegt vor der Publikation des Heidelberg-Luxemburg-Wien Reports Anfang 2013, die EK baut aber dennoch auf den Report auf.

¹⁰⁸⁹ Bericht der Kommission über die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren vom 12. 12. 2012, KOM (2012) 743 endg, 5.

¹⁰⁹⁰ KOM (2012) 743 endg, 20.

Ebenso am 12. 12. 2012 veröffentlichte die EK mit der Mitteilung „Ein neuer europäischer Ansatz zur Verfahrensweise bei Firmenpleiten und Unternehmensinsolvenzen“¹⁰⁹¹ ein zukunftsweisendes Dokument, das gleichzeitig *den* formalen Anstoß für die mittlerweile verabschiedete RIRL geben sollte (s dazu noch unten Pkt 4.3.1.1).

Schließlich veröffentlichte die EK am selben Tag auf Basis der bereits analysierten Vorarbeiten einen Vorschlag für eine Änderung der EuInsVO,¹⁰⁹² der schließlich auch zur Neufassung der EuInsVO führen sollte. Der Änderungsvorschlag fasst in den ErwGr die bereits in den Vorarbeiten lokalisierten Schwächen der EuInsVO zusammen und verweist insb auf die Erkenntnisse der Heidelberg-Luxembourg-Wien Reports.¹⁰⁹³ Die Ausweitung des Anwendungsbereichs auf Vorinsolvenzverfahren (*pre-insolvency proceedings*) war eines der Hauptziele.¹⁰⁹⁴ Ein neuer ErwGr solle in die VO aufgenommen werden, der den Anwendungsbereich auf die Sanierung wirtschaftlich bestandsfähiger Schuldner (*economically viable debtor*) ausweitet.¹⁰⁹⁵

Anders als in der verabschiedeten VO kommt in diesem Dokument der Begriff bzw das Konzept *likelihood of insolvency* noch nicht vor. Weder dem Formulierungsvorschlag von *INSOL Europe* noch der Empfehlung des Heidelberg-Luxembourg-Wien Reports, das Kriterium von *erheblichen finanziellen Schwierigkeiten* mitaufzunehmen, wurde gefolgt (s zu beidem Pkt 4.2.3 zuvor).

4.2.5. EuInsVO 2015

Bewegung hinsichtlich des Konzepts *likelihood of insolvency* kam im Frühjahr 2013 auf. Im Mai 2013 betonte die niederländische Delegation in Kommentaren zum Kommissionsvorschlag, dass bezüglich des Anwendungsbereichs der VO Rechtsunsicherheit herrsche und klargestellt werden sollte, *wann* der Anwendungsbereich „beginne und ende“.¹⁰⁹⁶

Auch das Vereinigte Königreich wies im Juni 2013 auf Verbesserungsbedarf hinsichtlich des Anwendungsbereichs der neuen VO hin und schlug vor, dass Vorinsolvenzverfahren eine enge Verbindung (*close link*) zur Insolvenz haben und für Schuldner offenstehen sollten, die notleidend (*distressed*), aber nach wie vor lebensfähig (*viable*) sind und daher gerettet werden können. Solche Verfahren sollten dazu da sein, weiteren Schaden, Verlust oder die Liquidation des Schuldners zu vermeiden. Diese sollten zwar keinen vorgeschalteten Insolvenztest (*insolvency test*) voraussetzen, jedoch nach wie vor Bezug zum Insolvenzrecht

¹⁰⁹¹ KOM (2012) 742 endg.

¹⁰⁹² Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren vom 12. 12. 2012, KOM (2012) 744 endg.

¹⁰⁹³ KOM (2012) 744 endg, 4.

¹⁰⁹⁴ KOM (2012) 744 endg, 2.

¹⁰⁹⁵ KOM (2012) 744 endg, 16. Der neu vorgeschlagene ErwGr (9a) hat es dann auch etwas verändert als ErwGr (10) in die Endfassung der EuInsVO geschafft (näheres dazu später).

¹⁰⁹⁶ „begins and ends“, s Vermerk des Rates vom 21. 5. 2013 (Dok 9080/13 ADD 4), data.consilium.europa.eu (Stand 21. 5. 2013) (nur auf Englisch verfügbar).

haben. Der im Kommissionsvorschlag inkludierte Art 1 sollte daher ua um folgenden Satz ergänzt werden: „*Where such proceedings are hybrid proceedings or are able to be commenced pre-insolvency, the purpose of the proceedings should be for the avoidance or prevention of insolvency.*“¹⁰⁹⁷

Ungefähr zweieinhalb Wochen später betonte auch Deutschland, dass der Anwendungsbereich der VO an den Begriff der Insolvenz geknüpft werden müsse und schlug die Bezugnahme zu *threat of insolvency* oder *imminent insolvency* vor. Die Sorge Deutschlands war, dass der bisherige Wortlaut auch Verfahren inkludieren würde, die gesunden (*sound*) Unternehmen offenstehen, um sich zu restrukturieren bzw ihre Kapitalstruktur zu optimieren. Vorinsolvenzverfahren würden hingegen gemeinsam haben, dass ihre Funktion die Lösung einer Situation sei, in welcher eine Wahrscheinlichkeit bestehe, dass der Schuldner nicht in der Lage sein werde, seine Gläubiger voll zu befriedigen (in etwas holprigem Englisch: „*likelihood that the debtor will not be able [sic!] pay off all creditors in full*“).¹⁰⁹⁸ Damit war erstmals seit der INSOL Studie 2010 (s dazu oben Pkt 4.2.2.1) der Begriff *likelihood* wieder im Spiel.

Der Rat schien Gefallen an dieser Argumentation gefunden zu haben, befindet sich doch im nächsten Formulierungsvorschlag (datiert Ende Juni 2013) bereits die von England geforderte Ergänzung mit geringfügigen Adaptierungen: „*Where such proceedings are able to be commenced pre-insolvency, the purpose of the proceedings must be for the avoidance and prevention of insolvent liquidation.*“¹⁰⁹⁹ Im nächsten Formulierungsvorschlag aus Oktober 2013 klingt es bereits so (Hervorhebungen durch den Autor): „*Where such proceedings may be commenced in situations where there is only a **risk of insolvency**, their purpose must be to **avoid insolvent liquidation.***“ Die dazugehörige FN erläutert wie folgt: „*A recital could be added, clarifying that the Regulation should cover not only proceedings that address situations where a debtor is encountering financial difficulties but also situations where a debtor faces difficulties which are not of a purely financial nature but which could eventually pose a real and serious threat to business continuity, even if their impact is not immediately reflected in the debtor's balance sheet. This might be the case, for example, where there is a dispute relating to the enforcement of an agreement which is of key importance to the debtor.*“¹¹⁰⁰ Diese ergänzte FN, die auf nicht-finanzielle Schwierigkeiten Bezug nimmt, sollte sich wenig später nahezu wortgleich in ErwGr 17 der EuInsVO 2015 sowie auch ErwGr 28 RIRL wiederfinden.

¹⁰⁹⁷ Vermerk des Rates vom 7. 6. 2013 (Dok 9080/13 ADD 8), data.consilium.europa.eu (Stand vom 7. 6. 2013) (nur auf Englisch verfügbar).

¹⁰⁹⁸ Vermerk des Rates vom 25. 6. 2013 (Dok 9080/13 ADD 11), data.consilium.europa.eu (Stand 25. 6. 2013) (nur auf Englisch verfügbar).

¹⁰⁹⁹ Vermerk des Rates vom 28. 6. 2013 (Dok 11734/13), data.consilium.europa.eu (Stand 28. 6. 2013) (nur auf Englisch verfügbar)

¹¹⁰⁰ Vermerk des Rates vom 22. 10. 2013 (Dok 14910/13), data.consilium.europa.eu (Stand 22. 10. 2013) (nur auf Englisch verfügbar).

Im September 2013 hat der EWSA in seiner Stellungnahme den Kommissionsvorschlag begrüßt und unterstrichen, dass die Ausweitung des Regelungsbereichs der EuInsVO auf Vorinsolvenzverfahren positiv sei, jedoch in einem weiteren Schritt auch die Insolvenzkriterien vereinheitlicht werden müssten.¹¹⁰¹

Kurz vor Weihnachten 2013 war die Formulierung des Rates nach wie vor dieselbe (*risk of insolvency*),¹¹⁰² im nächsten öffentlich abrufbaren Dokument vom 4. 2. 2014 (nach Übergang von einer litauischen zu einer griechischen Ratspräsidentschaft) tauchte aber plötzlich das erste Mal die Formulierung *likelihood of insolvency* auf.¹¹⁰³ Die nur in Englisch verfügbare Formulierung lautete wie folgt (Hervorhebung durch den Autor): „Where such proceedings may be commenced in situations where there is only a **likelihood of insolvency**, their purpose must be to avoid insolvency.“¹¹⁰⁴ Was über Weihnachten und den Jahreswechsel zu diesen Adaptierungen geführt hat, geht aus den verfügbaren Quellen nicht hervor.¹¹⁰⁵ Bis inkl September 2014 änderte sich in diesem Zusammenhang nichts, die deutsche Übersetzung von *likelihood of insolvency* lautete in dieser Phase aber noch sprachlich etwas unsauber, dass „eine Insolvenz nur möglicherweise eintreten könnte“.¹¹⁰⁶

Im Oktober und November 2014 wurde sodann ein finales „Kompromisspaket“ des EP und des Rats geschnürt. Dabei wurde auch beschlossen, dass die EuInsVO nicht nur abgeändert, sondern eine vollständige Neufassung (*Recast*) verabschiedet werden sollte.¹¹⁰⁷ Statt dem Begriff „möglicherweise“ wurde in der deutschen Fassung in Art 1 nun die Formulierung „Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz“ verwendet.¹¹⁰⁸ Die mit 20. 5. 2015 datierte,

¹¹⁰¹ Stellungnahme des EWSA zur Mitteilung KOM (2012) 742 endg sowie zum Vorschlag KOM (2012) 744 endg vom 19. 9. 2013 (Dok C 271/55), eur-lex.europa.eu (Pkt 5.1 u 7.1, Stand 19. 9. 2013).

¹¹⁰² Vermerk des Rates vom 19. 12. 2013 (Dok 17929/13), data.consilium.europa.eu (Stand 19. 12. 2013) (nur auf Englisch verfügbar).

¹¹⁰³ Vermerk des Rates vom 4. 2. 2014 (Dok 5983/14), data.consilium.europa.eu (Stand 4. 2. 2014) (nur auf Englisch verfügbar).

¹¹⁰⁴ Ergänzt wurde sie lt zitiertem Vermerk um folgende FN, die geringfügig von ihrer Vorgängerin abweicht (Abweichungen optisch hervorgehoben): „A recital **should** be added, clarifying that the Regulation should cover not only proceedings that address situations where a debtor is encountering financial difficulties, but also situations where a debtor **can** show that he is facing difficulties which are not of a purely financial nature but which could eventually pose a real and serious threat to business continuity, even if their impact is not immediately reflected in the debtor's balance sheet, **and that he is not in a position to overcome them**. This might be the case, for example, when the debtor **has lost a contract which is of key importance to him**.“

¹¹⁰⁵ Im März 2014 hat sich die deutsche Delegation neuerlich zu den Fortschritten geäußert und Änderungsbedarf hinsichtlich des späteren ErwGr 17 der EuInsVO 2015 geäußert, auch hier müsse das Kriterium *threat of insolvency* stärker hervorgehen. Es müsse zumindest ein indirekter Link zur Fähigkeit des Schuldners, jetzt oder in Zukunft seine fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen, hergestellt werden („...at least an indirect link to the debtor's actual or future inability to pay its debts as they fall due...“) und als Zeithorizont könnten einige Monate oder sogar mehr dienen („...the forecast horizon for the determination of such threat may extend to a period of several months or even longer.“); s Vermerk des Rates vom 4. 3. 2014 (Dok 7217/14), data.consilium.europa.eu (2, Stand 4. 3. 2014) (nur auf Englisch verfügbar). Der von der deutschen Delegation geäußerte Formulierungsvorschlag wurde mehr oder weniger unverändert in ErwGr 17 EuInsVO 2015 übernommen.

¹¹⁰⁶ Siehe Vermerke des Rates vom 16. 5. 2014 (Dok 9776/14), data.consilium.europa.eu (Stand 16. 5. 2014); vom 3. 6. 2014 (Dok 10284/14), data.consilium.europa.eu (Stand 3. 6. 2014); sowie vom 19. 9. 2014 (Dok 13276/14), data.consilium.europa.eu (Stand 19. 9. 2014) (alle auf Deutsch und Englisch verfügbar).

¹¹⁰⁷ Vermerk des Rates vom 20. 11. 2014 (Dok 15414/14), data.consilium.europa.eu (3, Stand 20. 11. 2014) (auf Deutsch und Englisch verfügbar).

¹¹⁰⁸ Vermerk des Rates vom 20. 11. 2014 (Dok 15414/14), data.consilium.europa.eu (Stand 20. 11. 2014).

neugefasste EuInsVO wurde am 5. 6. 2015 mit den genannten Formulierungen im ABl veröffentlicht.

4.2.6. Zwischenfazit

Eines der Hauptziele der Neufassung der EuInsVO war es, einer Modernisierung des Insolvenzrechts gerecht zu werden, die insb eine Entwicklung hin zu einer frühzeitigen, präventiven Sanierungskultur bedeutet. Aus diesem Grund wurde als wesentlicher Schritt der Anwendungsbereich der EuInsVO lt ErwGr 10 auf Verfahren ausgeweitet, die die Rettung wirtschaftlich bestandsfähiger Unternehmen, die sich jedoch in finanziellen Schwierigkeiten befinden, begünstigen. Dies sind va Verfahren, die auf eine Sanierung des Schuldners in einer Situation gerichtet sind, in der lediglich die Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz (*likelihood of insolvency*) besteht, was nun ausdrückl auch in Art 1 Abs 1 aE der EuInsVO 2015 festgehalten ist.

Auch wenn Geschäftsleiter und deren Rolle in diesem Kontext höchstens am Rande diskutiert wurden (s insb in der INSOL-Studie 2010 oben Pkt 4.2.2.1), sind die Erkenntnisse iZm der EuInsVO 2015 aufgrund der gemeinsamen Anknüpfung an den Begriff *likelihood of insolvency* auch für die gegenständliche Untersuchung relevant. Dem auf Zuruf der Niederlande, des Vereinigten Königreichs und insb Deutschlands entwickelten Begriff *likelihood of insolvency* lagen wie sich zeigt zwei Kerngedanken zugrunde:

- (a) Präventive Restrukturierung, die für Schuldner in finanziellen Schwierigkeiten, jedoch vor Eintritt der materiellen Insolvenz zur Verfügung steht, solle durch Aufnahme in den Anwendungsbereich der EuInsVO 2015 in der EU forciert werden (s insb oben Pkt 4.2.3 u 4.2.4).
- (b) Um Missbrauch zu vermeiden, sollen präventive Verfahren aber nur dann dem Anwendungsbereich der EuInsVO 2015 unterliegen, wenn diese an die Insolvenz geknüpft sind und eine Insolvenz daher *wahrscheinlich* ist (daher insb zum Zweck haben, die Insolvenz des Schuldners oder die Einstellung seiner Geschäftstätigkeit zu vermeiden). Insb rein gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen sollen daher *nicht* umfasst sein (s oben Pkt 4.2.5).

Bei *likelihood of insolvency* geht es daher tatsächlich nicht nur um einen Begriff, sondern um ein dahinterstehendes und den Anwendungsbereich der EuInsVO 2015 mitbestimmendes *Konzept*.¹¹⁰⁹ Trotz dessen Relevanz wurden aber weder der Begriff „Insolvenz“ noch die Formulierung „Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz“ definiert. Die getätigte Analyse legt aber nahe, dass mit „Insolvenz“ primär liquiditätsbezogene Insolvenzgründe wie die Zahlungsunfähigkeit gemeint waren (s etwa Pkt 4.2.2.3 u 4.2.3).

¹¹⁰⁹ Dass der Anwendungsbereich in der Realität über Anhang A der VO determiniert wird (*Konecny in Mayr* 973 [Rz 17.29 mwN]), soll der Relevanz der dahinterstehenden Grundidee für die gegenständlichen Zwecke keinen Abbruch tun.

Die Entwicklung dieses Konzepts wurde ab Mai 2013 immer konkreter, der Begriff *likelihood of insolvency* wurde erstmals Anfang 2014 verwendet und hat sich ab dann dauerhaft auf EU-Ebene etabliert. Wie noch später in Pkt 4.3.1.2 herausgearbeitet wird, findet sich der Begriff mehr oder weniger zeitgleich auch erstmals in den Vorarbeiten zur RIRL wieder. Die RIRL und die damit erfolgte materiellrechtliche Harmonisierung bringen wie sich zeigen wird auch noch zusätzliche Aufschlüsse über die hinter dem Konzept stehenden Wertungen.

4.3. Materiellrechtliche Harmonisierung durch die Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz

4.3.1. Entwicklung einer europäischen Strategie für einen neuen Ansatz im Umgang mit unternehmerischem Scheitern und Unternehmensinsolvenzen

4.3.1.1. Kommissionsmitteilung vom 12. 12. 2012

Im Nachklang der globalen Wirtschafts- und Finanzkrise wurden neben der Evaluierung der EuInsVO (s oben Pkt 4.2.3) auch materiellrechtliche Reformen im Bereich des Insolvenzrechts gestartet bzw vorangetrieben. Nachdem die Neufassung der EuInsVO moderne, präventive Verfahrenstypen in ihren Anwendungsbereich aufnehmen sollte, war eine materiellrechtliche Harmonisierung der logische nächste Schritt. Für ein Erreichen der von der EU verfolgten Ziele müssen solche modernen Verfahrenstypen in den MS schließlich auch tatsächlich existieren.

Am 12. 12. 2012 (wie zuvor in Pkt 4.2.4 dargestellt, erfolgte am selben Tag ua auch der Kommissionsvorschlag für die später neugefasste EuInsVO) veröffentlichte die EK eine Mitteilung zu einem „neuen Ansatz im Umgang mit unternehmerischem Scheitern und Unternehmensinsolvenzen“.¹¹¹⁰ Das Thema war nicht neu auf europäischer Ebene – abgesehen von den gezeigten Entwicklungen zur EuInsVO kamen Begriffe wie *business failure*, *second chance* und *fresh start* schon 2001 in offiziellen Dokumenten vor.¹¹¹¹ Bereits 2007 wurde proklamiert: „Die Stigmatisierung des unternehmerischen Scheiterns überwinden – für eine Politik der zweiten Chance“.¹¹¹²

Das durch die globale Krise verursachte wirtschaftliche Erdbeben brachte aber womöglich das zuvor noch fehlende Momentum. Im Windschatten der bereits in Pkt 4.2.2 ff dargestellten Initiativen sollten Schritt für Schritt Regelungen geschaffen werden, welche „die Sanierung und Reorganisation von Unternehmen“ ermöglichen, „so dass sie den

¹¹¹⁰ Mitteilung der Kommission „Ein neuer europäischer Ansatz zur Verfahrensweise bei Firmenpleiten und Unternehmensinsolvenzen“ vom 12. 12. 2012, KOM (2012) 742 endg.

¹¹¹¹ Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen „Ein unternehmerisches Europa schaffen. Die Aktivitäten der Europäischen Union zur Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU)“ vom 21. 1. 2003 (Dok SEK [2003] 58), data.consilium.europa.eu (29 Pkt 6.1, Stand 21. 1. 2003).

¹¹¹² Mitteilung der Kommission „Die Stigmatisierung des unternehmerischen Scheiterns überwinden – für eine Politik der zweiten Chance. Umsetzung der Lissabonner Partnerschaft für Wachstum und Beschäftigung“ vom 12. 10. 2007, KOM (2007) 584 endg.

finanziellen Engpass überstehen, rationaler arbeiten und gegebenenfalls einen Neustart versuchen können.“¹¹¹³ „Die Reform des nationalen Insolvenzrechts“ sei „ein bedeutender Baustein auf dem Weg zu wirtschaftlicher Erholung.“ Das Hauptziel sei es, „Unternehmern eine zweite Chance auf Wiederherstellung der Rentabilität ihres Unternehmens“ zu geben. Dieser Ansatz solle der „europäischen Wirtschaft im Binnenmarkt neuen Schub verleihen“ und sei auch Auslöser für den Vorschlag zur Überarbeitung der EuInsVO gewesen, welcher wie gezeigt als „erster Schritt“ der Initiative zeitgleich mit dieser Mitteilung veröffentlicht wurde.¹¹¹⁴ Nicht nur aufgrund desselben Datums, sondern auch dieser expliziten Aussagen ist daher zweifellos davon auszugehen, dass die EU mit der Neufassung der EuInsVO und der in der Zwischenzeit verabschiedeten RIRL eine gesamtheitliche Strategie verfolge, die insb im Rahmen der systematischen Gesetzes- und Begriffsauslegung eine Rolle spielen kann.

In der Kommissionsmitteilung werden vorerst keine weitergehenden Vorschläge gemacht. Auch der Begriff *likelihood of insolvency* und die Rolle der Geschäftsleitung findet (noch) keine ausdrückliche Nennung.¹¹¹⁵

4.3.1.2. Kommissionsempfehlung vom 12. 3. 2014

Im März 2014 wollte die EK ihrer Initiative mehr Nachdruck verleihen und machte aus der ursprünglichen Mitteilung eine Empfehlung.¹¹¹⁶ Zur Erinnerung: Ein Monat davor wurde im Gesetzwerdungsprozess zur EuInsVO 2015 *erstmal*s der Begriff *likelihood of insolvency* verwendet (s oben Pkt 4.2.5).

„Wirtschaftlich bestandsfähige Unternehmen“, die sich in „finanziellen Schwierigkeiten“ befinden (*viable enterprises in financial difficulties*) sollen lt EK überall innerhalb der EU Zugriff auf nationale Insolvenzrahmen haben, die ihnen eine frühzeitige Restrukturierung ermöglichen.¹¹¹⁷ Sodann verwendet die EK auch in diesem Zusammenhang erstmals den Begriff *likelihood of insolvency*. Präventive Restrukturierungsrahmen sollten ua Folgendes vorsehen: „(a) der Schuldner sollte in der Lage sein, eine Restrukturierung in einer frühen Phase vorzunehmen, sobald offensichtlich ist, dass die **Möglichkeit einer Insolvenz** besteht“¹¹¹⁸. Die Verwendung des Begriffs „Möglichkeit“ passt ins Bild, wurde doch damals auch iZm der EuInsVO noch der Begriff „**möglicherweise**“ verwendet (s oben Pkt 4.2.5).

¹¹¹³ KOM (2012) 742 endg, 2.

¹¹¹⁴ KOM (2012) 742 endg, 3, 9.

¹¹¹⁵ Sehr wohl werden aber Probleme aufgrund unterschiedlicher Insolvenzantragsfristen und -pflichten für Schuldner betont, s KOM (2012) 742 endg, 7.

¹¹¹⁶ Empfehlung 2014/135/EU der Kommission für einen neuen Ansatz im Umgang mit unternehmerischem Scheitern und Unternehmensinsolvenzen vom 12. 3. 2014, ABl L 74/65.

¹¹¹⁷ Empfehlung 2014/135/EU ABl L 74/65, 65.

¹¹¹⁸ Empfehlung 2014/135/EU ABl L 74/65, 67 (Pkt 6. a).

Im Englischen: „(a) the debtor should be able to restructure at an early stage, as soon as it is apparent that there is a **likelihood of insolvency**“.¹¹¹⁹

Schon im Frühjahr 2014 schien man sich somit einig zu sein, dass es sowohl hinsichtlich formal- als auch materiellrechtlicher Harmonisierungsmaßnahmen einer einheitlichen zeitlichen Abgrenzung bedarf: *likelihood of insolvency*.

Geschäftsleiterpflichten werden auch hier noch nicht behandelt.

4.3.1.3. INSOL-Studie 2014

Mehr oder weniger zeitgleich mit der genannten Empfehlung wurde von *INSOL Europe* eine Studie zur selben Themenstellung veröffentlicht.¹¹²⁰ Die Studie setzt zwar dieselben Schwerpunkte wie die EK („*rescuing companies in financial difficulties with an emphasis on early proceedings*“¹¹²¹), nennt jedoch den Begriff *likelihood of insolvency* nicht. Definiert wird aber der Begriff des Vorinsolvenzverfahrens (*pre-insolvency proceedings*), dessen Eröffnung abhängig von einem bestimmten „Level“ finanzieller Schwierigkeiten sein, aber keinem vorherigen Insolvenz-Test durch das Gericht unterliegen soll.¹¹²² Da es in einigen MS keine Insolvenzantragspflicht gäbe und auch die Definition des Insolvenzbegriffs variieren würde, mache es lt *INSOL Europe* hingegen *keinen* Sinn, die Definition der finanziellen Schwierigkeiten an die Insolvenz zu knüpfen.¹¹²³

Geschäftsleiterpflichten werden von der Studie nur am Rande adressiert, indem darauf hingewiesen wird, dass manche MS Sanktionen für Insolvenzantragspflichten als negative Anreize (*negative incentives*)¹¹²⁴ aber auch als eine Art Belohnung (*in the form of*

¹¹¹⁹ Empfehlung 2014/135/EU ABl L 74/65, 67 (Pkt 6. a) (englische Fassung). Wohl im Kontext mit der EuInsVO 2015 und dem dort entwickelten „Konzept“ *likelihood of insolvency* (s oben Pkt 4.2.6) zu sehen ist folgende Aussage auf S 66 (Pkt 16) der Empfehlung (Hervorhebungen durch den Autor): „Ein Restrukturierungsrahmen würde Schuldern ermöglichen, ihre finanziellen Schwierigkeiten in einer frühen Phase anzugehen, in der ihre Insolvenz noch verhindert und die Fortführung ihres Unternehmens gesichert werden kann. Um potenzielle **Risiken eines Missbrauchs** des Verfahrens **zu vermeiden**, muss gewährleistet sein, dass die **finanziellen Schwierigkeiten** des Schuldners **wahrscheinlich zu einer Insolvenz führen**, und der Restrukturierungsplan muss die **Insolvenz des Schuldners verhindern und die Bestandsfähigkeit des Unternehmens sichern können**.“

¹¹²⁰ *INSOL Europe*, Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States’ relevant provisions and practices, insol-europe.org (Stand 12. 5. 2014), im Folgenden **INSOL-Studie 2014**.

¹¹²¹ INSOL-Studie 2014, 5.

¹¹²² „*The opening of confidential and public pre-insolvency proceedings is conditional upon a **certain level of financial difficulties**, without this being subject to a prior insolvency test by the court.*“ (INSOL-Studie 2014, 8, 21).

¹¹²³ INSOL-Studie 2014, 20 f.

¹¹²⁴ INSOL-Studie 2014, 41 (in FN 112 mit Verweis auf Belgien, Bulgarien, Frankreich, Deutschland, Griechenland, Italien, Luxemburg, Portugal, Rumänien, Slowakei, Slowenien und Spanien).

rewards)¹¹²⁵ vorsehen, andere hingegen die *wrongful trading doctrine* als Anreiz zur frühzeitigen Antragstellung bieten würden.¹¹²⁶

4.3.1.4. Evaluierung der bisherigen Maßnahmen

Im Juni 2015 wurde das Insolvenzrecht im sog *Five Presidents' Report* als eines der wichtigsten Hindernisse für eine weitere Integration der Kapitalmärkte bezeichnet.¹¹²⁷ Im September 2015 wurde eine Evaluierung der Kommissionsempfehlung aus 2014 veröffentlicht, die iW konstatiert, dass die erwünschten Auswirkungen *nicht* eingetreten seien. Nach wie vor bestehe für viele Schuldner nicht die Möglichkeit, ihre Schulden zu restrukturieren, bevor sie insolvent werden, aber ein Insolvenzrisiko (*risk of insolvency*) offensichtlich sei, weil der Schuldner zB in absehbarer Zukunft (*foreseeable future*) seine fälligen Verbindlichkeiten nicht mehr bedienen werde können.¹¹²⁸ Als Länder, die geeignete Verfahren für Schuldner mit finanziellen Schwierigkeiten im Bereich der *likelihood of insolvency* ohne strikte Bedingungen vorsehen würden, werden etwa das Vereinigte Königreich, jedoch auch Frankreich, die Niederlande und andere genannt. In Österreich und Deutschland würde *early restructuring* hingegen nur unter strikten Bedingungen möglich sein. Im Endeffekt würden aufgezeigte Unterschiede zu andauernder Rechtsunsicherheit führen.¹¹²⁹

Im arbeitsintensiven Herbst 2015 wurden von der EK noch ein Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion,¹¹³⁰ die Strategie „Den Binnenmarkt weiter ausbauen: mehr Chancen für die Menschen und die Unternehmen“¹¹³¹ und die Mitteilung „Auf dem Weg zur

¹¹²⁵ INSOL-Studie 2014, 41 (in FN 113 mit Verweis auf Österreich). Wie dies vor dem Hintergrund der österr Insolvenzantragspflicht zu verstehen ist, geht aus der Studie nicht hervor. Vielleicht ist mit *reward* die uU zulässige Ausnutzung der Sanierungsfrist gemeint (s dazu oben Pkt B 6.3.2.3).

¹¹²⁶ INSOL-Studie 2014, 41 (in FN 114 mit Verweis auf das Vereinigte Königreich, Tschechien, Deutschland, Griechenland, Italien, Malta, die Niederlande und Portugal); warum hier die dem österr Recht sehr ähnliche deutsche Insolvenzantragspflicht des § 15a dInsO unter die *wrongful trading doctrine* eingeordnet wird, geht aus der Studie nicht hervor.

¹¹²⁷ „most important bottlenecks preventing the integration of capital markets“, sog *Five Presidents' Report* (Der Bericht der fünf Präsidenten: Die Wirtschafts- und Währungsunion Europas vollenden vom 22. 6. 2015, ec.europa.eu [Stand 22. 6. 2015]).

¹¹²⁸ Evaluation of the Commission on the implementation of the Commission Recommendation of 12. 3. 2014 on a new approach to business failure and insolvency vom 30. 9. 2015, ec.europa.eu (Stand 30. 9. 2015).

¹¹²⁹ Siehe S 2 der zitierten Evaluation vom 30. 9. 2015; auch in der gleichzeitig veröffentlichten Economic Analysis of the Commission accompanying the document "Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Action Plan on Building a Capital Markets Union" vom 30. 9. 2015, SWD (2015) 183 final (nur auf Englisch verfügbar) wies die EK darauf hin, dass die Empfehlung aus 2014 ihren Zweck nicht erfüllt habe.

¹¹³⁰ Mitteilung der Kommission „Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion“ vom 30. 9. 2015, KOM (2015) 468 endg, 28, 35, wo wiederum auf insolvenzrechtlichen Harmonisierungsbedarf hingewiesen und eine dahingehende Gesetzesinitiative für das vierte Quartal 2016 angekündigt wird (die Ankündigung hat sich auch bewahrheitet). Dieser Aktionsplan wurde erst jüngst erneuert und sieht weitere Harmonisierungsmaßnahmen im Insolvenzrecht vor (s dazu ZIK aktuell 2021/259, 211).

¹¹³¹ Mitteilung der Kommission „Den Binnenmarkt weiter ausbauen: mehr Chancen für die Menschen und die Unternehmen“ vom 28. 10. 2015, KOM (2015) 550 endg, wo als Teil der „Roadmap“ zur Binnenmarktstrategie ebenso eine insolvenzrechtliche Gesetzesinitiative für 2016 angekündigt wird.

Vollendung der Bankenunion“¹¹³² veröffentlicht; alle unter Ankündigung weiterer Gesetzesinitiativen im Insolvenzrecht, jedoch ohne Verwendung des Begriffs *likelihood of insolvency* und auch noch immer ohne die Behandlung von Geschäftsleiterpflichten.

Im Rahmen eines Grünpapiers zu „*Building a Capital Markets Union*“ eingeholte Antworten von Befragten aus Politik und Wirtschaft ergaben aber schließlich, dass im Bereich gewünschter insolvenzrechtlicher Harmonisierungen auch die Haftung von Geschäftsleitern (*liability of directors and shadow directors*) miterfasst werden sollte.¹¹³³

4.3.1.5. Die Leeds-Studie

(a) Generelles zur Studie

Im Rahmen der Vorbereitung einer gesetzlichen Initiative zur Harmonisierung materiellrechtlicher Insolvenzrechtsaspekte beauftragte die EK die *University of Leeds*, zu relevanten Gesetzesbestimmungen und praktischen Fragen eine Vergleichsstudie zu erstellen. Das Ergebnis war eine Anfang 2016 veröffentlichte, umfassende und sehr aufschlussreiche Studie.¹¹³⁴ In der Studie wurden die EU-MS sowie mit den USA und Norwegen auch zwei Vergleichsjurisdiktionen untersucht.¹¹³⁵ Österreichischer Berichterstatter war Univ.-Prof. Dr. Georg Kodek.¹¹³⁶

Die 464 Seiten lange Leeds-Studie hatte das Ziel, Informationen für eine Umsetzung der Kommissionsempfehlung vom 12. 3. 2014 (s dazu oben Pkt 4.3.1.2.) zu sammeln und kommt grds zu ähnlichen Erkenntnissen wie die bereits analysierten Vorgängerstudien und -arbeiten.¹¹³⁷ Daneben legt sie erstmals (wieder) einen starken Fokus auf Geschäftsleiterpflichten (*duties of directors*).¹¹³⁸ Die Studie baut

¹¹³² Mitteilung der Kommission „Auf dem Weg zur Vollendung der Bankenunion“ vom 24. 11. 2015, KOM (2015) 587 endg, 12, wo als fünfte Maßnahme die Effizienzsteigerung von Restrukturierungs- und Insolvenzverfahren genannt wird.

¹¹³³ Feedback Statement of the Commission on the Green Paper Building a Capital Markets Union accompanying the document "Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Action Plan on Building a Capital Markets Union" vom 30. 9. 2015, SWD (2015) 184 final (nur auf Englisch verfügbar).

¹¹³⁴ *University of Leeds*, Study on a new approach to business failure and insolvency. Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices, ec.europa.eu (Stand Jänner 2016), im Folgenden **Leeds-Studie**.

¹¹³⁵ Leeds-Studie 1.

¹¹³⁶ Leeds-Studie 18.

¹¹³⁷ Ein Zitat, das die Herausforderungen, aber auch die Notwendigkeit von Harmonisierung im Insolvenzrecht im materiellrechtlichen Bereich hervorstreicht, wird in der Folge im englischen Originalwortlaut wiedergegeben, um selbigem nicht die Pointiertheit zu nehmen (Hervorhebungen durch den Autor): „*The report is sensitive to local legal traditions and the history and traditions of Member States by avoiding simplistic solutions and a ,one size fits all' mentality. At the same time, we make note of the proposition that **history is not destiny** and that concrete measures to achieve real legal and regulatory improvements are possible.*“ (Leeds-Studie 29).

¹¹³⁸ Leeds-Studie, insb 42-76 (auch mit ausdrücklichem Verweis auf die LSE-Studie (s oben Pkt 3.6) und den UNCITRAL Guide IV (s unten Pkt 5).

ausdrücklich auf bereits getätigte Initiativen der EK sowie die Arbeit von *INSOL Europe*, der *EBRD*, *UNCITRAL* und der Weltbank auf.¹¹³⁹

(b) *Duties of directors*

Die Leeds-Studie weist eindringlich auf die Bedeutung von Handlungen der Geschäftsleitung bei finanziellen Schwierigkeiten (*financial difficulties*) hin.¹¹⁴⁰ Dies ist nicht unbedingt überraschend, war mit Prof. *Andrew Keay* doch eine der wichtigsten Stimmen im Bereich der englischen und internationalen Forschung zu Geschäftsleiterpflichten im Krisenzusammenhang (s dazu nur die Vielzahl der in Pkt 6 zitierten Quellen) mit an Bord. Die Studie stellt fest, dass es in allen MS zumindest Minimumstandards als Antwort auf vorsätzliches, rücksichtsloses oder grob fahrlässiges Verhalten von Geschäftsleitern gäbe, die aber in den Details voneinander abweichen.¹¹⁴¹ Hervorgehoben wird die im *UNCITRAL Guide IV* gemachte Arbeit zum Zeitraum, in dem Geschäftsleiter uU besondere Pflichten treffen („*period approaching insolvency or where insolvency becomes unavoidable*“ sowie „*vicinity of insolvency*“).¹¹⁴²

Die Leeds-Studie grenzt sich diesbezüglich ausdrücklich von der 2013 veröffentlichten *LSE-Studie* (s oben Pkt 3.6) ab. Letztere setze sich mit Geschäftsleiterpflichten von *solventen* Unternehmen auseinander, die Leeds-Studie hingegen mit Unternehmen, die insolvent sind oder sich der Insolvenz nähern (*insolvent or nearing insolvency*).¹¹⁴³

In weiterer Folge geht die Studie auf die generelle Zielrichtung von Geschäftsleiterpflichten in der Insolvenz oder Insolvenznähe ein. Sie weist darauf hin, dass Länder wie das Vereinigte Königreich, Irland und andere eine klare, von der *Jud* entwickelte Zäsur bei den Geschäftsleiterpflichten (*shifting of directors' duties*) von einem gesellschafter- zu einem gläubigerorientierten Ansatz vorsehen würden. Das Vereinigte Königreich sei das einzige europäische Land, das dieses Prinzip mit Sec 172 Abs 3 CA 2006 auch gesetzlich festgeschrieben habe.¹¹⁴⁴

Schließlich behandelt die Studie die Konzepte *duty to file* und *wrongful trading*.¹¹⁴⁵ Während die meisten MS jedenfalls bei Insolvenzeintritt eine Insolvenzantragspflicht vorsehen, sei das wesentliche Problem die unterschiedliche Beschreibung bzw Definition des Insolvenzbegriffs auf nationaler Ebene.¹¹⁴⁶ Anders als in anderen

¹¹³⁹ Leeds-Studie 27; vielfach zitiert wird insb der noch ausf weiter unten in Pkt 5 behandelte *UNCITRAL Guide IV*.

¹¹⁴⁰ Leeds-Studie 42.

¹¹⁴¹ „*wilful, reckless, or grossly negligent conduct*“, Leeds-Studie 42.

¹¹⁴² Leeds-Studie 44.

¹¹⁴³ Leeds-Studie 44.

¹¹⁴⁴ Leeds-Studie 46 f; s dazu auch noch unten Pkt 6.3.

¹¹⁴⁵ In einer sehr gehaltvollen Tabelle werden die unterschiedlichen Ansätze der einzelnen MS kompakt zusammenfasst (*Table 1.1.*, Leeds-Studie 49 ff).

¹¹⁴⁶ Leeds-Studie 48.

Stellungnahmen¹¹⁴⁷ ist in dieser Studie keine Präferenz für eines der Systeme zu erkennen. Es möge zwar zutreffen, dass eine Insolvenzantragspflicht ein noch lebensfähiges Unternehmen daran hindern könnte, sich zu erholen, jedoch treffe dies nicht für MS wie Deutschland zu, wo auch eine gerichtliche Sanierung möglich sei (*filing does not mean liquidation*).¹¹⁴⁸ Die Möglichkeit der gerichtlichen Sanierung solle Geschäftsleiter zur frühzeitigen Antragstellung motivieren.¹¹⁴⁹

Das ua in England vorgesehene *wrongful trading* Konzept mag zwar geeignet sein, Geschäftsleiter bereits früher (*near insolvent; advent of insolvency*) zum Handeln zu zwingen oder zu motivieren, jedoch sei insb der konkrete Zeitpunkt des Pflichteneintritts nicht klar.¹¹⁵⁰

Einheitliche Regeln seien schließlich vorteilhaft, da diese *Forum Shopping*¹¹⁵¹ unterbinden würden, Insolvenzverwalter keine Regelungen anderer MS mehr recherchieren müssten, Transaktionskosten im Finanzsektor reduziert würden und generell das Anheben von Standards nützlich für alle Stakeholder sei.¹¹⁵²

Der Begriff *likelihood of insolvency* wird in der Studie iZm Geschäftsleiterpflichten nicht genannt (s aber sogleich).

(c) Präventive Restrukturierungsrahmen

Die Leeds-Studie sieht die Kommissionsempfehlung aus 2014¹¹⁵³ am Puls der Zeit und im Einklang mit internationalen Entwicklungen im Bereich Unternehmensrestrukturierung und -sanierung sowie generell mit internationalen Insolvenzinitiativen.¹¹⁵⁴

Zur Beurteilung der in der Kommissionsempfehlung vorgeschlagenen Anknüpfung an *likelihood of insolvency* scheine ein liquiditätsbezogener (*cash-flow*) Test die beste Möglichkeit zu sein.¹¹⁵⁵

¹¹⁴⁷ Etwa die Einschätzungen von *UNCITRAL*, s unten Pkt 5.

¹¹⁴⁸ Leeds-Studie 52. Dasselbe gilt auch in Österreich, darauf wird in der Studie aber nicht Bezug genommen.

¹¹⁴⁹ Leeds-Studie 52. Dieser Befund wird durch die oben in Pkt B 9.4.1 dargestellten Ergebnisse der gegenständlich erstellten Studie bestätigt.

¹¹⁵⁰ Leeds-Studie 53.

¹¹⁵¹ Siehe dazu Phänomen auch *Wabl* in *Kopetzki/Lanser/Leitner/Potocnik-Manzouri/Safron/Tillian/Wieser* 107 (118 ff).

¹¹⁵² Leeds-Studie 56 f.

¹¹⁵³ Empfehlung 2014/135/EU ABl L 74/65.

¹¹⁵⁴ Genannt werden insb die Arbeiten von *UNCITRAL* (abrufbar unter uncitral.org) (Leeds-Studie 218 ff); It Studie würden viele dieser Initiativen auf dem amerikanischen *Chapter 11*-Verfahren basieren und Frankreich mit den bereits durchgeführten Reformen zum *Sauvegarde*-Verfahren sei ein gutes Beispiel für erfolgreiche Gesetzesinitiativen.

¹¹⁵⁵ Leeds-Studie 224 f.

4.3.1.6. Zwischenfazit

Aus der analysierten Entwicklung einer europäischen Strategie für einen neuen Ansatz im Umgang mit unternehmerischem Scheitern und Unternehmensinsolvenzen lassen sich mE drei zentrale Kernaussagen herausfiltern:

- (a) Diese Strategie zur Weiterentwicklung des europäischen Insolvenzrechts durch materiellrechtliche Harmonisierungsinitiativen ist nicht nur zeitlich, sondern auch inhaltlich in engem Zusammenhang mit der Neufassung der EuInsVO zu sehen. Es handelt sich um eine ganzheitliche und verschränkte europäische Strategie, in der die Vorarbeiten zur RIRL im Windschatten der früher abgeschlossenen EuInsVO 2015 fortgesetzt wurden. Dieser Gesamtkontext wird auch bei der Auslegung zentraler Begriffe wie *likelihood of insolvency* zu beachten sein (s dazu bereits oben Pkt 4.3.1.1).
- (b) Bis dato spricht Vieles dafür, dass mit dem Begriff *likelihood of insolvency* primär ein prognostisches, liquiditätsbezogenes Konzept gemeint und *insolvency* zuallererst als *cash-flow-insolvency* (im österr Verständnis also Zahlungsunfähigkeit) zu verstehen ist (s bereits oben Pkt 4.2.6, 4.3.1.4 sowie 4.3.1.5(c)).
- (c) Geschäftsleiterpflichten wurden in den von der EK veröffentlichten Dokumenten lange weder geregelt noch weitergehend adressiert. Erst mit der Initiative zur Bildung einer europäischen Kapitalmarktunion (s oben Pkt 4.3.1.4) sowie insb der Leeds-Studie (Pkt 4.3.1.5) wurde die Bedeutung der Geschäftsleitung in Krisensituationen aber wieder in den Fokus gerückt.

4.3.2. Experten- und informelle Stakeholder-Gruppe

4.3.2.1. Generell

In Vorbereitung des Kommissionsvorschlags zur RIRL (s dazu sogleich unten Pkt 4.3.4) fanden zwischen Jänner und Juli 2016 insgesamt neun Meetings einer von der EK eingerichteten Expertengruppe statt.¹¹⁵⁶ Ebenso wurde eine informelle Stakeholder-Gruppe eingerichtet.¹¹⁵⁷ Diskutiert wurde neben anderen relevanten Themenbereichen insb auch die Rolle von Geschäftsleitern.

¹¹⁵⁶ Siehe weitere Details auf der Kommissionswebsite ec.europa.eu, wo auch die in den nachfolgenden FN zitierten Dokumente und Berichte abrufbar sind (jeweils nur auf Englisch verfügbar). Die Gruppe bestand aus insgesamt 22 ausgewiesenen Experten im Restrukturierungs- und Insolvenzbereich (Adrian Thery-Marti, Bob Wessels, Christoph Paulus, Daniel Fritz, Efsthios Potamitis, Francisco Garcimartin-Alferez, Jean-Luc Vallens, Karen Kuder, Lorenzo Stanghellini, Massimo Orlando, Melissa Vanmeenen, Michael Veder, Michal Barlowski, Mikael Möller, Nora Wouters, Paul Omar, Reinhard Dammann, Samantha Bewick, Stefania Bariatti, Stephen Taylor, Tomas Richter und Tuula Linna) sowie jeweils als Beobachter (Observer) der EZB, der EIB, des IWF und der Weltbank.

¹¹⁵⁷ Insgesamt drei Meetings fanden am 7. 4. 2016, 27. 5. 2016 und 18. 7. 2016 statt. Die dazugehörigen Protokolle waren temporär auf der Kommissionswebsite abrufbar. Teilnehmer waren ua BusinessEurope,

4.3.2.2. Expertenmeeting vom 13. 1. 2016

Bereits im ersten Meeting am 13. 1. 2016 wurde auf die zentrale Rolle (*important role*) der Geschäftsleitung hingewiesen und auf Basis der verschiedenen Ansätze (insb *duty to file* vs *wrongful trading*) die Frage gestellt, ob (i) Harmonisierung in diesem Bereich die Kosten für unternehmerische Tätigkeiten innerhalb des Binnenmarkts senken und die Zahl der Insolvenzen verringern würde und (ii) es hilfreich wäre, Geschäftsleiter einen *safe harbour* zu bieten zB wenn diese externe Beratung suchen oder frühzeitig Restrukturierungsprozesse einleiten.¹¹⁵⁸ Im selben Meeting wurde von einigen Experten bereits darauf hingewiesen, dass die EU in diesem Zusammenhang weiter gehen könnte als *UNCITRAL* im noch später in Pkt 5 analysierten Guide Part IV. Andere meinten, die Arbeit in diesem Bereich sei bereits getan.¹¹⁵⁹

4.3.2.3. Expertenmeetings vom 24. und 25. 5. 2016

Der Begriff *likelihood of insolvency* wurde von der Expertengruppe nur im fünften und sechsten Meeting im Mai 2016 diskutiert, und auch hier nur am Rande. Diskutiert wurde das Verhältnis zwischen den Restrukturierungsrahmen nach der zukünftigen RL und deren Verhältnis zur EuInsVO 2015. Nachdem diese nunmehr auch Verfahren miteinschließen, die bei *likelihood of insolvency* verfügbar seien, bestand Einigkeit über die grds Anwendbarkeit der EuInsVO 2015.¹¹⁶⁰ Wie der Begriff *likelihood of insolvency* in diesem Zusammenhang zu verstehen ist, geht aus dem Meeting-Bericht nicht hervor. Auf informelle Nachfrage bei einem Mitglied der Expertengruppe erhielt ich die etwas ernüchternde Antwort, der Begriff sei „einfach so dagelegen und wir haben ihn verwendet.“

4.3.2.4. Expertenmeeting vom 14. 6. 2016

Das nächste Mal wurden Geschäftsleiterpflichten auf im siebenten Meeting am 14. 6. 2016 behandelt. Die Expertengruppe diskutierte die relevanten Prinzipien im Zeitraum *vicinity of insolvency* hauptsächlich auf Basis der Vorarbeiten *UNCITRAL*'s. Die Idee war, Geschäftsleiter zu ermutigen (*incentivise*), frühzeitig Restrukturierungsbemühungen zu setzen, indem Proaktivität bestärkt und gemeinsame Grundprinzipien zu Haftungsbestimmungen eingeführt werden. Einigkeit bestand weitestgehend, dass generell eine Pflicht bestehen solle, zum Wohl des Unternehmens zu handeln (*duty to promote well-*

AFME, EBF, ACCA, UEAPME, ESBA, Independent Retail Europe, EuroChambers, ETUC, EFIN, FEE, INSOL Europe, FDC, The Council of Bars and Law Societies of Europe und das European Law Institute; s dazu auch Commission Impact Assessment zum Proposal COM (2016) 723 final vom 22. 11. 2016, SWD (2016) 357 final, Annex 2, 118 (nur auf Englisch verfügbar) (s unten Pkt 4.3.3.2) sowie auch *Boon*, IIR 2018, 150 (167 mwN).

¹¹⁵⁸ Working Document der Expertengruppe zum ersten Meeting vom 13. 1. 2016, ec.europa.eu (2 f, Stand 13. 1. 2016).

¹¹⁵⁹ Bericht der Kommission zum ersten Meeting der Expertengruppe vom 13. 1. 2016, ec.europa.eu (4, Stand 13. 1. 2016) („For some experts, EU may act further as *UNCITRAL* did when dealing with the fourth part of the *Legislative Guide on insolvency on directors' liabilities*. For others, the work in this area has already been done.“).

¹¹⁶⁰ Bericht der Kommission zum fünften und sechsten Meeting der Expertengruppe vom 24. und 25. 6. 2016, ec.europa.eu (2, Stand 25. 6. 2016).

being of the company) und dass von Geschäftsleitern ausreichende Informationen ermittelt und geliefert werden sollten (*assess and deliver sufficient information*).¹¹⁶¹

Geschäftsleiterpflichten wurden auch iZm Anfechtungsrecht diskutiert. Die meisten Experten unterstrichen vor dem Hintergrund der bereits in den MS bestehenden ausgeklügelten Systeme (*sophisticated system*) zu Geschäftsleiterpflichten und Anfechtungsbestimmungen, dass ein an eine durchgeführte Restrukturierung geknüpfter sicherer Hafen (*safe harbour approach linked to restructuring*) zu bevorzugen sei.¹¹⁶²

4.3.2.5. Expertenmeeting vom 11. 7. 2016

Auch im neunten und letzten Meeting im Juli 2016 wurden Geschäftsleiterpflichten noch einmal diskutiert. Die damals intern vorliegende (aber nicht öffentlich verfügbare) Entwurfsbestimmung war einem der Experten zu weit (*too broad*), und einige Experten meinten, dass Geschäftsleiterpflichten im Kommissionsvorschlag nur Handlungen iZm Restrukturierung und Insolvenz erfassen sollten; Schadenersatz- und Unternehmensrecht sollten ansonsten für generelle Geschäftsleiterpflichten gelten.¹¹⁶³ Schließlich wurde in diesem Meeting auch die mögliche Aussetzung einer Insolvenzantragspflicht diskutiert. Es bestanden Bedenken, dass dies dafür genutzt werden könnte, reguläre Insolvenzverfahren zu umgehen, weswegen die MS die Möglichkeit haben sollten, bei Eintritt von Zahlungsunfähigkeit (*illiquidity*) eine gewährte Aussetzung der Insolvenzantragspflicht wieder aufheben zu können.¹¹⁶⁴

4.3.2.6. Meetings der informellen Stakeholder-Gruppe

Auch in den drei Meetings der ebenfalls eingesetzten *Informal Stakeholder Group* wurde betont, dass Mindeststandards für Geschäftsleiter wünschenswert seien, jedoch das Thema generell über den Regelungsbereich der Kommissionsempfehlung aus dem Jahr 2014 hinausgehe und kompliziert sei. Obwohl daher auf die Vorarbeiten *UNCITRAL* 's aufgebaut werden solle, wurde klargestellt, dass der Zweck der Initiative die Gewährung einer zweiten Chance für Unternehmen und nicht die Schwächung von Investitionen sei. Auf die Verstrickungen mit anderen Rechtsbereichen (va Unternehmensrecht) wurde explizit hingewiesen.¹¹⁶⁵ Es solle überdies einen *safe harbour* für Geschäftsleiter geben, die ein Restrukturierungsverfahren beantragen – dies insoweit, dass diese nicht haften sollen, nur

¹¹⁶¹ Bericht der Kommission zum siebenten Meeting der Expertengruppe vom 14. 6. 2016, ec.europa.eu (4, Stand 14. 6. 2016).

¹¹⁶² Bericht der Kommission zum siebenten Meeting der Expertengruppe vom 14. 6. 2016, ec.europa.eu (4, Stand 14. 6. 2016).

¹¹⁶³ Bericht der Kommission zum neunten Meeting der Expertengruppe vom 11. 7. 2016, ec.europa.eu (2 f, Stand 11. 7. 2016).

¹¹⁶⁴ Bericht der Kommission zum neunten Meeting der Expertengruppe vom 11. 7. 2016, ec.europa.eu (2, Stand 11. 7. 2016). Dieser Gedanke findet sich nun auch in Art 7 Abs 3 RIRL wieder (s dazu bereits oben Pkt 2.5).

¹¹⁶⁵ Bericht der Kommission zum zweiten Meeting der informellen Stakeholder-Gruppe vom 27. 5. 2016, ec.europa.eu (4, Stand 27. 5. 2016).

weil sie kein formelles Insolvenzverfahren beantragt haben.¹¹⁶⁶ Eine allfällige Insolvenzantragspflicht nach nationalem Recht solle durch ein mit einem präventiven Verfahren verbundenes Moratorium ausgesetzt werden.¹¹⁶⁷

4.3.3. Folgenabschätzungen

Die EK leistete auch noch weitere auf Vorarbeiten, um die voraussichtlichen Folgen einer RL abzuschätzen.¹¹⁶⁸ Kernaussage der getätigten Folgenabschätzung ist, dass lt umfassenden Befragungen die meisten MS die von der EK verfolgten Ziele unterstützen, jedoch die Harmonisierung auf Grundsätze beschränkt bleiben sollte¹¹⁶⁹ (was schlussendlich mit der RIRL auch passiert ist).

4.3.3.1. Impact Assessment Final Report

Der Begriff *likelihood of insolvency* zieht sich mittlerweile konsequent durch und wird auch hier thematisiert. Betont wird, dass eines der komplexesten Themen die Bestimmung des Zeitpunkts sei, *wann* finanzielle Schwierigkeiten ein Unternehmen nahe zur Insolvenz bringen („*One of the most complex issues is to determine the moment when the situation of distress may bring the business close to insolvency*“).¹¹⁷⁰ Frühzeitige Restrukturierung auslösende Faktoren sollten für Gläubiger zugänglich sein, wobei ein *cash-flow-test* dafür am besten geeignet sei.¹¹⁷¹

Auf Basis des Gesagten werden im Final Report drei Optionen vorgeschlagen, um den relevanten Zeitpunkt für *early restructuring tools* zu ermitteln:¹¹⁷²

Description	Sub-option 1	Sub-option 2	Sub-option 3
	Restructuring framework available when viable debtor is facing a 'likelihood' of insolvency.	S/o 1 + over-indebted but viable debtors must have a clear possibility to enter preventive restructuring	S/o 2 + early warning tools (advice and/or alert systems) + model restructuring plan

¹¹⁶⁶ Bericht der Kommission zum dritten Meeting der informellen Stakeholder-Gruppe vom 18. 7. 2016, ec.europa.eu (4, Stand 18. 7. 2016).

¹¹⁶⁷ Bericht der Kommission zum dritten Meeting der informellen Stakeholder-Gruppe vom 18. 7. 2016, ec.europa.eu (2, Stand 18. 7. 2016).

¹¹⁶⁸ Dazu sind online mehrere Dokumente verfügbar, die auf die zur Verfügung stehenden Optionen ausloten und mögliche Folgen aufzeigen, s etwa Inception Impact Assessment der Kommission vom 2. 3. 2016 zu „Initiative on insolvency“, ec.europa.eu (Stand 2. 3. 2016) (nur auf Englisch verfügbar); Impact assessment study of the Commission on policy options for a new initiative on minimum standards in insolvency and restructuring law – Final Report aus November 2016, publications.europa.eu (Stand November 2016), im Folgenden **Impact Assessment Final Report** (nur auf Englisch verfügbar); Commission Impact Assessment zum Proposal COM (2016) 723 final vom 22. 11. 2016, SWD (2016) 357 final (nur auf Englisch verfügbar); sowie Zusammenfassung der Folgenabschätzung zum RL-Vorschlag KOM (2016) 723 endg vom 22. 11. 2016, SWD (2016) 358 endg.

¹¹⁶⁹ SWD (2016) 358 endg, 2.

¹¹⁷⁰ Impact Assessment Final Report 78 ff Pkt 5.4.1.

¹¹⁷¹ Impact Assessment Final Report 78 ff Pkt 5.4.1.

¹¹⁷² Tabelle entnommen aus Impact Assessment Final Report 79.

Zur Erläut der *Sub-option 1* wird ausgeführt, dass für das Vorliegen einer *likelihood* eine rationale Basis für die Schlussfolgerung vorliegen müsse, dass das Unternehmen innerhalb eines absehbaren Zeitraums (etwa innerhalb von sechs Monaten) nicht mehr in der Lage sein wird, seine Verbindlichkeiten zu begleichen („*The „likelihood“ implies that there must be a rational basis for the conclusion that the company may not be able to pay its debt within a certain period [such as within the next six months]*“).¹¹⁷³

Dies muss noch nicht zwingend auf eine reine Liquiditätsbetrachtung hindeuten, nachdem etwa auch im englischen Recht *unable to pay debts* neben einem *cash-flow-test* auch einen *balance-sheet-test* mitumfasst – Zahlungsunfähigkeit nach österr Verständnis bedarf dort noch den zusätzlichen Passus „*as the fall due*“ (s dazu noch unten Pkt 6.3.2.1). Dennoch liegt gegenständlich nahe, dass eine liquiditätsbezogene Betrachtung gemeint ist. Bezug genommen wird im Final Report nämlich auf nachfolgende Ausführungen aus einer Studie der Beratungsgesellschaft *Deloitte*,¹¹⁷⁴ die sich mit Sec 128 des Südafrikanischen Companies Act aus 2008¹¹⁷⁵ auseinandersetzt (Hervorhebungen durch den Autor): „*This conclusion amounts to an educated prediction, based on the current financial position of the company, and considering all relevant factors that may impact the company's liquidity in the foreseeable future*“.¹¹⁷⁶ Die von *Deloitte* behandelte Sec 128 scheint den Begriff „*financially distressed*“ als Zustand zu definieren, wenn „*it appears to be (i) reasonably unlikely that the company will be able to pay all of its debts as they fall due and payable within the immediately ensuing six months, or (ii) reasonably likely that the company will become insolvent within the immediately ensuing six months*“.¹¹⁷⁷ Lt *Deloitte* sei dieses Konzept auch in England durch die *Eurosail*-Rsp bestätigt worden.¹¹⁷⁸

Die EK hat sich also auch nicht gescheut, über die Grenzen des Kontinents hinaus zu blicken und sich etwa im südafrikanischen Unternehmensrecht Gedankenanstöße zu holen. Sie geht somit von einer mehrmonatigen Prognose (hier etwa sechs Monate) für die Beurteilung des Vorliegens der *likelihood of insolvency* aus – dies erinnert auch an die Formulierung in den bereits angesprochenen ErwGr 17 EuInsVO 2015 sowie ErwGr 28 RIRL.

Das Konzept *likelihood of insolvency* in *Sub-option 1* gebe lt EK große Flexibilität und lasse auch weiterhin alle nationalen „Tests“ zur Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens

¹¹⁷³ Impact Assessment Final Report 79.

¹¹⁷⁴ *Deloitte Touche Tohmatsu Limited*, The Companies Act. When is a company financially distressed, and what does it mean? deloitte.com (Stand 15. 5. 2014)

¹¹⁷⁵ Act 71/2008, Republic of South Africa Government Gazette 32121.

¹¹⁷⁶ *Deloitte* 2.

¹¹⁷⁷ *Deloitte* führt weiter aus, dass zur Erfüllung des Zwecks des Gesetzes (dieser muss freilich nicht zwingend mit dem Zweck der europäischen, geschweige denn der mitgliedersstaatlichen Normen übereinstimmen) der gesamte finanzielle Zustand des Unternehmens (*complete financial position of the company*) berücksichtigt werden müsse, inkl alternativer Zeitwerte der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten, einigermaßen vorhersehbarer Vermögenswerte und Verbindlichkeiten, eines Solvenz- und Liquiditätstests und sämtlicher anderen angekündigten Maßnahmen des Managements wie Nachrangigkeitsvereinbarungen, Rekapitalisierungsvereinbarungen oder Unterstützungserklärungen (s *Deloitte* 3).

¹¹⁷⁸ *Deloitte* 3 mit Verweis auf UK Supreme Court [2013] UKSC 28 = [2013] 1 WLR 1408, *BNY Corporate Trustee Services Ltd v Eurosail-UK 2007-3BL plc* (s zu dieser E noch unten Pkt 6.3.2.1).

sowohl für Gläubiger als auch Schuldner unberührt, wobei der Liquiditätstest hier der am weitesten verbreitete sei.¹¹⁷⁹ *Sub-options* 2 und 3 würden den Anwendungsbereich von *Sub-option 1* noch auf Überschuldung (*over-indebtedness*) und Frühwarnsysteme (*early warning systems*) ausweiten.¹¹⁸⁰ Lt Impact Assessment sei insgesamt *Sub-option 3* (Vereinigung aller drei Konzepte) zu präferieren, da sie einerseits Rechtssicherheit, aber auch die meiste Flexibilität bringe und daher verschiedene Situationen aus verschiedenen nationalen Rechtsordnungen einfangen könne, weswegen sie als „*preferred policy option*“ angeführt wird.¹¹⁸¹

Zusammenfassend scheint die EK mit dem Begriff der *likelihood of insolvency* im Einklang mit den bereits gezeigten Vorarbeiten (s. nur oben Pkt 4.2.6) primär eine prognostische Liquiditätsbetrachtung im Auge gehabt zu haben. Um aber für den Zugang zu *early restructuring tools* genügend Flexibilität für alle MS zu ermöglichen, sollte dafür der gesamte finanzielle Zustand des Unternehmens berücksichtigt werden können, und Frühwarnsysteme sollten in das Konzept mitaufgenommen werden.

Zu Geschäftsleiterpflichten werden im Final Report keine näheren Aussagen gemacht.

4.3.3.2. Impact Assessment Report vom 22. 11. 2016

(a) Zugang zu präventiven Restrukturierungsrahmen

Nach diesem Bericht sollten „gute Insolvenzgesetze“ Verfahren bieten, die für noch nicht insolvente Unternehmen in finanziellen Schwierigkeiten (*in financial difficulties, but not yet insolvent*) sowie Unternehmen, die sehr nah an der Insolvenz oder bereits insolvent sind (*very close to insolvency or already insolvent*) offen stehen.¹¹⁸² Bei der Beurteilung, ob ein *risk of insolvency* offenkundig ist, weil etwa der Schuldner in absehbarer Zukunft (*foreseeable future*) nicht in der Lage sein wird, seine fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen (*debtor is unlikely to be able to repay his debts as they fall due in the foreseeable future*), wird auf das in der EuInsVO 2015 definierte Kriterium *likelihood of insolvency* verwiesen.¹¹⁸³

Die Angst vor dem Missbrauch präventiver Verfahren durch nicht mehr lebensfähige (*not viable*) Unternehmen habe einige MS dazu bewogen, hohe Eintrittsschwellen vorzusehen. Andere würden Insolvenzantragspflichten bereits ab dem Eintritt einer Überschuldung (*over-indebted*) vorsehen, was Geschäftsleiter davon abbringen könnte, ein solches präventives Verfahren zu beantragen.¹¹⁸⁴

¹¹⁷⁹ Impact Assessment Final Report 79.

¹¹⁸⁰ Impact Assessment Final Report 79 f.

¹¹⁸¹ Impact Assessment Final Report 80, 102 (auf S 102 wird statt „*likelihood of insolvency*“ der Begriff „*risk of insolvency*“ verwendet).

¹¹⁸² SWD (2016) 357 final, 4.

¹¹⁸³ SWD (2016) 357 final, 14 (insb FN 46).

¹¹⁸⁴ SWD (2016) 357 final, 15 („*Furthermore, in some Member States debtors are under an obligation to file for formal insolvency procedures as soon as they are overindebted (balance sheet test), which may dissuade directors to file for preventive restructuring due to risks of personal liability.*“).

Ein gemeinsamer Insolvenzbegriff auf europäischer Ebene möge zwar wünschenswert sein, sei aber nicht erforderlich, um den Zugang zu *early restructuring proceedings* zu regeln, und würde umgekehrt aufgrund der Verstrickung zu anderen Rechtsbereichen womöglich unerwartete Konsequenzen bringen. Es sei vielmehr wichtig, sich auf auslösende Elemente bzw Kriterien für solche Verfahren zu konzentrieren.¹¹⁸⁵

(b) Geschäftsleiterpflichten

Anders als der zuvor dargestellte Final Report setzt sich dieses Dokument auch näher mit Geschäftsleiterpflichten auseinander. Die Rechte und Pflichten von Geschäftsleitern seien generell in einer Balance mit Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von *wrongful trading* zu sehen. In manchen MS seien dazu Regelungen vorgesehen, die insb zu frühzeitigem Handeln sowie zur Einholung professionellen Rates anregen sollten. Auch öffentliche Konsultationen hätten ergeben, dass die Mehrheit der Stakeholder es begrüßen würde, wenn Geschäftsleitern Anreize (*incentives*) zur Einleitung angemessener frühzeitiger Maßnahmen geboten werden, wenn sich Unternehmen in Schwierigkeiten befinden, jedoch noch nicht insolvent sind (*if companies are in distress but not yet insolvent*). Die MS seien aber zurückhaltend hinsichtlich zwingender Detailregelungen gewesen – dies aufgrund von Verstrickungen mit dem Unternehmensrecht.¹¹⁸⁶

Spezifische Geschäftsleiterpflichten seien daher auch ein Treiber (*driver*) für die Harmonisierungsbestrebungen, jedoch ausschl indirekt iZm Restrukturierung und zweiter Chance. Diese seien daher stark abhängig von bestehenden nationalen Rechtsordnungen sowie sozialen, wirtschaftlichen und politischen Entscheidungen in anderen Rechtsbereichen. Wenn diese daher im Rahmen der Folgenabschätzung durchleuchtet werden, dann nur im Kontext mit präventiver Restrukturierung und zweiter Chance.¹¹⁸⁷

Es werden für den RL-Vorschlag generell mehrere Gestaltungsoptionen genannt, wobei die bevorzugte *Option 4 (Setting up a minimum harmonised legal framework in the area of restructuring and second chance for entrepreneurs)* auch die Setzung von Mindeststandards für *duties of directors in the vicinity of insolvency* vorsieht.¹¹⁸⁸ Als *Sub-option* hinsichtlich *early restructuring* wird die im Final Report (s zuvor Pkt 4.3.3.1) getroffene Wahl für die dortige *Sub-option 3* bestätigt.¹¹⁸⁹ Es müsse aber jedenfalls eine reale Bedrohung für die Existenz des Unternehmens (*real threat to the existence of the company*) bestehen.¹¹⁹⁰

¹¹⁸⁵ SWD (2016) 357 final, 23 f (insb auch mit Verweis auf die Vorarbeiten der Expertengruppe, s dazu Pkt 4.3.2).

¹¹⁸⁶ SWD (2016) 357 final, 25

¹¹⁸⁷ SWD (2016) 357 final, 25.

¹¹⁸⁸ SWD (2016) 357 final, 50.

¹¹⁸⁹ SWD (2016) 357 final, 58, 60.

¹¹⁹⁰ SWD (2016) 357 final, 60.

Im Zuge der Folgenabschätzung wurde schließlich auch eine öffentliche Befragung durchgeführt, in der zwischen 23. 3. 2016 und 14. 6. 2016 mehr als 260 Beiträge aus 27 MS einlangten (die meisten Beiträge lieferte Deutschland, gefolgt vom Vereinigten Königreich, Belgien und Litauen).¹¹⁹¹ Die Detailauswertungen zu den Befragungen zeigen iZm Geschäftsleiterpflichten insb Folgendes:

- Mehr als die Hälfte der Befragten waren der Ansicht, dass Geschäftsleitern Anreize geboten werden sollen, um angemessene präventive Maßnahmen zu setzen, während das Unternehmen in Schwierigkeiten, aber noch nicht insolvent ist (18 % waren dagegen).¹¹⁹²
- Geschäftsleiter sollten angehalten werden, professionelle Beratung einzuholen, und dies sollte auch im Nachhinein bei der Beurteilung ihres Verhaltens mitberücksichtigt werden.¹¹⁹³
- Zwingende Antragsfristen können einen negativen Effekt haben und frühzeitige Antragstellungen bewirken.¹¹⁹⁴
- Ein flexibler „safe harbour“ sollte Geschäftsleiter vor der Haftung schützen, wenn diese im guten Glauben zum Wohl des Unternehmens handeln. Das sollte aber keine missbräuchlichen Handlungen, etwa von Gesellschafter-Geschäftsführern, welche die Restrukturierung verschleppen, führen.¹¹⁹⁵
- Die Einleitung präventiver Verfahren sollte Geschäftsleiter nicht vor früherem Fehlverhalten schützen. Ebenso sollten diese nicht hinsichtlich ihres betrügerischen, fahrlässigen oder vorsätzlichen Fehlverhaltens (*fraud, negligence or wilful misfeasance*) während eines Moratoriums geschützt werden.¹¹⁹⁶

4.3.4. Vom Kommissionsvorschlag zur RIRL

4.3.4.1. Vorbemerkung

Am 22. 11. 2016 wurde von der EK der schon mehrfach erwähnte und zur RIRL führende RL-Vorschlag¹¹⁹⁷ veröffentlicht, der den nächsten Schritt zur Harmonisierung

¹¹⁹¹ Die Detailauswertung ist dem Bericht als Annex 2 beigelegt, s SWD (2016) 357 final, Annex 2, 118.

¹¹⁹² SWD (2016) 357 final, Annex 2, 140.

¹¹⁹³ SWD (2016) 357 final, Annex 2, 141.

¹¹⁹⁴ SWD (2016) 357 final, Annex 2, 141.

¹¹⁹⁵ SWD (2016) 357 final, Annex 2, 141: „*There should be a flexible “safe harbour” protecting against potential liability directors who, in good faith, attempt to restructure a financially distressed company with a view to the long term best interests of the company and its constituencies. This should not protect abusive practices, such as shareholder-directors delaying formal restructurings.*“

¹¹⁹⁶ SWD (2016) 357 final, Annex 2, 141.

¹¹⁹⁷ Vorschlag der Europäischen Kommission vom 22. 11. 2016 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU, KOM (2016) 723 endg.

materiellrechtlicher (Teil-)Aspekte des europäischen Insolvenzrechts bringen sollte. Die vorweihnachtliche Veröffentlichung hat damals große Wellen geschlagen – internationale Anwaltskanzleien titelten etwa: *What Restructuring Lawyers wanted from Santa*.¹¹⁹⁸ Die Ergebnisse der zuvor dargestellten umfassenden Vorarbeiten und Folgenabschätzungen finden sich darin großteils auch wieder.

4.3.4.2. Kommissionsvorschlag vom 22. 11. 2016

(a) Generelles

Der Kommissionsvorschlag machte bereits in der einleitenden Begründung klar, dass mit selbigem *keine* Harmonisierung zentraler Aspekte der Insolvenz wie der Vorschriften über die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, eine gemeinsame Definition des Begriffs der Insolvenz, Rangfolge der Forderungen und Insolvenzanfechtungsklagen verfolgt werde.¹¹⁹⁹

Mit Verweis auf die Vorarbeiten wird zum wiederholten Mal betont, dass die Annahme der EuInsVO 2015 die erste Maßnahme im Rahmen eines schrittweisen Vorgehens in bestimmten Bereichen des Insolvenzrechts war, um eine Behinderung des Funktionierens eines wirksamen Binnenmarkts durch Unterschiede zwischen den nationalen Insolvenzvorschriften zu verringern.¹²⁰⁰

Der Kommissionsvorschlag ergänze in Bezug auf bei (damals im Deutschen noch) „drohender Insolvenz“ (*likelihood of insolvency*) zur Verfügung stehender Vorinsolvenzverfahren ausdrücklich die EuInsVO 2015.¹²⁰¹

Die Entscheidung für eine RL (und daher *va gegen* eine VO) sei, wie auch in den Folgenabschätzungen dargestellt, insb deswegen gefallen, da es den MS Flexibilität bei der „Umsetzung von Grundsätzen wie der Verfügbarkeit von Frühwarnsystemen und die Pflichten der Mitglieder der Unternehmensleitung bei drohender Insolvenz“ (*vicinity of insolvency*) gebe.¹²⁰²

Lt Kommissionsvorschlag soll die „frühzeitige Restrukturierung“ (*timely restructuring*) ermöglicht werden, *bevor* ein Unternehmen in „ernste Schwierigkeiten“ (*serious difficulties*) gerät.¹²⁰³ Ein möglichst früher Zugang zu

¹¹⁹⁸ Baird/Crinson/Tett, CRI 2017, 3.

¹¹⁹⁹ KOM (2016) 723 endg, 6 f, wobei betont wird, dass eine Harmonisierung sehr wohl sachdienlich wäre, aber aufgrund der aktuellen Vielfalt der Rechtsvorschriften in den MS und Verbindungen des Insolvenzrechts mit anderen Rechtsgebieten wie Steuer-, Arbeits- und Sozialrecht nicht möglich sei.

¹²⁰⁰ KOM (2016) 723 endg, 8. Mit Verweis auf die erstellten Folgenabschätzungen wird noch einmal betont, dass von insgesamt vier Optionen (Option 1: Beibehaltung des Status quo [Basisszenario]; Option 2: Einrichtung eines vollständig harmonisierten präventiven Restrukturierungsverfahrens und eines Rahmens für die zweite Chance; Option 3: Einführung einer alternativen, fakultativen EU-Regelung für Restrukturierung und zweite Chance; Option 4: Einrichtung eines harmonisierten Mindestrahmens im Bereich Restrukturierung und zweite Chance für Unternehmer) die Einführung von verbindlichen Mindeststandards als aussichtsreichste Option angesehen und gewählt wurde (KOM [2016] 723 endg, 21).

¹²⁰¹ KOM (2016) 723 endg, 10 (in Deutsch) u 9 (in Englisch).

¹²⁰² KOM (2016) 723 endg, 19 (in Deutsch) u 16 (in Englisch).

¹²⁰³ KOM (2016) 723 endg, 2 (in Englisch u Deutsch).

präventiven Restrukturierungsmaßnahmen soll Unternehmen möglich sein, „bevor sie tatsächlich zahlungsunfähig sind“ (*before they are actually insolvent*).¹²⁰⁴

Gem Art 4 Abs 1 des Kommissionsvorschlags sollen die MS schließlich sicherstellen, dass Schuldner in finanziellen Schwierigkeiten bei einer drohenden Insolvenz (*where there is likelihood of insolvency, debtors in financial difficulty*) Zugang zu einem wirksamen präventiven Restrukturierungsrahmen haben.

Die im Kommissionsvorschlag enthaltenen ErwGr ähneln vielfach bereits den in der RIRL vorgesehenen.¹²⁰⁵

(b) Pflichten der Unternehmensleitung

Regeln zur Sorgfaltspflicht von „Führungskräften“ (*company managers*) bei „drohender Insolvenz“ (*when nearing insolvency*) spielen lt Kommissionsvorschlag eine wichtige Rolle.¹²⁰⁶ Allfällige Insolvenzantragspflichten sollten für die Dauer eines formellen Restrukturierungsprozesses aufgehoben sein, da ansonsten das erklärte Ziel gefährdet wäre.¹²⁰⁷

In einem eigenen Kapitel 5 befindet sich unter der Überschrift „Pflichten der Unternehmensleitung im Zusammenhang mit Verhandlungen über einen präventiven Restrukturierungsplan“ (*„Duties of directors in connection with negotiations on a preventive restructuring plan“*) eine – wie in der Gegenüberstellung in **Annex 4** ersichtlich – doch vielfach von Art 19 RIRL abweichende Bestimmung. Nach dem in diesem Kapitel befindlichen Art 18 müssen „Mitgliedstaaten besondere Vorschriften mit Pflichten für die Unternehmensleitung bei einer drohenden Insolvenz“ (*vicinity of insolvency*) erlassen, „die Anreize für eine frühzeitige Restrukturierung rentabler Unternehmen bieten.“¹²⁰⁸

Abgesehen von der Überschrift (Kapitel 5 der RIRL spricht wie in Pkt 2.9 gezeigt von Pflichten „bei einer wahrscheinlichen Insolvenz“) sticht im Vergleich zu Art 19 RIRL insb Art 18 lit a des Kommissionsvorschlags ins Auge, dass die Unternehmensleitung bei drohender Insolvenz „sofort Schritte einzuleiten [hat], um die Verluste für Gläubiger, Arbeitnehmer, Anteilseigner und sonstige Interessenträger zu minimieren“ (*„to take immediate steps to minimise the loss for creditors, workers, shareholders and other stakeholders“*). Auf Basis der in **Annex 4** gezeigten Gegenüberstellung ist zusätzlich im Vergleich Art 19 RIRL insb Folgendes zu bemerken:

¹²⁰⁴ KOM (2016) 723 endg, 4 (in Deutsch) u 3 (in Englisch).

¹²⁰⁵ Neben einer Änderung der Nummerierung wurden bis zur Verabschiedung insb sprachliche Inkonsistenzen (etwa in Bezug auf die deutsche Übersetzung von *likelihood of insolvency* mit „wahrscheinlicher“ statt „drohender“ Insolvenz) angepasst.

¹²⁰⁶ KOM (2016) 723 endg, 6 (in Deutsch u Englisch).

¹²⁰⁷ KOM (2016) 723 endg, 7 (in Deutsch) u 6 (in Englisch).

¹²⁰⁸ KOM (2016) 723 endg, 26 (in Deutsch) u 22 (in Englisch).

- Art 18 lit b ähnelt der in Art 19 lit a RIRL geregelten Pflicht zur Interessenberücksichtigung, jedoch *ohne* die Interessen der „Anteilsinhaber“ zu nennen.
- Art 18 lit c ähnelt der in Art 19 lit b RIRL geregelten Pflicht zur Insolvenzabwendung, verlangt aber „angemessene“ Schritte, spricht aber noch von keiner „Notwendigkeit“.
- Art 18 lit d ähnelt der in Art 19 lit c RIRL geregelten Pflicht zur Sicherstellung der Bestandsfähigkeit, spricht aber noch von „Rentabilität“ und noch von keiner „Notwendigkeit“.

Der dazugehörige ErwGr 36 des Kommissionsvorschlags ähnelt wie in **Annex 4** gezeigt ebenso sehr den schließlich in der RIRL befindlichen ErwGr 70 u 71. Auf die Abweichungen wird in den Folgenden Pkten noch einzugehen sein. Insb bemerkenswert ist, dass ErwGr 36 letzter Satz des Kommissionsvorschlags noch eine Aussage zum Begriff der Unternehmensleitung enthielt, zu welcher demnach diejenigen Personen gehören sollten, die für Entscheidungen über die Führung des Unternehmens zuständig sind (*persons responsible for taking decisions concerning the management of the company*).

Da Art 18 des Kommissionsvorschlags auf die drohende Insolvenz (*likelihood of insolvency*) Bezug nimmt, mag es weiters überraschen, dass ErwGr 36 zuerst Vorgaben bei Vorliegen finanzieller Schwierigkeiten (*financial difficulties*) macht, um dann später weitere Vorgaben an den Zeitpunkt der drohenden Insolvenz (*vicinity of insolvency*) zu knüpfen. Diese (auch noch in den ErwGr 70 u 71 RIRL enthaltene) zeitliche Differenzierung könnte implizieren, dass es nicht „nur“ um Pflichten bei einer wahrscheinlichen Insolvenz geht.

(c) Ruhen der Insolvenzantragspflicht

Wie bereits dargestellt, bedürfen die Verhandlungen über einen Restrukturierungsplan einer gewissen Stabilität, weswegen nach nationalem Recht bestehende Insolvenzantragspflichten unter gewissen Umständen ausgesetzt werden sollen. Der im Kommissionsvorschlag enthaltene Wortlaut zu Art 7 entspricht bereits weitestgehend dem finalen Wortlaut der RIRL (s auch die Gegenüberstellung in **Annex 5**).

Aus der Gegenüberstellung ergibt sich aber auch, dass ErwGr 19 des Kommissionsvorschlags noch mehrfach von ErwGr 38 u 39 RIRL abweicht. Auf die Abweichungen wird in den Folgenden Pkten noch einzugehen sein.

4.3.4.3. Stellungnahmen EWSA, Ausschuss der Regionen und EZB

Der EWSA begrüßte in seiner Stellungnahme¹²⁰⁹ die Initiative der EK, machte aber ua auch zu den Regelungen für Unternehmensleiter umfassende Anm, um den Arbeitnehmerschutz mehr hervorstreichen.¹²¹⁰ Der Ausschuss der Regionen begrüßte die Initiative ebenso, brachte aber keine im gegenständlichen Kontext relevanten Vorschläge.¹²¹¹

Auch die EZB begrüßte in ihrer Stellungnahme¹²¹² zwar die RL-Initiative, kritisierte aber, dass es weder ein ganzheitlicher Ansatz in Bezug auf die Harmonisierung der Insolvenzvorschriften in der EU noch ein Versuch zur Harmonisierung zentraler Aspekte des Insolvenzrechts (zB gemeinsame Definition des Insolvenzbegriffs) sei.¹²¹³ Das Konzept der *likelihood of insolvency* müsse noch stärker ausgearbeitet werden, da es für den Restrukturierungsrahmen entscheidend sei, und sollte nicht im freien Ermessen der MS liegen. Vielmehr sollten den MS weitere Vorgaben im Hinblick auf den Umfang und den Inhalt des Konzepts gemacht werden oder alternativ von der EK technische Standards eingeführt werden (*regulatory technical standards to be adopted by the Commission by means of delegated legislative powers*).¹²¹⁴

4.3.4.4. Reaktionen der Mitgliedstaaten

Von Seiten der MS wurden unzählige Stellungnahmen abgegeben,¹²¹⁵ wobei in der Folge nur auf die für die Arbeit wesentlichsten eingegangen wird. Zu den im Kommissionsvorschlag

¹²⁰⁹ Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 29. 3. 2017 zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU, ABl C 209/21.

¹²¹⁰ Stellungnahme EWSA ABl C 209/21, 22 ff. Wohl insb weil sich etwa in Art 11 RIRL und auch anderorts weitreichende Schutzvorschriften für Arbeitnehmer befinden, wurden diese aber im weiteren Prozess nicht weiter diskutiert.

¹²¹¹ Stellungnahme des Europäischen Ausschusses der Regionen, Förderung von Start-up und Scale-up-Unternehmen in Europa: die regionale und lokale Perspektive vom 12. 7. 2017 zu einem Vorschlag des Europäischen Parlaments und des Rates für eine Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU, ABl C 342/43.

¹²¹² Stellungnahme der Europäischen Zentralbank vom 7. 6. 2017 zu einem Vorschlag des Europäischen Parlaments und des Rates für eine Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU, ABl C 236/2.

¹²¹³ Während die EZB sich der mit einem solchen Unterfangen einhergehenden erheblichen rechtlichen und praktischen Herausforderungen bewusst war (insb weil die Entwicklung eines ganzheitlichen Ansatzes auch weitreichende Änderungen im Handels-, Zivil- und Gesellschaftsrecht erfordere), sei es dennoch erforderlich, ambitioniertere Maßnahmen zu ergreifen, um eine gemeinsame Basis für eine wesentliche Harmonisierung des Insolvenzrechts der MS zu schaffen. Dadurch könne man langfristig eine umfassendere Harmonisierung erreichen und zu einer gut funktionierenden Kapitalmarktunion beitragen; s Stellungnahme EZB ABl C 236/2.

¹²¹⁴ Stellungnahme EZB ABl C 236/2, 4.

¹²¹⁵ Insb Compilation of Member States' written comments on Article 1, Article 2(1)-(5) & (13)-(15) & Article 3-7 - Comments from CZ, DK, EL, IT, CY, LT, LU, NL, SE, UK vom 4. 5. 2017 (Dok 8774/17), consilium.europa.eu (Stand 4. 5. 2017) sowie Compilation of Member States' written comments on Article 2(6)-(12), Article 8-18 - Comments from DK, ES, HR, IT, CY, LT, LU, NL, FI, UK & SE vom 11. 10. 2017 (Dok 13121/17), consilium.europa.eu (Stand 11. 10. 2017) (beide nur auf Englisch verfügbar).

vorgesehenen Pflichten der Unternehmensleitung hagelte es wie nachfolgend dargestellt teils heftige Kritik:

- (a) Das Vereinigte Königreich wies hinsichtlich des Entfalls der Insolvenzantragspflicht in Art 7 zuallererst darauf hin, dass in dessen Rechtssystem zwar keine starre Antragspflicht bestehe, aber Unternehmensleiter dennoch im Einzelfall zur Antragstellung verpflichtet sein könnten. Durch diese Regelung würden bestehende Pflichten möglicherweise vermischt (*confusing the duties of directors*) und es bestehe die reale Gefahr (*real danger*) eines Spannungsverhältnisses zwischen der Ermutigung zu restrukturieren und drohenden Verlusten für Gläubiger.¹²¹⁶ Das Vereinigte Königreich sah ebenso Eingriffe in das nationale Unternehmensrecht und wäre für eine Streichung offen bzw würde ansonsten vorschlagen,
 - (i) die Definition des *directors* klarzustellen (die Frage sei hier va, ob auch Unternehmer erfasst sein sollen),
 - (ii) Widersprüche mit Art 7 Abs 1 auszuräumen,
 - (iii) zu berücksichtigen, dass die Interessen der verschiedenen Interessensträger im Widerspruch stehen könnten, was für Unternehmensleiter Unsicherheit mit sich bringe,
 - (iv) klarzustellen, dass es den MS überlassen sein soll, ob bzw wie Verstöße sanktioniert werden und
 - (v) Art 18 lit d dahingehend anzupassen, dass generell „*negligent*“ und nicht nur „*grossly negligent conduct*“ zu vermeiden sei, weil andererseits die Bestimmung so interpretiert werden könne, dass „einfach“ bzw „leicht“ fahrlässiges Verhalten zulässig wäre.¹²¹⁷
- (b) Auch die Niederlande wiesen darauf hin, dass Art 7 Abs 1 und Art 18 lit a des Kommissionsvorschlags ähnliche Regelungszwecke hätten und es daher gut wäre, deren Verhältnis klarzustellen. Dies insb, weil sich auch in den Niederlanden im Einzelfall eine Art Insolvenzantragspflicht ergeben könne, auch wenn diese nicht gesetzlich unmittelbar geregelt sei.¹²¹⁸ Diese äußerten auch große Bedenken (*major concerns*), weil Art 18 zu weit formuliert sei und in das Unternehmensrecht der einzelnen MS eingreifen könne, weswege sie es bevorzügen würden, diesen zu streichen bzw zumindest unverbindlich zu gestalten.¹²¹⁹

¹²¹⁶ Compilation vom 4. 5. 2017, 61.

¹²¹⁷ Compilation vom 11. 10. 2017, 99 f.

¹²¹⁸ Compilation vom 4. 5. 2017, 56.

¹²¹⁹ Compilation vom 11. 10. 2017, 94 f. Als Alternativformulierung schlagen die Niederlande folgende vor:

Drafting Suggestion

Article 18

- (c) Finnland sprach sich ähnlich wie die Niederlande ebenso für eine Streichung bzw zumindest eine deutliche Klarstellung aus (insb dahingehend, dass Art 18 nicht in gesellschaftsinterne Entscheidungsprozesse eingreifen dürfe).¹²²⁰
- (d) Italien schlug zB vor, Pflichten der Unternehmensleitung in Zusammenhang mit Art 3 des Kommissionsvorschlags und die dort geregelten *Early Warning Tools* zu setzen und Art 18 dorthin zu verschieben („*Duties of entrepreneurs and directors*“).¹²²¹
- (e) Dänemark kritisierte die Unbestimmtheit des Begriffs „*other stakeholders*“ in Art 18 lit a und b.¹²²²
- (f) Estland meinte, der Begriff „*directors*“ sollte aufgrund der zentralen Bedeutung von den MS selbst definiert werden.¹²²³
- (g) Zypern wies auf Widersprüchlichkeiten in der Formulierung und im Zusammenspiel zwischen den genannten verschiedenen Interessen hin.¹²²⁴
- (h) Schweden forderte, dass Art 18 mit den Frühwarnsystemen in Zusammenhang gebracht werden und aufgrund der Unterschiede in den einzelnen MS nicht zu streng, sondern eher als allgemeine Richtlinie geregelt werden sollte, und kritisierte überdies, dass das Verhältnis zwischen Art 18 und Art 32 (Anm: dieser behandelt das Verhältnis zum EU-Gesellschaftsrecht, s dazu oben Pkt 2.8) nicht klar bzw sogar widersprüchlich sei.¹²²⁵

4.3.4.5. Niebler-Bericht

Die wesentlichsten Änderungsanträge des EP sind im sog „Nieberl-Bericht“¹²²⁶ zusammengefasst, benannt nach der zuständigen Berichterstatterin *Angelika Niebler*.

- (a) *Likelihood of insolvency*

Member States shall lay down rules to ensure that, where there is a likelihood of insolvency, directors have due regard to the following obligations:

- (a) to take immediate steps to minimize the loss for the position of creditors, workers, shareholders and other stakeholders;*
- (b) to have due regard to [sic!] the interests of creditors and other stakeholders;*
- (c) the need to take reasonable steps to avoid insolvency;*
- (d) the need to avoid deliberate or grossly negligent conduct that threatens the viability of the business.*

¹²²⁰ Compilation vom 11. 10. 2017, 97 f.

¹²²¹ Compilation vom 4. 5. 2017, 17 f.

¹²²² Compilation vom 11. 10. 2017, 93.

¹²²³ Compilation vom 11. 10. 2017, 93.

¹²²⁴ Compilation vom 11. 10. 2017, 94.

¹²²⁵ Compilation vom 11. 10. 2017, 98 f.

¹²²⁶ Bericht des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments vom 21. 8. 2018 über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU (Dok A8-0269/2018) (Berichterstatterin *Angelika Niebler*), europarl.europa.eu (Stand 21. 8. 2018), im Folgenden **Nieberl-Bericht**.

Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit bei der Auslegung wird die folgende Definition des Begriffs „drohende Insolvenz“ in Art 2 Abs 1 vorgeschlagen.¹²²⁷

2a: „drohende Insolvenz“ eine Situation, in der der Schuldner nach nationalem Recht nicht zahlungsunfähig ist, doch tatsächlich und ernsthaft Gefahr läuft, künftig seine Schulden bei Fälligkeit nicht mehr begleichen zu können.

Dieser Formulierungsvorschlag entspricht der auch in den vorigen Kapiteln gemachten Beobachtung einer primär liquiditätsbezogenen Betrachtung. Wie bereits in Pkt 2.4 gezeigt, hat sich im Endeffekt aber weder diese noch eine andere Definition durchgesetzt.

(b) Rentabilität

Die ebenso im Niebler-Bericht enthaltenen Vorschläge des Ausschusses für Wirtschaft und Währung beschäftigten sich ua auch mit dem damals noch (anstelle von Bestandsfähigkeit) verwendeten Begriff der Rentabilität. Stattdessen sollte der Begriff der „Lebensfähigkeit“ verwendet werden, wonach als „lebensfähig“ „die Fähigkeit [gilt], nach Deckung sämtlicher Kosten, einschließlich Abschreibungen und Finanzierungskosten, eine prognostizierte Eigenkapitalrendite in angemessener Höhe zu erzielen“.¹²²⁸

(c) Pflichten der Unternehmensleitung

Das EP verlangte eine Erweiterung *und* Verschärfung der Pflichten und ebenso eine Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs.¹²²⁹ Im Änderungsantrag 75 des Niebler-Berichts wurde vorgeschlagen, die Pflichten nicht nur für die Unternehmensleitung, sondern auch für Unternehmer zu statuieren und das Nichterfüllen der Pflichten an strengere Vorgaben iZm der Entschuldung nach Titel III zu knüpfen. Weiters sollten in Art 18 lit b) die Interessen der „Arbeitnehmer“ aufgenommen werden, lt einer neuen lit ba) die Unternehmensleitung „all ihre Pflichten gegenüber Gläubigern, Arbeitnehmern, anderen Interessenträgern, dem Staat und den staatlichen Einrichtungen“ erfüllen und diese lt einer neuen lit da) „den Wert des Nettovermögens des Unternehmens nicht vorsätzlich“ vermindern.¹²³⁰ Im Änderungsantrag 33 wurden auch korrespondierende Anpassungen des ErwGr 36 vorgeschlagen.¹²³¹

Auch Änderungsanträge des Ausschusses für Wirtschaft und Währung zu Art 18 sind im Bericht enthalten, mit welchen ähnlich wie vom EWSA eine stärkere

¹²²⁷ Niebler-Bericht 42 (Änderungsantrag 44). Auf Englisch: *'likelihood of insolvency' means a situation in which the debtor is not insolvent under national law but in which there is a real and serious threat to the debtor's future ability to pay its debts as they fall due* (s in der englischen Version des Niebler-Berichts 36 f [Amendment 44], ebenso abrufbar unter europarl.europa.eu).

¹²²⁸ Niebler-Bericht 110 (Änderungsantrag 37)

¹²²⁹ So auch Demisch in *Morgen*, Restrukturierung Art 19 Rz 9 f.

¹²³⁰ Niebler-Bericht 65 (Änderungsantrag 75).

¹²³¹ Niebler-Bericht 33 f (Änderungsantrag 33).

Hervorhebung des Arbeitnehmerschutzes verlangt wurde.¹²³² Dasselbe gilt für den Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten.¹²³³

(d) Ruhen der Insolvenzantragspflicht

Hinsichtlich des Ruhens der Insolvenzantragspflicht wurde neben sprachlichen Anpassungen zu Art 6 Abs 1 des Kommissionsvorschlags¹²³⁴ insb verlangt die in Art 7 Abs 6 genannte Klarstellung, wonach Schuldner während der Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen Ansprüche von nicht betroffenen Gläubigern sowie Ansprüche im normalen Geschäftsgang erfüllen können, gestrichen wird.¹²³⁵ Wie in **Annex 5** ersichtlich, wurde dieser Passus zwar nicht gänzlich gestrichen, jedoch nahezu wortgleich in ErwGr 39 RIRL verschoben.

4.3.4.6. Allgemeine Ausrichtung des Rats

Während der im zweiten Halbjahr 2018 übernommenen österr Ratspräsidentschaft konzentrierte sich der Ratsvorsitz darauf, einen guten Kompromiss zu den bis dahin noch nicht ausverhandelten Titeln I (Allgemeine Bestimmungen), II (Präventive Restrukturierungsrahmen) und VI (Schlussbestimmungen) zu finden. Am 1. 10. 2018 wurde dementsprechend die deutschsprachige Allgemeine Ausrichtung des Rats (im Folgenden **AAR**) veröffentlicht.¹²³⁶

Die AAR stellt explizit einen Kompromisstext dar und zielte darauf ab, die Interessen des Schuldners, der Gläubiger und anderer Interessengruppen gleichermaßen zu berücksichtigen und einige wichtige Grundsätze zu harmonisieren, während gleichzeitig den MS genügend

¹²³² Niebler-Bericht 128 (Änderungsanträge 85-87).

¹²³³ Niebler-Bericht 179 (Änderungsantrag 58).

¹²³⁴ Niebler-Bericht 50 (Änderungsantrag 59). (1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Schuldner, die **nicht verpflichtet sind, Insolvenz anzumelden, und die** einen Restrukturierungsplan mit ihren Gläubigern aushandeln, eine Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen in Anspruch nehmen können, sofern und soweit eine solche Aussetzung zur Unterstützung der Verhandlungen über den Restrukturierungsplan notwendig ist **und unter der Voraussetzung, dass das Unternehmen aller Wahrscheinlichkeit nach vor einem Insolvenzverfahren bewahrt werden kann.**

¹²³⁵ Niebler-Bericht 55 (Änderungsantrag 64). Lt Ausschuss für Wirtschaft und Währung (S 119 [Änderungsantrag 61]) sollten Schuldner während einer Aussetzung hingegen noch weitere Möglichkeiten zukommen (Änderungen im Vergleich zum Kommissionsvorschlag hervorgehoben): (6) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass der Schuldner durch nichts **und zu keinem Zeitpunkt** daran gehindert wird, **Forderungen** von oder **Verbindlichkeiten** gegenüber nicht betroffenen Gläubigern **sowie** während der Aussetzung entstehende **Forderungen** betroffener Gläubiger im normalen Geschäftsgang zu **begleichen. Die Schuldner sind während dieses Zeitraums befugt, Transaktionen vorzunehmen, die im Interesse der Fortführung des Betriebs liegen.**

¹²³⁶ Allgemeine Ausrichtung des Rats vom 1. 10. 2018 (Dok 12356/18), eur-lex.europa.eu (Stand 1. 10. 2018). Bereits im Mai 2018 hat sich der Rat unter bulgarischem Vorsitz auf eine Partielle Allgemeine Ausrichtung zu den Titeln III (Entschuldung und Berufsverbote), Titel IV (Maßnahmen zur Steigerung von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren) und Titel V (Monitoring von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren) geeinigt (Partielle Allgemeine Ausrichtung des Rats vom 16. 5. 2018 [Dok 8830/18], data.consilium.europa.eu [Stand 16. 5. 2018]). Die für die gegenständliche Arbeit relevanten Änderungen wurden aber erst in der AAR getätigt.

Spielraum bei der Wahl ihres Ansatzes bei der Umsetzung bleibt.¹²³⁷ Spätestens mit der AAR war die RL also auch ausdrücklich von Flexibilität geprägt.¹²³⁸

(a) Begriff der Unternehmensleitung

Mit der AAR wurde der letzte Satz des ErwGr 36 aus dem Kommissionsvorschlag entfernt, der noch Aufschlüsse über eine Definition der Unternehmensleitung geben konnte (Anm: „Personen, die für Entscheidungen über die Führung des Unternehmens zuständig sind“, s bereits oben Pkt 4.3.4.2(b)). Gleichzeitig wurde in ErwGr 37 aE ergänzt, dass der Begriff Unternehmer im Sinne der RL *nicht* die „Stellung von Führungskräften oder Leitern von Unternehmen“ (*managers or directors*) betreffen solle (dies entspricht auch dem finalen Wortlaut der RIRL, s oben Pkt 2.9.1).

Dieser Ergänzung voraus ging eine Initiative der bulgarischen und der österr Ratspräsidentschaft, nach welcher in Art 2 Abs 2 klargestellt werden sollte, dass auch der Begriff des „*directors*“ von den MS selbst nach nationalem Recht zu definieren sei.¹²³⁹ Diesem Vorschlag wurde zwar nicht gefolgt, jedoch wurde bereits in der im Mai 2018 veröffentlichten Partiellen Allgemeinen Ausrichtung des Rats¹²⁴⁰ zur Begriffsbestimmung des Begriffs „Unternehmer“ der eben angeführte ErwGr vorgeschlagen.

(b) *Likelihood of insolvency*

Da eine Reihe von MS Bedenken hatte, dass der Restrukturierungsrahmen bei Schuldnern ohne Aussicht auf Rentabilität unnötige Verzögerungen bei der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mit sich bringen könnte, wurde in die AAR eine fakultative Rentabilitätsprüfung mitaufgenommen (s dazu auch ErwGr 17a und Art 4 Abs 1a AAR). Einig waren sich die MS aber, dass ein Schuldner bei „drohender Insolvenz“ (*likelihood of insolvency*) Zugang zu einem präventiven Restrukturierungsrahmen haben sollte.¹²⁴¹

Als neuer ErwGr 17b wurde die schon in der EuInsVO 2015 unter ErwGr 17 sowie auch in der finalen RIRL unter ErwGr 28 zu findende Klarstellung ergänzt, dass die MS auch nicht-finanzielle Schwierigkeiten in den Anwendungsbereich der RL mitaufnehmen können (s dazu bereits oben Pkt 2.4).

¹²³⁷ AAR 6.

¹²³⁸ So auch *Mohr*, INDat Report 8/2018, 20 (22).

¹²³⁹ Note from the Bulgarian Presidency and the incoming Austrian Presidency vom 16. 3. 2018 (Dok 7150/18), data.consilium.europa.eu (3, Stand 16. 3. 2018). Die zur vorgeschlagenen Definition gehörige FN 1 lautet wie folgt: „*The recitals [...] also clarify that this definition does not affect the position of managers or directors of companies, which should be dealt with by national law.*“

¹²⁴⁰ Partielle Allgemeine Ausrichtung des Rats vom 16. 5. 2018 (Dok 8830/18), data.consilium.europa.eu (Stand 16. 5. 2018).

¹²⁴¹ AAR 3.

Schließlich wurde in Art 2 Abs 2 der AAR in den lit a und b klargestellt, dass die Begriffe „Insolvenz“ und „drohende Insolvenz“ (*likelihood of insolvency*) iSd nationalen Rechts verstanden werden sollen.

(c) Pflichten der Unternehmensleitung

Art 18 des Kommissionsvorschlags wurde mit der AAR vorübergehend gestrichen und durch einen Platzhalter „(...)“ ersetzt (s auch **Annex 4**). Dies mag mit der von den MS geäußerten Kritik zu tun haben (s dazu bereits oben Pkt 4.3.4.4), mag aber auch überraschen, da kurz davor im Niebler-Bericht noch inhaltliche Änderungsvorschläge geäußert wurden (s oben Pkt 4.3.4.5). Etwas verwundern mag auch, dass nur die Bestimmung selbst entfernt wurde, das im Kommissionsvorschlag eigens für Art 18 vorgesehene Kapitel 5 aber geblieben ist, jedoch die Überschrift von „Pflichten der Unternehmensleitung im Zusammenhang mit Verhandlungen über einen präventiven Restrukturierungsplan“ auf „Pflichten der Unternehmensleitung bei einer drohenden Insolvenz“ (*Duties of directors where there is a likelihood of insolvency*) abgeändert wurde (s **Annex 4**).

Im dazu auch relevanten ErwGr 36 des Kommissionsvorschlags wurde dafür ergänzt, dass die von der Unternehmensleitung bei eintretenden finanziellen Schwierigkeiten zu setzenden Schritte dazu dienen sollten, „um Verluste möglichst gering zu halten und eine Insolvenz abzuwenden“ (danach folgt die bereits aus dem Kommissionsvorschlag bekannte Auflistung; s bereits oben Pkt 4.3.4.2(b)).

(d) Ruhen der Insolvenzantragspflicht

Die generellen Bestimmungen zur Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen wurden aufgrund teils erfolgter Kritik angepasst.¹²⁴² An den Bestimmungen zum Ruhen der Insolvenzantragspflicht änderte sich dadurch aber nichts.¹²⁴³

Es wurde aber ein neuer ErwGr 21 ergänzt, um klarzustellen, dass die MS das Ruhen der Insolvenzantragspflicht nicht nur bei einer allgemeinen (alle Gläubiger betreffenden) Aussetzung von Vollstreckungsmaßnahmen vorsehen sollten, sondern auch, wenn nur eine partielle Aussetzung gewährt wird.¹²⁴⁴

4.3.4.7. Kompromisstext vom 17. 12. 2018

Ende 2018 und daher pünktlich vor Ablauf der österr Ratspräsidentschaft war scheinbar der Durchbruch erzielt, und ein finaler Kompromisstext wurde als Ergebnis des Trilogs

¹²⁴² AAR 4 f.

¹²⁴³ Lediglich Art 7 Abs 6 des Kommissionsvorschlags wurde wie in **Annex 5** ersichtlich sprachlich geringfügig angepasst.

¹²⁴⁴ AAR 4 f.

veröffentlicht.¹²⁴⁵ Die bereits in der AAR in den meisten Bereichen vorgenommenen Änderungen befinden sich auch in diesem Kompromisstext.

Bemerkenswerte Änderungen erfolgten aber iZm den Pflichten der Unternehmensleitung. Die Pflichtenregelung in Art 18 kehrte in den RL-Text zurück, jedoch in deutlich abgewandelter und nahezu mit der verabschiedeten englischsprachigen Fassung des Art 19 RIRL identischen Form (s dazu auch **Annex 4**). Folgendes ist dabei hervorzuheben:

- Der Wortlaut der Bestimmung weicht nicht nur beträchtlich vom Kommissionsvorschlag, sondern auch von den insb im Niebler-Bericht genannten Änderungsvorschlägen ab.¹²⁴⁶ Die Überschrift zu Kapitel 5 blieb im Vergleich zum Kommissionsvorschlag aber unverändert (anders als noch in der AAR [s zuvor Pkt 4.3.4.6(c)], wo die Überschrift geändert, aber die Bestimmung selbst gestrichen war).
- Wohl infolge der von den MS geäußerten Kritik zum Verhältnis zum Ruhen der Insolvenzantragspflicht (Art 7) und jenem zu den Pflichtenregimen in einzelnen MS (s oben Pkt 4.3.4.4) wurde lit a des Kommissionsvorschlages („sofort Schritte einzuleiten, um die Verluste für Gläubiger, Arbeitnehmer, Anteilseigner und sonstige Interessensträger zu minimieren“) gestrichen. Die schon zuvor mit der AAR in ErwGr 36 ergänzte Vorgabe zur Verlustvermeidung (s zuvor Pkt 4.3.4.6) befindet sich aber auch im Kompromisstext.
- Art 18 lit b nannte *nach* den Gläubigern und anderen Interessenträgern nunmehr auch Anteilsinhaber (*equity holders*).
- In ErwGr 36 aE wurden schließlich noch bedeutsame Ergänzungen getätigt, die wohl ebenso der vielfach geäußerten Kritik geschuldet waren (Hervorhebungen durch den Autor):¹²⁴⁷

*„Die Mitgliedstaaten sollten die entsprechenden Bestimmungen der vorliegenden Richtlinie **umsetzen können**, indem sie sicherstellen, dass Justiz- oder Verwaltungsbehörden bei der **Beurteilung, ob ein Mitglied der Unternehmensleitung für Verletzungen der Sorgfaltspflicht haftbar zu machen ist, die Bestimmungen dieser Richtlinie zu den Pflichten der Unternehmensleitung berücksichtigen**. Diese Richtlinie zielt **nicht** darauf ab, eine **Rangfolge zwischen den verschiedenen Parteien festzulegen**, deren Interessen gebührend berücksichtigt werden müssen. Die Mitgliedstaaten sollten jedoch in der Lage sein, eine solche Rangfolge festzulegen. Diese **Richtlinie sollte die***

¹²⁴⁵ Council Confirmation of the final compromise text with a view to agreement vom 17. 12. 2018 (Dok 15556/18), consilium.europa.eu (Stand 17. 12. 2018) (nur auf Englisch verfügbar).

¹²⁴⁶ Insb der geforderten Stärkung des Arbeitnehmerschutzes in Art 18 wurde nicht gefolgt. Dies bedeutet aber keineswegs, dass Arbeitnehmerrechte in der RIRL nicht geschützt werden (s insb Art 13 RIRL).

¹²⁴⁷ Der diesbezügliche englische Originalwortlaut des Kompromisstextes vom 17. 12. 2018 entspricht dem englischen Wortlaut in ErwGr 71 RIRL, weswegen hier bereits die diesbezügliche deutsche Übersetzung wiedergegeben wird.

nationalen Vorschriften der Mitgliedstaaten über die Entscheidungsprozesse in einem Unternehmen unberührt lassen.“

4.3.4.8. Standpunkt des EP bei erster Lesung vom 28. 3. 2019

Nachdem wie es scheint während der österr Ratspräsidentschaft die letzten Stolpersteine aus dem Weg geräumt werden konnten, wurde – unter rumänischer Ratspräsidentschaft – die nunmehrige RIRL vom EP am 28. 3. 2019 in erster Lesung nahezu wortgleich zum Kompromisstext aus Dezember 2018 angenommen.¹²⁴⁸

Großteils erfolgten nur noch Anpassungen bei der Nummerierung (ErwGr 36 wurde in die ErwGr 70 und 71 aufgeteilt) sowie sprachlicher Natur, wonach etwa beim deutschen RL-Text die Übersetzungen der Begriffe *likelihood of insolvency* (nunmehr übersetzt als „wahrscheinliche“ statt „drohende Insolvenz“)¹²⁴⁹ oder *viability* („Bestandsfähigkeit“ statt „Rentabilität“) noch geändert wurden.

Ein infolge der Triloggespräche von *Pavel Soboda* im Namen des EP Rechtsausschusses eingebrachter Änderungsantrag 109 brachte aber doch noch Änderungen zu Art 18 (s **Annex 4**).¹²⁵⁰

- Einerseits wurden die Überschrift von Kapitel 15 nun auf „Pflichten der Unternehmensleitung“ und die Nummerierung auf Art 19 geändert. Weiters wurde der Einleitungssatz geringfügig sprachlich angepasst, jedoch ohne dessen Gehalt zu verändern.
- Andererseits wurde lit a noch dahingehend geändert, dass die *equity holders* (Anteilsinhaber) anders als noch im Kompromisstext nun *vor* den *stakeholdern* genannt sind, sodass es nun heißt „*the interests of creditors, equity holders and other stakeholders*.“

Der Wortlaut des Art 18 entspricht der schließlich in Art 19 RIRL verabschiedeten Bestimmung.¹²⁵¹

¹²⁴⁸ Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung am 28. 3. 2019 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie (EU) 2019/... des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz), europarl.europa.eu (Stand 28. 3. 2019)

¹²⁴⁹ Siehe dazu auch *Jurgutyte-Ruez/Urthaler*, ZIK 2019, 91 (91 FN 5).

¹²⁵⁰ Bericht des Rechtsausschusses vom 21. 3. 2019 (Dok A8-0269/109), europarl.europa.eu (Stand 21. 3. 2019); s dazu auch *Demisch* in *Morgen*, Restrukturierung Art 19 Rz 6.

¹²⁵¹ Siehe auch *Demisch* in *Morgen*, Restrukturierung Art 19 Rz 6.

4.4. Zwischenfazit

Um Wiederholungen zu vermeiden, werden die Erkenntnisse aus der bisherigen Analyse gesammelt aE dieses Kapitels in Pkt 7 behandelt. Davor erfolgen noch zwei Exkurse zu *UNCITRAL* und zum englischen Recht.

5. Exkurs A: Vorarbeiten von *UNCITRAL*

5.1. *UNCITRAL* Guide IV zu Geschäftsleiterpflichten

Die wohl meist zitierte internationale Untersuchung zu Geschäftsleiterpflichten im Krisenzusammenhang ist der von der *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)* im Jahr 2019 bereits in zweiter Ausgabe veröffentlichte *Legislative Guide on Insolvency Law Part four*, der sich mit „*Directors' obligations in the period approaching insolvency*“ beschäftigt.¹²⁵²

In dem nur auf Englisch verfügbaren Guide untersucht *UNCITRAL* Pflichten von Entscheidungsträgern in Unternehmen im Vorstadium der Insolvenz (*those responsible for making decisions with respect to the management of an enterprise when that enterprise faces imminent insolvency or insolvency becomes unavoidable*).¹²⁵³ *UNCITRAL* nennt dabei die bereits mehrfach erwähnten zwei Hauptziele:

- Schutz legitimer Interessen von Gläubigern und sonstigen Stakeholdern (*protect the legitimate interests of creditors and other stakeholders*);
- Anreiz für frühzeitiges Handeln (*provide incentives for timely action to minimize the effects of financial distress experienced by the enterprise*).¹²⁵⁴

Genannt werden insb folgende zu untersuchende Schlüsselaspekte: Natur und Ausmaß der Pflichten (*the nature and extent of the obligations*), pflichtauslösender Zeitpunkt (*the time at which the obligation arise*), Personen, welche diesen Pflichten unterliegen (*the persons to whom the obligations would attach*), Haftung bei Pflichtverletzungen (*liability for breach of the obligations*), Durchsetzung der Pflichten (*enforcement of the obligations*), Verteidigungsmittel (*applicable defences*), Abhilfemaßnahmen (*remedies*), Berechtigte zur Anspruchsgeltendmachung (*the persons who may bring an action to enforce the obligations*) und (Prozess-)Finanzierungsfragen (*how those actions might be funded*).¹²⁵⁵ Betont wird

¹²⁵² *UNCITRAL*, Legislative Guide on Insolvency Law Part four: Directors' obligations in the period approaching insolvency (including in enterprise groups), uncitral.org (Second edition, Stand Juli 2019), im Folgenden **UNCITRAL Guide IV**; s dazu im internationalen Kontext auch *Wabl*, BULA 2019, 49 (58 ff) (noch zur ersten Ausgabe des Guides aus 2013, die aber mit Ausnahme der Ergänzung um Ausführungen zu Unternehmensgruppen mit der zweiten Ausgabe in den relevanten Pkten ident ist; zu Unternehmensgruppen wird in diesem Rahmen aus Platzgründen nicht gesondert Stellung genommen); generell zu aktuellen Arbeiten von *UNCITRAL* s auch *Pesendorfer*, ZIK 2020, 108.

¹²⁵³ *UNCITRAL* Guide IV 3.

¹²⁵⁴ *UNCITRAL* Guide IV 3.

¹²⁵⁵ *UNCITRAL* Guide IV 3.

ausdrücklich, dass es bereits in vielen Ländern geeignete Maßnahmen gäbe, um frühzeitiges Handeln und die Rettung und Sanierung von Unternehmen zu steigern. Bis dato sei aber wenig Fokus darauf gelegt worden, Anreize für Geschäftsleiter zu schaffen, um diese Optionen auch zu nutzen.¹²⁵⁶

Der Guide geht teilweise über die in der RIRL adressierten Aspekte hinaus. Für die gegenständliche Arbeit sind von den genannten Schlüsselaspekten primär

- die Pflichtadressaten,
- der pflichtauslösende Zeitpunkt und
- die Natur und das Ausmaß der Pflichten

entscheidend. Zusätzlich wird noch kurz auf die im Guide angesprochenen Haftungsfolgen und Fragen der Aktivlegitimation eingegangen, zu welchen die RIRL und die dazugehörigen Vorarbeiten aber wie gezeigt keine Regelungen enthalten.

Das in der RIRL weiters vorgesehene Konzept des Ruhens bestehender Insolvenzantragspflichten (Art 7 Abs 1 RIRL) wird von *UNCITRAL* nicht adressiert (s aber noch generell Ausführungen zu den Konzepten *wrongful trading* vs *duty to file* unten in Pkt 5.4).

5.2. Begriff des *directors* (*the persons to whom the obligations would attach*)

5.2.1. Generell

UNCITRAL betont, dass in den meisten Ländern als *director* theoretisch unterschiedliche Personen mit Pflichten iZm dem *management* und der *oversight of the company's operations* gemeint sein könnten. Genannt werden Anteilsinhaber (*owners of a company*), die formal bestellten Geschäftsleiter (*formally appointed directors*), faktische Geschäftsleiter (*de facto or shadow directors*) und Personen, an die Pflichten von den *directors* delegiert wurden.¹²⁵⁷

Eine weite Auslegung mag *UNCITRAL* auch Berater (*special advisers*) und in Einzelfällen sogar Banken und andere Kreditgeber (*banks and other lenders*) erfassen, wenn diese ein Unternehmen dabei beraten, wie mit finanziellen Schwierigkeiten umzugehen ist (*when they are advising a company on how to address its financial difficulties*). Als Beispiel wird zB genannt, wenn die Verlängerung eines Kredits mit Einleitung einer gewissen Maßnahme bedingt wird (hier wird aber auch festgehalten, dass Dritte im Normalfall *keinen* spezifischen Pflichten unterliegen sollten, wenn die *directors* die Möglichkeit haben, die Maßnahme

¹²⁵⁶ *UNCITRAL Guide IV 7* („While there has been an appropriate refocusing of insolvency laws in many countries to increase the options for early action to facilitate rescue and reorganization of enterprises, there has been little focus on creating appropriate incentives for directors to use those options.“)

¹²⁵⁷ *UNCITRAL Guide IV 18*.

abzulehnen und wenn der Dritte fremdüblich, in gutem Glauben und wirtschaftlich vertretbar handelt (*at arm's length, in good faith and in a commercially appropriate manner*)).¹²⁵⁸

Nachdem es keine universell anerkannte Definition der Person des *directors* gebe, nennt UNCITRAL folgende Charakteristika zur Abgrenzung des Begriffs:¹²⁵⁹

- (a) Als genereller Leitfaden kann eine Person als *director* angesehen werden, wenn diese verantwortlich für wesentliche Entscheidungen im Bezug auf die Führung des Unternehmens ist (*key decisions with respect to the management of a company*) oder diese faktisch tätigt.
- (b) Wesentliche Entscheidungen sind etwa das Festlegen der Unternehmensstrategie (*determining corporate strategy*), Risikopolitik (*risk policy*), Jahreshaushalt und Businesspläne (*annual budgets and business plans*), Überwachung der Unternehmensperformance (*monitoring corporate performance*), Beaufsichtigung größerer Investitionen (*overseeing major capital expenditure*), Überwachung von Corporate Governance Praktiken (*monitoring corporate governance practices*), Auswahl, Bestellung und Unterstützung der Performance des Vorstandsvorsitzenden (*selecting, appointing, and supporting the performance of the chief executive*), Sicherstellung der Verfügbarkeit ausreichender finanzieller Ressourcen (*ensuring the availability of adequate financial resources*), Umgang mit möglichen Interessenskonflikten (*addressing potential conflicts of interest*), Sicherstellung der Ordnungsmäßigkeit des Buchhaltungs- und Rechnungslegungssystems (*ensuring integrity of accounting and financial reporting systems*) und Verantwortung gegenüber den Interessensträgern für die Performance des Unternehmens (*accounting to the stakeholders for the organization's performance*).

Diese Charakteristika deuten primär auf ein Verständnis exekutiver Geschäftsleitungsorgane hin, inkludiert aber auch einzelne Hinweise auf die Rolle von Aufsichtsorganen.

5.2.2. Empfehlung

UNCITRAL empfiehlt, dass die Pflichten sowohl formal bestellte als auch faktische Geschäftsleiter (*de facto* oder *shadow directors*) treffen sollen und schlägt in Empfehlung 258 folgende Definition vor:¹²⁶⁰

258. *The law relating to insolvency should specify the person owing the obligations [...] which may include any person formally appointed as a director and any other person exercising factual control and performing the functions of a director.*

¹²⁵⁸ UNCITRAL Guide IV 19.

¹²⁵⁹ UNCITRAL Guide IV 19.

¹²⁶⁰ UNCITRAL Guide IV 19 (Recommendation 258).

5.3. Pflichtenauslöser (*the time at which the obligation arise*)

5.3.1. Generell

Guide IV beschreibt den relevanten Zeitraum als „*twilight zone*“, „*zone of insolvency*“ oder „*vicinity of insolvency*“. Es sei ein potentiell vages Konzept (*potentially imprecise concept*) und solle einen Zeitraum beschreiben, in dem sich die finanzielle Lage des Unternehmens derart verschlechtert, dass die Insolvenz bevorsteht (*imminent*) oder unvermeidbar ist (*unavoidable*). Als mögliche Zeitpunkte werden (i) die Stellung des Insolvenzantrags, (ii) der tatsächliche Insolvenzeintritt (*factually insolvent*) oder (iii) ein früherer Zeitpunkt, an dem der Insolvenzeintritt bevorsteht und der *director* dies wusste oder wissen musste, genannt.¹²⁶¹

5.3.2. Empfehlung

UNCITRAL hat sich für Variante (iii) und daher die frühestmögliche entschieden und folgende Empfehlung formuliert (Hervorhebungen und Einfügung durch den Autor):¹²⁶²

257. The law relating to insolvency should specify that the obligations [...] arise at the point in time when the [director] knew, or ought reasonably to have known, that insolvency was imminent or unavoidable.

5.4. Pflichteninhalt (*the nature and extent of the obligations*)

5.4.1. Generell

Grds wird betont, dass *directors* in der relevanten Phase damit konfrontiert seien, diejenige Strategie (*course of action*) zu wählen, die am besten dem Gesamtwohl des Unternehmens (*best serves the interests of the enterprise as a whole*) dient, und zwar unter Berücksichtigung der im Einzelfall bestehenden Interessen der relevanten Interessenträger (*having weighed the interests of the relevant stakeholders in the circumstances of the specific case*).¹²⁶³

Der Guide analysiert grds das Konzept einer Insolvenzantragspflicht (*obligation to commence insolvency proceedings*), eine damit zusammenhängende zivilrechtliche Haftung und das Unterbinden anfechtbarer Rechtshandlungen.¹²⁶⁴ In der Diskussion zwischen Insolvenzantragspflicht und *wrongful trading* gibt dieser Guide keine ausdrückliche Empfehlung ab, verweist aber auf den etwas älteren *Legislative Guide Part Two: Core provisions for an effective and efficient insolvency law*.¹²⁶⁵ Im Guide II äußert sich UNCITRAL mit bereits bekannten Argumenten (s etwa oben Pkt 3.6 zur LSE-Studie) eher skeptisch bezüglich einer fristgebundenen Insolvenzantragspflicht, da solche Pflichten

¹²⁶¹ UNCITRAL Guide IV 16 f.

¹²⁶² UNCITRAL Guide IV 18 (Recommendation 257).

¹²⁶³ UNCITRAL Guide IV 6.

¹²⁶⁴ UNCITRAL Guide IV 11 ff.

¹²⁶⁵ UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law Part Two: Core provisions for an effective and efficient insolvency law, uncitral.org (Stand 25. 6. 2004), im Folgenden **UNCITRAL Guide II**.

Schuldner uU zur Insolvenzantragstellung zwingen, obwohl ein Insolvenzverfahren noch gar nicht nötig sein könnte. Insolvenzantragspflichten könnten Schuldner davon abhalten, bessere Alternativen zur Überwindung der finanziellen Schwierigkeiten zu finden.¹²⁶⁶ Diese würden womöglich dazu führen, dass *directors* zur Haftungsvermeidung voreilig auch die Tätigkeit eines bestand- (*viable*) und noch überlebensfähigen (*could have survived*) Unternehmens einstellen.¹²⁶⁷

5.4.2. Empfehlung

Im Guide IV werden sodann folgende Empfehlungen ausgesprochen, die wie bereits in **Annex 6** ersichtlich in vielen Aspekten sehr an die teilweise wortgleichen englischsprachigen Formulierungen in der RIRL erinnern (s dazu bereits oben Pkt 2.9.3.1) (Hervorhebungen und Einfügungen durch den Autor):¹²⁶⁸

*The purpose of provisions addressing the obligations of **those responsible for making decisions concerning the management of a company** that arise when **insolvency is imminent or unavoidable** is:*

- (a) To **protect the legitimate interests of creditors and other stakeholders**;*
- (b) To ensure that those responsible for making decisions concerning the management of a company are **informed of their roles and responsibilities** in those circumstances; and*
- (c) To provide **appropriate remedies** for breach of those obligations, which may be enforced after insolvency proceedings have commenced.*

*Paragraphs (a)-(c) should be implemented in a way that does **not**:*

- (a) Adversely affect successful business reorganization;*
- (b) Discourage participation in the management of companies, particularly those experiencing financial difficulties; or*
- (c) Prevent the exercise of **reasonable business judgement** or the taking of **reasonable commercial risk**.*

[...]

The obligations

*255. The law relating to insolvency should specify that from the point in time referred to in recommendation 257, [directors] will have the obligations to have **due regard to the interests of creditors and other stakeholders and to take reasonable steps**:*

- (a) To **avoid insolvency**; and*

¹²⁶⁶ UNCITRAL Guide II 49 f.

¹²⁶⁷ UNCITRAL Guide IV 6.

¹²⁶⁸ UNCITRAL Guide IV 15 f (Recommendations 255-256).

(b) Where it is unavoidable, to minimize the extent of insolvency.

256. For the purposes of recommendation 255, **reasonable steps might include:**

(a) Evaluating the current financial situation of the company and ensuring proper accounts are being maintained and that they are up-to-date; being independently informed as to the current and ongoing financial situation of the company; holding regular board meetings to monitor the situation; seeking professional advice, including insolvency or legal advice; holding discussions with auditors; calling a shareholder meeting; modifying management practices to take account of the interests of creditors and other stakeholders; protecting the assets of the company so as to maximize value and avoid loss of key assets; considering the structure and functions of the business to examine viability and reduce expenditure; not committing the company to the types of transaction that might be subject to avoidance unless there is an appropriate business justification; continuing to trade in circumstances where it is appropriate to do so to maximize going concern value; holding negotiations with creditors or commencing other informal procedures, such as voluntary restructuring negotiations;

(b) Commencing or requesting the commencement of formal reorganization or liquidation proceedings.

5.5. Haftung (liability for breach of the obligations)

5.5.1. Generell

UNCITRAL spricht in diesem Zusammenhang von Nachteilen der Gläubiger, die aber über die Insolvenzmasse (*for the benefit of the insolvency estate*) im Interesse aller Gläubiger geltend zu machen seien (*for the benefit of all, rather than individual, creditors*).¹²⁶⁹ Wenn daher in Empfehlung 259 (s sogleich) von „loss of the creditors“ gesprochen wird, scheint dennoch eine gegenüber der Gesellschaft bzw der Insolvenzmasse bestehende „Innenhaftung“ gemeint zu sein (dies wird durch die in Pkt 5.6 dargestellten Empfehlungen bestätigt).

Ebenso betont UNCITRAL, dass eine allfällige Haftung mit dem tatsächlich verursachten Schaden/Nachteil beschränkt sein soll (s unten Empfehlung 260).¹²⁷⁰

5.5.2. Empfehlung

Im Guide IV werden sodann folgende Empfehlungen ausgesprochen (Hervorhebungen und Einfügungen durch den Autor):¹²⁷¹

Recommendations 259-261

[...]

Liability

¹²⁶⁹ UNCITRAL Guide IV 24.

¹²⁷⁰ Sog *punitive damages* wie sie etwa in den USA vorkommen, werden daher nicht empfohlen.

¹²⁷¹ UNCITRAL Guide IV 26.

259. The law relating to insolvency should specify that where **creditors have suffered loss or damage** as a consequence of the **breach of the obligations** in recommendation 255 the **person owing the obligations may be liable**.

260. The law relating to insolvency should provide that the liability arising from breach of the obligations in recommendation 255 is **limited to the extent to which the breach caused loss or damage**.

Elements of liability and defences

261. The law relating to insolvency should specify the elements to be proved in order to establish a breach of the obligations in recommendation 255 and that, as a consequence, creditors have suffered loss or damage; the party responsible for proving those elements; and specific defences to an allegation of breach of the obligations. Those **defences** may include that the **person owing the obligations took reasonable steps** of the kind **referred to in recommendation 256**.

5.6. Aktivlegitimation (*the persons who may bring an action to enforce the obligations*)

5.6.1. Generell

UNCITRAL diskutiert die Möglichkeit der Geltendmachung von Ansprüchen durch den Insolvenzverwalter, die Gesellschaft und (einzelne) Gläubiger. Was Gläubiger betrifft, wird wiederum unterschieden zwischen der Geltendmachung von „eigenen“ und von abgeleiteten Ansprüchen (*derivative actions*), die im Namen der Gesellschaft geltend gemacht werden.¹²⁷²

5.6.2. Empfehlung

Empfohlen wird ein prinzipielles Monopol des Insolvenzverwalters, jedoch sollen in Abstimmung mit oder anstatt diesem auch Gläubiger Ansprüche zu Gunsten der Insolvenzmasse geltend machen können.¹²⁷³

Conduct of actions for breach of the obligation

263. The law relating to insolvency should specify that the cause of action for loss or damage suffered as a result of the breach of the obligations in recommendation 255 **belongs to the insolvency estate and the insolvency representative has the principal responsibility for pursuing an action** for breach of those obligations. The law relating to insolvency may also **permit a creditor** or any other party in interest with the agreement of the insolvency representative to **commence such an action**. Where the insolvency representative does not agree, the creditor or other party in interest may seek leave of the court to commence such an action.

5.7. Zwischenfazit

Viele der von UNCITRAL getätigten Aussagen erinnern an die bereits weiter oben getätigte Aufarbeitung der europäischen Harmonisierungsbemühungen zu Geschäftsleiterpflichten im

¹²⁷² UNCITRAL Guide IV, 26 ff.

¹²⁷³ UNCITRAL Guide IV, 29 f (Recommendation 263).

Krisenzusammenhang (s dazu nur die Vergleichstabelle in **Annex 6**). Deren Bedeutung für die RIRL wird in Pkt 7 analysiert.

6. Exkurs B: Ein Blick nach England¹²⁷⁴

6.1. Vorbemerkung

Nach in England verbreiteter Ansicht kann die Möglichkeit der Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung die Pflichten von Geschäftsleitern erheblich beeinflussen.¹²⁷⁵ In der Krise könnten sich durch die beschränkte Haftung geschützte Anteilsinhaber demnach aus der Insolvenz „hinauszocken“ (*gamble their way out of insolvency*),¹²⁷⁶ weil sie in dieser Phase generell nichts mehr zu verlieren, aber alles zu gewinnen hätten.¹²⁷⁷ Geschäftsleiter sollten demnach in solchen Situationen nicht dazu verleitet werden, auf Drängen der Anteilsinhaber mit dem Geld der Gläubiger zu spielen (*directors do not have the right to gamble with the creditors' money*).¹²⁷⁸ Diesem Gedanken entspringt bereits der oben in Pkt B 3.4.2 angesprochene und stark vom englischen Recht mitgeprägte sog *shift of fiduciary duties* im Vorfeld der Insolvenz (s sogleich in Pkt 6.3).

Daneben sollen Geschäftsleiter ab einem gewissen Zeitpunkt, und im besten Fall möglichst frühzeitig alle Schritte setzen, um Verluste für Gläubiger zu minimieren (dies ist der Kerngedanke des *wrongful trading*, s unten Pkt 6.4). Eine formale, an eine bestimmte Frist gebundene Insolvenzantragspflicht kennt das englische Recht aber *nicht*.

Im Kontext dieser Arbeit wird lediglich ein Überblick über die vorgenannten Konzepte des englischen Rechts gegeben, die ähnlich wie *UNCITRAL* für ein besseres Verständnis und uU auch bei einer Auslegung der RIRL jedenfalls hilfreich erscheinen.¹²⁷⁹ Dass das englische Recht zumindest teilweise als Vorbild für die RIRL gedient haben könnte, wurde in der Lit bereits mehrfach betont.¹²⁸⁰

¹²⁷⁴ IZm der COVID-19 Pandemie beschlossene (temporäre) Änderungen und Erleichterungen des englischen Pflichtenregimes für Geschäftsleiter werden in dieser Arbeit nicht thematisiert.

¹²⁷⁵ Der Umstand, dass das Konzept der *limited liability* auch oft als Privileg bezeichnet wird, wurde in der Rsp jüngst aber kritisiert, s English Court of Appeal [2019] EWCA Civ 112, *BTI 2014 LLC v Sequana SA and others* Rz 151.

¹²⁷⁶ Auch „*gambling for resurrection*“. Der ökonomische Hintergrund und zahlreiche Studien dazu stammen insb auch aus dem amerikanischen Rechtsraum; s dazu nur Kuntz, ZIP 2021, 597 (600).

¹²⁷⁷ Dieses Argument lässt freilich Situationen, in denen etwa Anteilsinhaber auch mit ihrem Privatvermögen etwa für Gesellschaftskredite haften, außer Acht.

¹²⁷⁸ Siehe zu alle dem mwN Wabl, BULA 2019, 49 (53) sowie in den folgenden Pkten.

¹²⁷⁹ Eine weitergehende Gegenüberstellung zwischen dem österr und dem englischen Haftungsregime (inkl grafischen Illustrationen) bietet Wabl, BULA 2019, 49 (49 ff). Auf andere Haftungskonzepte wie etwa betrügerisches Verhalten (*fraudulent trading*), Berufsverbote (*disqualification orders*) oder sonstige Regelungen wird in diesem Rahmen nicht weiter eingegangen.

¹²⁸⁰ Nach Goetker in Flöther 273 (279) sei insb die ursprünglich in Art 18 lit a des Kommissionsvorschlags geregelte Verlustvermeidungspflicht als eine Konkretisierung der Sorgfaltspflichten der Geschäftsleiter nach Vorbild des englischen *wrongful trading* zu verstehen gewesen, und es sei daher davon auszugehen, dass sich die EK bei der Formulierung des Kommissionsvorschlags auch am englischen Recht orientiert habe. Selbst nach

6.2. Allgemeine duty to promote the success of the company

Sec 170 ff des englischen CA 2006 enthält ausf Regelungen zu den gegenüber der Gesellschaft geschuldeten *duties of directors*. Mit dem CA 2006 wurden diese zwar erstmals explizit gesetzlich normiert, in Sec 170 Abs 3 und 4 CA 2006 wird aber klargestellt, dass diese auf bereits bestehender Rsp (*common law*) und anerkannten Billigkeitsprinzipien (*equitable principles*) beruhen und auch nach diesen auszulegen sind.

In insgesamt sieben Bestimmungen werden sodann die *duty to act within powers* (Sec 171), *duty to promote the success of the company* (Sec 172), *duty to exercise independent judgement* (Sec 173), *duty to exercise reasonable care, skill and diligence* (Sec 174), *duty to avoid conflicts of interest* (Sec 175), *duty not to accept benefits from third parties* (Sec 176) und *duty to declare interest in proposed transaction or arrangement* (Sec 177) geregelt.¹²⁸¹ Die dahinterstehenden Prinzipien der Förderung des Unternehmenswohls, der Sorgfaltspflichten, der Treuepflicht und der Vermeidung von Interessenskonflikten sind auch dem österr Rechtsverständnis nicht fremd.¹²⁸²

Von Interesse für die gegenständliche Arbeit ist insb Sec 172 CA 2006, welche die Pflicht statuiert, stets zum Wohl des Unternehmens zum Nutzen der Gesamtheit der Anteilseigner zu handeln (*success of the company for the benefit of its members as a whole*). Gem Sec 172 Abs 1 lit b sind dabei aber ua (*amongst other matters*) auch Arbeitnehmerinteressen (*the interests of the company's employees*), gem lit c Vertragspartner (*the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others*), gem lit d öffentliche Interessen (*the impact of the company's operations on the community and the environment*) und gem lit e auch der Ruf des Unternehmens (*the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct*) mitzubersichtigen. Dieser Ansatz wird auch als sog *enlightened shareholder value approach* bezeichnet.¹²⁸³ Nicht explizit gelistet sind Gläubigerinteressen, die aber in der Unternehmenskrise durch den *shift of fiduciary duties* einen verstärkten Schutz genießen (s sogleich Pkt 6.3).

Die englische Jud erlegt Geschäftsleitern seit dem Fall *Charterbridge Corporation*¹²⁸⁴ sowohl einen subjektiven als auch einen objektiven Sorgfaltstest auf. Geschäftsleiter müssen im Rahmen ihres unternehmerischen Ermessens gutgläubig handeln und auf dieser Basis

Wegfall dieser Bestimmung mit der AAR (s dazu oben Pkt 4.3.4.6) seien diese Wertungen aufgrund der seit dem Kommissionsvorschlag nahezu unveränderten ErwGr 70 u 71 noch immer in der RIRL erhalten; nach *Lantos*, *euromex* 2018/73, 30, sei im gegenständlichen Kontext etwa die Essenz des englischen *wrongful trading* extrahiert und die Unternehmensführung innerhalb der EU dadurch gar vorhersehbarer gemacht worden; s zu alldem auch bereits *Wabl*, ZIK 2019, 178 (179).

¹²⁸¹ In der relativ jungen E English High Court of Justice [2020] EWHC 54 (Ch), *Re System Building Services Group Ltd* stellte das Gericht, dass diese Pflichten auch nach Einleitung eines formalen Insolvenzverfahrens (hier *creditors' voluntary liquidation* und *administration*) anwendbar bleiben.

¹²⁸² Ähnlich *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 10.

¹²⁸³ *W. Doralt*, Managerpflichten 49 f mwN; *Wabl*, BULA 2019, 49 (54 mwN).

¹²⁸⁴ English High Court of Justice [1970] Ch 62, *Charterbridge Corp Ltd v. Lloyds Bank Ltd*.

glauben dürfen, zum Wohl des Unternehmens zu handeln.¹²⁸⁵ Kann ein Geschäftsleiter das Gericht nicht von diesem subjektiven Kriterium überzeugen, wird ein objektiver Sorgfaltsmaßstab angelegt.¹²⁸⁶ Auch Sec 174 Abs 2 CA 2006 nennt im Rahmen der *duty to exercise reasonable care, skill and diligence* sowohl einen objektiven (*the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the functions carried out by the director in relation to the company*) als auch einen subjektiven Maßstab (*the general knowledge, skill and experience that the director has*).

Nachdem im englischen Recht keine derart weitreichenden und zwingenden Gläubigerschutzvorschriften wie hierzulande (zB strenge Kapitalerhaltungsvorschriften) bestehen,¹²⁸⁷ mag nach österr Rechtsverständnis gar der Eindruck entstehen, dass Gläubigerinteressen im englischen Recht va im „normalen“ Geschäftsgang nur unzureichend geschützt sind. W. Doralt betont aber, dass dies eher an einem unterschiedlichen Rechtsverständnis liege, da im englischen Recht sehr weitreichende und mit strengen Sanktionen versehene Transparenzvorschriften und umfassendere Sicherungsmöglichkeiten bestehen (s etwa den öffentlich zu registrierenden *fixed* und den *floating charge*), was viel an Eigenverantwortung in die Hände der Gläubiger lege.¹²⁸⁸

6.3. *Shift of fiduciary duties when the company is likely to become insolvent*

6.3.1. **Generell**

Die zuvor dargestellten allgemeinen Pflichten verlagern sich in der Krise hin zu den Gläubigern.¹²⁸⁹ Sec 172 Abs 3 CA 2006 lautet wie folgt: *The duty imposed by this section has effect subject to any enactment or rule of law requiring directors, in certain circumstances, to consider or act in the interests of creditors of the company*. Dem unterliegt der bereits einleitend dargestellte Gedanke, dass Anteilseigner in dieser Phase oft nichts mehr zu verlieren hätten¹²⁹⁰ und daher höheres Risiko nehmen würden, um wieder aus der Krise zu kommen. Gläubiger jedoch hätten Interesse daran, den vorhandenen Wert zumindest zu bewahren, um nicht weiter geschädigt zu werden. Gläubiger als nunmehr wirtschaftliche Eigentümer des Restwerts¹²⁹¹ sollten demnach davor geschützt werden, dass von Anteilseignern beeinflusste Geschäftsleiter versuchen, das Unternehmen mit erhöhtem

¹²⁸⁵ English High Court of Justice [1970] Ch 62 Rz 74, *Charterbridge Corp Ltd v. Lloyds Bank Ltd* (*whether an intelligent and honest man in the position of a director of the company concerned, in the whole of the existing circumstances, have reasonably believed that the transactions were for the benefit of the company*).

¹²⁸⁶ English High Court of Justice [1970] Ch 62 Rz 74, *Charterbridge Corp Ltd v. Lloyds Bank Ltd*; s dazu auch Wabl, BULA 2019, 49 (54 mwN).

¹²⁸⁷ So auch Klöhn, ZGR 2008, 110 (120), der das Netz spezieller Gläubigerschutzvorschriften in *Common Law*-Ländern als „grobmaschiger“ als zB in Deutschland bezeichnet.

¹²⁸⁸ W. Doralt, Managerpflichten 53 f mwN; diesem folgend Wabl, BULA 2019, 49 (54 mwN).

¹²⁸⁹ Generell dazu Wabl, BULA 2019, 49 (49, 54 mwN).

¹²⁹⁰ Dies sei insb eine Folge der beschränkten Haftung bei Kapitalgesellschaften (s Keay, MULR 2001, 315 [316 f]).

¹²⁹¹ Sog *residual value*, s Keay, IIR 2015, 142 (142 f).

Risiko aus der Krise zu „zocken“.¹²⁹² Diese Argumente erinnern sehr an die (auch vom englischen Recht mitinspierte) deutsche Diskussion (s dazu oben Pkt B 3.4.2).

6.3.2. Pflichtenauslöser

6.3.2.1. Der Insolvenzbegriff selbst

Das englische Recht kennt zwei Gründe für die materielle Insolvenz (*actual insolvency*), welche den österr Insolvenzgründen der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung in der Grundidee ähnlich sind.

Materielle Insolvenz nach österr Rechtsverständnis wird im Englischen als *inability to pay debts* übersetzt. In Sec 123 des IA 1986 wird dieser Begriff als Voraussetzung für eine sog gerichtliche *winding-up* Entscheidung (einer insolventen Liquidation ähnlich eines Konkurses) genannt, wobei mehrere Fälle zur *inability to pay debts* führen können, die neben rein formal angeknüpften Tatbeständen¹²⁹³ sowohl einen *cash flow test* als auch einen *balance sheet test* vorsehen. Zu beiden wurde von der Rsp im vielzitierten *Eurosail* Fall¹²⁹⁴ Stellung genommen, zu beiden geht die Rsp aber davon aus, dass deren exaktes Eintreten schwierig feststellbar ist.¹²⁹⁵

- (a) *Cash flow test*: Gem Sec 123 Abs 1 lit e IA 1986 ist ein Unternehmen als insolvent anzusehen (Hervorhebungen durch den Autor), „*if it is proved to the satisfaction of the court that the company is unable to pay its debts as they fall due*“. Abgestellt wird auf die andauernde Unfähigkeit, fällige Schulden zu bedienen. Es werden aber anders als hierzulande nicht nur die stichtagsbezogen, sondern auch die in absehbarer Zukunft (*reasonably near future*) fälligen Schulden mitberücksichtigt.¹²⁹⁶ Zentral ist hier die klare Differenzierung zwischen „*unable to pay its debts*“ als Überbegriff für alle Insolvenzgründe und „*unable to pay its debts as they fall due*“ als individuellen Insolvenzgrund der *cash flow insolvency*.
- (b) *Balance sheet test*: Sec 123 Abs 2 IA 1986 lautet wie folgt (Hervorhebungen durch den Autor): „*A company is also deemed unable to pay its debts if it is proved to the satisfaction of the court that the value of the company's assets is less than the*

¹²⁹² Siehe Gerner-Beuerle/Schuster, EBOR 2014, 192 (223), die argumentieren wie folgt: „*Consequently, shareholders are unlikely to be efficient decision-makers under these circumstances, as they do not have to internalise the costs of their decisions. Instead, they have an incentive to try to 'gamble' their way out of insolvency.*“

¹²⁹³ Anders als hierzulande gibt es auch einen rein formal angeknüpften Insolvenzeröffnungsgrund, wenn ein Gläubiger den Nachweis über einen sog „*statutory demand*“ erbringt, wonach ein Unternehmen eine nach dieser Bestimmung erhaltene formale Zahlungsaufforderung nicht binnen drei Wochen erfüllt hat (Sec 123 Abs 1 lit a IA 1986).

¹²⁹⁴ UK Supreme Court [2013] UKSC 28 = [2013] 1 WLR 1408, *BNY Corporate Trustee Services Ltd v Eurosail-UK 2007-3BL plc*, im Folgenden **Eurosail**.

¹²⁹⁵ English Court of Appeal [2019] EWCA Civ 112, *BTI 2014 LLC v Sequana SA and others*, Rz 218, im Folgenden **BTI v Sequana** (s dazu auch noch die Fallstudie im nächsten Pkt); jüngst ausf zu dieser E auch Kuntz, ZIP 2021, 597 (604 f).

¹²⁹⁶ *Eurosail*, Rz 37; Olivares-Caminal et al, Debt Restructuring² 21 ff; Wabl, BULA 2019, 49 (51).

amount of its liabilities, taking into account its contingent and prospective liabilities.“ Während dieser Wortlaut auf eine statische Überschuldungsprüfung hindeutet, wurde ähnlich wie bei der hierzulande bestehenden dynamischen Überschuldungsprüfung mit *Eurosail* aber klargestellt, dass die bilanzielle Betrachtung um eine Prognose zu ergänzen ist, in der beurteilt wird, ob die Gesellschaft in der Lage sein wird, alle aktuellen, zukünftigen und auch bedingten Schulden zu bedienen.¹²⁹⁷

6.3.2.2. *Likely to become insolvent*

(a) Generell

Gerade weil der zuvor dargestellte Zeitpunkt des Insolvenzeintritts oft schwierig festzustellen sei, seien lt englischer Jud bereits *vor-insolvenzliche* Pflichten gerechtfertigt.¹²⁹⁸ Der Wortlaut der Sec 172 Abs 3 CA 2006 lässt den relevanten Zeitpunkt aber offen. Der englische Gesetzgeber wollte vielmehr bewusst *keinen* spezifischen Zeitpunkt festlegen, sondern es mit *certain circumstances* belassen, und die weitere Entwicklung dem Recht bzw den Gerichten überlassen (*leave the law to develop in this area*).¹²⁹⁹

Die Schwierigkeit der Definition des relevanten Zeitpunkts wurde sowohl vor als auch nach Einführung des CA 2006 in der englischen Lit intensiv diskutiert.¹³⁰⁰ Von den Gerichten werden unterschiedliche Begriffe und Formulierungen verwendet (s dazu sogleich die Fallstudie zu *BTI v Sequana*). Nachdem Unsicherheit in diesem Bereich aus Sicht der Geschäftsleiter, aber auch aus Sicht potentieller Anspruchsinhaber (Insolvenzverwalter, Gläubiger etc) unbefriedigend ist, wurde in der Lit etwa vorgeschlagen darauf abzustellen, ob eine konkrete Entscheidung zur Insolvenz der Gesellschaft führen könnte.¹³⁰¹ Im bereits zitierten Fall *BTI v Sequana* hat sich das englische *Court of Appeal* erst jüngst sehr intensiv mit der Bestimmung Sec 172 Abs 3 CA 2006 und insb der Frage des Pflichteneintritts auseinandergesetzt.¹³⁰²

(b) Fallstudie: *BTI v Sequana*

¹²⁹⁷ *Eurosail*, Rz 48; *Olivares-Caminal et al*, Debt Restructuring² 27 ff; *Wabl*, BULA 2019, 49 (51).

¹²⁹⁸ *BTI v Sequana*, Rz 125 ff (mit ausf Darstellung des Zwecks und der Entstehung dieser Pflichten) sowie Rz 218.

¹²⁹⁹ Explanatory Notes to the Companies Act 2006, legislation.gov.uk (Rz 332, Stand 8. 11. 2006).

¹³⁰⁰ *Keay*, MULR 2001, 315; eine Auflistung bietet *Olivares-Caminal et al*, Debt Restructuring² Rz 1.14 mwN; s dazu auch *Wabl*, BULA 2019, 49 (50).

¹³⁰¹ *Keay*, MULR 2001, 315 (334) (*directors know, or can reasonably expect, that the action upon which they are going to embark could lead to the insolvency of the company*). Die englischen Gerichte setzen aber wohl an einen späteren Zeitpunkt an; das reine Risiko, dass etwa ungeplante Entwicklungen (*adverse effects*) zu einer insolvenzverursachenden Verbindlichkeit führen könnten, löst etwa laut English High Court of Justice, [2017] EWHC 28 (Ch) Rz 118, *Dickinson v NAL Realisations (Staffordshire) Ltd*, noch keinen *shift of fiduciary duties* aus; s dazu auch *Wabl*, BULA 2019, 49 [51]) sowie die gleich folgende Fallstudie zu *BTI v Sequana*.

¹³⁰² *BTI v Sequana*, Rz 218.

Sachverhalt¹³⁰³

Inhaltlich ging es um die Gesellschaft *Arjo Wiggins Appleton Limited* (im Folgenden **AWA**), die nach Einstellung des operativen Geschäftsbetriebs an ihre Gesellschafterin, die *Sequana SA* (im Folgenden **Sequana**), Dividenden über dreistellige Millionenbeträge (insgesamt EUR 578 Mio) auszahlte (die Zahlung erfolgte durch Aufrechnung mit einer Forderung, die AWA gegenüber Sequana hatte). Zum Zeitpunkt der Dividendenzahlung hatte AWA lediglich *eine* wesentliche Verbindlichkeit aus einer komplexen Serie an gesellschaftsrechtlichen Transaktionen, und zwar eine drohende Haftung iZm Schadenersatzansprüchen aus einer Flussverschmutzung in den USA.

Nach Aufrechnung der gruppeninternen Forderung gegenüber Sequana mit den Dividendenansprüchen waren einziges wesentliches Asset von AWA Ansprüche aus Versicherungspolizzen, die mit der drohenden Haftung zusammenhängten. Die Versicherungssumme war teils str. Zu diesem Zeitpunkt war auch die einzige Funktion von AWA, als Haftungsvehikel (*containment vehicle*) für diese drohende Haftung bestehen zu bleiben.¹³⁰⁴ Für die voraussichtliche Differenz zwischen den Ansprüchen gegenüber der Versicherung und der drohenden Haftung wurde ursprünglich eine bilanzielle Rückstellung iHv EUR 63 Mio eingestellt.

Vor der Dividendenausschüttung wurde ein Gutachten einer renommierten externen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft eingeholt, welches bestätigte, dass die Versicherungsansprüche aus damaliger Sicht ausreichen sollten (*best estimate*), um die voraussichtliche Haftung abzudecken. Aus diesem Grund wurde die bilanzielle Rückstellung vor der Dividendenausschüttung aufgelöst.

BTI 2014 LLC (im Folgenden **BTI**), ein später nicht befriedigter Gläubiger von AWA,¹³⁰⁵ klagte sowohl Sequana als auch die Geschäftsleitung von AWA (i) generell mit dem Argument, dass die Dividendenzahlung unzulässig und anfechtbar gewesen sei und (ii) argumentierte weiters, dass die Geschäftsleitung im Sinne von Sec 172 Abs 3 CA 2006 Gläubigerinteressen berücksichtigen hätte müssen und daher die Dividenden auch aus diesem Grund nicht auszahlen hätte dürfen.¹³⁰⁶ Zum Zeitpunkt der Dividendenauszahlung habe nämlich bereits ein *reales* und kein nur geringes Insolvenzrisiko (*real as opposed to a remote risk*) für AWA's Gläubiger bestanden.¹³⁰⁷

¹³⁰³ Der nachfolgende Sachverhalt wurde für die gegenständlichen Zwecke heruntergekürzt und teilweise leicht vereinfacht; der gesamte Sachverhalt ist zu lesen in *BTI v Sequana*, Rz 1-20.

¹³⁰⁴ *BTI v Sequana*, Rz 71 f.

¹³⁰⁵ Die Ansprüche gegen die Geschäftsleitung wurden BTI von AWA abgetreten.

¹³⁰⁶ *BTI v Sequana*, Rz 29-104.

¹³⁰⁷ *BTI v Sequana*, Rz 107, 213, 221.

Entscheidung

Im Verfahren hat sich zuallererst herausgestellt, dass die Bilanzen ordnungsgemäß erstellt und die Dividenden aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ausschüttungsfähig waren.¹³⁰⁸

Nachdem die Unterinstanz von *keiner* Haftung der Geschäftsleitung ausging, hat sich das *Court of Appeal* infolge eines von BTI erhobenen Rechtsmittels umfassend mit Sec 172 Abs 3 CA 2006 auseinandergesetzt und ging im Ergebnis ebenso von *keiner* Haftung aus.¹³⁰⁹

Für den für die gegenständliche Bestimmung relevanten Zeitpunkt wurden bereits viele verschiedene Formulierungen verwendet, wie etwa „*doubtfully solvent*“,¹³¹⁰ „*near-insolvent*“,¹³¹¹ „*on the verge of insolvency*“¹³¹² oder „*likely to become insolvent*“.¹³¹³ Es besteht grds Einigkeit darüber, dass der konkrete Zeitpunkt auf einer Einzelfallbasis zu beurteilen ist und unterschiedliche Formulierungen für unterschiedliche Situationen notwendig sein können.¹³¹⁴ In allen vor *BTI v Sequana* gerichtlich entschiedenen Fällen war aber soweit ersichtlich auf Basis des Sachverhalts tatsächlich bereits materielle Insolvenz (*actual insolvency*) gegeben, weswegen dort eine genauere Auseinandersetzung mit einem Zeitpunkt *davor* entfallen konnte.¹³¹⁵

Lt *Court of Appeal* kommen auf Basis der bisherigen Rsp vier Fälle in Frage, wann iSv Sec 172 Abs 3 CA 2006 Gläubigerinteressen zu berücksichtigen seien könnten.¹³¹⁶

- (i) „*Actual insolvency*“ iSv „*cash-flow*“ oder „*balance sheet insolvency*“;
- (ii) „*on the verge of insolvency*“ oder „*nearing*“ oder „*approaching insolvency*“;
- (iii) „*is or is likely to become insolvent*“ (als solches sei auch die Formulierung „*being of dubious insolvency*“ zu verstehen);
- (iv) „*a real, as opposed to a remote, risk of insolvency*“ (wie von BTI argumentiert).

Andere Formulierungen wie „*parlous financial state*“ oder „*financial difficulties*“ könnten lt Gericht in Kategorie (ii) und (iii) fallen, da diese etwas weniger als

¹³⁰⁸ *BTI v Sequana*, Rz 21-28.

¹³⁰⁹ *BTI v Sequana*, Rz 221.

¹³¹⁰ English High Court of Justice [2013] EWHC 2876 (Ch), *Re HLC Environmental Projects Ltd*.

¹³¹¹ English High Court of Justice [2006] EWHC 580, *The Liquidator of Wendy Fair (Heritage) Ltd v Hobday*.

¹³¹² English High Court of Justice [2003] BCC 885, *Colin Gwyer & Associates Ltd v London Wharf (Limehouse) Ltd*.

¹³¹³ New Zealand Court of Appeal [1985] 1 NZLR 242, *Nicholson v Permakraft (NZ) Ltd*.

¹³¹⁴ *BTI v Sequana*, Rz 175.

¹³¹⁵ *Ausf BTI v Sequana*, Rz 195.

¹³¹⁶ *BTI v Sequana*, Rz 213.

tatsächliche Insolvenz bedeuten würden, seien aber zu vage, um für einen Test herangezogen zu werden.

In *BTI v Sequana* wird aber mehrfach unterstrichen, dass die unterschiedlichen Tests gerade *nicht* automatisch dasselbe meinen. Der von BTI formulierte Zustand „*a real, as opposed to a remote, risk of insolvency*“ könne zB eintreten, obwohl die Gesellschaft nicht insolvent ist und auch nie insolvent wird. Dies sei daher etwa eine deutlich niedrigere Schwelle (*significantly lower threshold*) als zB die Formulierung „*on the verge of insolvency*“ oder „*likely to become insolvent*“.¹³¹⁷ Der von BTI argumentierte Zeitpunkt könne sogar dazu führen, dass von Geschäftsleitern bereits immer dann spezifische Pflichten verlangt werden, wenn langfristige Verbindlichkeiten bestehen, die im Falle des Scheiterns riskanter Entscheidungen möglicherweise nicht bedient werden können.¹³¹⁸ Der der Klage zugrunde gelegte Test würde dadurch signifikanten Einfluss auf das unternehmerische Verhalten haben¹³¹⁹ und entspreche daher *nicht* Sec 172 Abs 3 CA 2006 nach geltendem Recht.¹³²⁰

Nachdem Begriffe wie „*on the verge*“ oder „*imminent*“ einen statischen Charakter hätten („*temporal test*“) und indizieren könnten, dass die Insolvenz bereits kurz bevorstehe, seien in solchen Fällen hingegen in weiterer Zukunft liegende, aber bereits wahrscheinliche Insolvenzfälle nicht abgedeckt.¹³²¹ Aus diesem Grund wird in *BTI v Sequana* vertreten, dass die beste Formulierung für den pflichtenauslösenden Zeitpunkt die folgende sei: *directors know or should know that the company is or is likely to become insolvent*, wobei *likely* hier „als „*probable*“ zu verstehen sei.¹³²² Dieser Zeitpunkt habe lt Gericht im gegenständlichen Fall nicht vorgelegen.¹³²³

6.3.3. Pflichteninhalt

Selbst wenn wie vom englischen Recht vorgesehen bei *likelihood of insolvency* eine Anpassung des Pflichtenregimes erforderlich ist, ist auch hier eine Balance zwischen zulässigem unternehmerischem Risiko und schützenswerten Interessen nötig, damit Geschäftsleiter nicht zu risikofreudig, aber auch nicht zu risikoavers agieren.¹³²⁴ Ein zu signifikanter Einfluss auf das unternehmerische Verhalten ist dabei nicht erwünscht.¹³²⁵ Lt Rsp ist der zuvor in Pkt 6.2 genannte *Charterbridge Corporation Test* auch in diesem

¹³¹⁷ *BTI v Sequana*, Rz 176, 214.

¹³¹⁸ *BTI v Sequana*, Rz 122 (Sicht des Erstgerichts), Rz 199 ff.

¹³¹⁹ *BTI v Sequana*, Rz 201.

¹³²⁰ *BTI v Sequana*, Rz 215.

¹³²¹ *BTI v Sequana*, Rz 219.

¹³²² Dies sei mehr als die von der Jud für die Zulässigkeit eines *administration orders* geforderte Wahrscheinlichkeit (*BTI v Sequana*, Rz 220 mit Verweis auf die Jud zum englischen *administration* Verfahren).

¹³²³ *BTI v Sequana*, Rz 221.

¹³²⁴ Siehe etwa *Spindler*, EBOR 2006, 339 (349); *Keay*, CLJ 2005, 614.

¹³²⁵ Siehe die auch zuvor dargestellten Aussagen in *BTI v Sequana*, Rz 201, 215.

Zusammenhang anzuwenden,¹³²⁶ weswegen im Rahmen der Sorgfaltspflicht sowohl subjektive als auch objektive Kriterien zu berücksichtigen sind.

Ob in dieser Phase aber nur mehr Gläubigerinteressen oder nach wie vor (auch) die Interessen der Anteilseigner zu berücksichtigen sind, wird in der englischen Lit und Rsp nicht einheitlich beantwortet. *Keay* spricht sich mit ausf Begründung dafür aus, dass anders als bei materieller Insolvenz in dieser Phase sowohl Gläubiger- als auch Anteilsinhaberinteressen zu berücksichtigen sind.¹³²⁷ Bei materieller Insolvenz (*actual insolvency*) sind hingegen nach der Rsp nur mehr Gläubigerinteressen zu berücksichtigen.¹³²⁸

Diese in vielen Aspekten auch theoretische Diskussion sagt aber nichts darüber aus, was Geschäftsleiter inhaltlich zu tun haben. In der Lit wird eher vage vertreten, dass es darum gehe, die richtige Balance zwischen zu viel und zu wenig Risiko zu finden.¹³²⁹ Wiederum *Keay* hat versucht, einen generellen Leitfaden zu entwickeln und einen sog *Entity Maximisation Approach* (wohl am besten übersetzt als „Wertmaximierungsansatz“) vorgeschlagen, wonach Schritte zu setzen seien, mit denen der Wert der Unternehmenseinheit durch die Steigerung des gesamten Kapitalwerts (*net present value*) (und nicht nur des Eigenkapitals) maximiert wird („*maximising the total financial value of the firm and taking into account the sum of the various financial claims that are made on the company*“).¹³³⁰ Was dies im Einzelfall bedeutet, ist aber weitestgehend offen.¹³³¹

Auch die Rsp bleibt eher vage und zieht sich auf die spezifischen Fakten des jeweiligen Falles zurück, während gleichzeitig allgemeine Aussagen wie „Geschäftsleiter müssen den unternehmerischen Gürtel enger schnallen“ (*tightening the corporate belt*) verwendet werden.¹³³² Im bereits zuvor dargestellten Fall *BTI v Sequana* wurde die Anwendbarkeit der Sec 172 Abs 3 CA 2006 schon deswegen ausgeschlossen, weil die Gesellschaft noch nicht *likely to become insolvent* war. Ob die erfolgte Dividendenauszahlung inhaltlich eine Pflichtverletzung dargestellt hätte, musste das Gericht daher nicht behandeln.¹³³³

¹³²⁶ *Colin Gwyer & Associates Ltd v London Wharf (Limehouse) Ltd* [2003] B. C. C. 885, Rn 87; dazu auch *Wabl*, BULA 2019, 49 (54 mwN).

¹³²⁷ *Keay*, LQR 2014, 443 (454 ff) mit umfassender Analyse der relevanten Judikatur; s dazu auch *Wabl*, BULA 2019, 49 (54 mwN); offenlassend *BTI v Sequana*, Rz 221.

¹³²⁸ *BTI v Sequana*, Rz 221.

¹³²⁹ *Spindler*, EBOR 2006, 339 (349); *Wabl*, BULA 2019, 49 (54 mwN).

¹³³⁰ *Keay*, LQR 2014, 443 (459 f); *ders*, CLJ 2005, 614 (614).

¹³³¹ Krit dazu bereits *Wabl*, BULA 2019, 49 (54 f mwN).

¹³³² English High Court of Justice [2012] BCC 315, *Re Idessa (UK) Ltd (In Liquidation)* sub nom *Burke v Morrison*.

¹³³³ Gegenüber *Sequana* wurde aber einem Teil der Klage mit dem Argument eines Verstoßes gegen Sec 423 Abs 1 IA 1986 (*transactions defrauding creditors*, wozu insb *transactions at an undervalue* zählen) auch vor dem *Court of Appeal* stattgegeben (*BTI v Sequana*, Rz 71 f, 74, 89, 104); eine Haftung der Geschäftsleitung aus diesem Grund wurde von BTI erst im Rechtsmittelverfahren geltend gemacht und musste vom *Court of Appeal* daher nicht mehr beurteilt werden (es wurde aber betont, dass hier theoretisch eine Pflichtverletzung vorliegen könnte, s Rz 231 ff der E).

Inhaltlich befassten sich die Gerichte ansonsten mit nachfolgenden Fällen:¹³³⁴

- Im soweit ersichtlich überhaupt ersten relevanten Fall aus Australien *Walker v Wimborne*¹³³⁵ ging es um eine ungerechtfertigte gruppeninterne Zahlung iHv USD 10.000, wobei Personengleichheit bei den Geschäftsleitern herrschte. Die Haftung wurde bejaht, weil die Zahlung nicht im Interesse der zahlenden Gruppengesellschaft lag.¹³³⁶
- Im ersten dokumentierten Fall aus dem Vereinigten Königreich *Re Horsley & Weight Ltd*¹³³⁷ wurde lediglich *obiter dicta* auf das Konzept des *shift of fiduciary duties* hingewiesen. Inhaltlich ging es um die von einer solventen Gesellschaft an ihren pensionierten Geschäftsleiter geleistete Abschlagszahlung für eine Pensionspolizze iHv GBP 10.000 zu einem Zeitpunkt, als noch keine Krise absehbar war.
- Im vielzitierten Fall *West Mercia Safetywear Ltd v Dodd*¹³³⁸ ging es um Herrn *Dodd*, der *director* von *West Mercia* und ihrer 100 %igen Muttergesellschaft war. Die Muttergesellschaft hatte einen Kreditrahmen, der von Herrn *Dodd* persönlich garantiert wurde. *West Mercia* schuldete der Muttergesellschaft GBP 30.000. Als bereits beide Gesellschaften insolvent waren, ließ Herr *Dodd* (trotz ausdrücklich gegenteiliger Empfehlung externer Berater) GBP 4.000 von *West Mercia* auf den Kreditrahmen der Mutter überweisen, um den Kredit und seine persönliche Haftung zu verringern. Wenig überraschend wurde im Verfahren seine persönliche Haftung bejaht, weil er die Gläubiger von *West Mercia* schädigte.¹³³⁹
- Bei *Kinsela v Russell Kinsela Pty Ltd (in liq)*¹³⁴⁰ ging es um eine insolvente Gesellschaft, die ihren *directors*, die gleichzeitig auch sämtliche Gesellschaftsanteile hielten, zu deutlich unter Marktwert liegenden Mieten Immobilien zur Nutzung überlassen hatten.¹³⁴¹ Die *directors* argumentierten im Prozess insb damit, dass sie als Gesellschafter die Vermietung genehmigt hätten. Dies führte dazu, dass in diesem Urteil auch

¹³³⁴ Ebenso ausf zusammengefasst in *BTI v Sequana*, Rz 129 ff.

¹³³⁵ High Court of Australia 3. 3. 1976, [1975-1976] 137 CLR, *Walker v Wimborne*.

¹³³⁶ Aus der Begründung: „*fundamental principles that each of the companies was a separate and independent legal entity, and that it was in the duty of the directors of Asiatic to consult its interests and its interests alone in deciding whether payments should be made to other companies*“.

¹³³⁷ English Court of Appeal 30. 7. 1980, [1982] Ch 442, *Re Horsley & Weight Ltd*.

¹³³⁸ English Court of Appeal 19. 11. 1987, [1988] BCLC 250, *West Mercia Safetywear Ltd v Dodd*.

¹³³⁹ Aus der Begründung: „*made the transfer in disregard of the interests of the general creditors of this insolvent company*“.

¹³⁴⁰ New South Wales Court of Appeal [1986] 4 NSWLR 722, *Kinsela v Russell Kinsela Pty Ltd (in liq)*

¹³⁴¹ Aus der Begründung: „*this insolvent company in a state of imminent and foreseen collapse, entered into a transaction which plainly had the effect, and was intended to have the effect, of placing its assets beyond the immediate reach of its creditors*.“

klargestellt wurde, dass bei einer Pflichtenverlagerung zu den Gläubigern auch keine Entlastung durch die Anteilsinhaber möglich sein soll.¹³⁴²

- Bei *Facia Footwear Ltd v Hinchcliffe*¹³⁴³ wurden zu einem Zeitpunkt, als die Unternehmensgruppe in einem „*parlous financial state*“ war, von *Facia Footwear* (selbst „*in a very dangerous financial position*“) insgesamt GBP 10,7 Mio an andere in der Krise befindliche Gruppenunternehmen („*for the most part hopelessly insolvent*“) bezahlt, während Verhandlungen über Refinanzierungsvereinbarungen geführt wurden. Dazu wurde in der E zwar bejaht, dass in dieser Phase Gläubigerinteressen mitzubersichtigen waren, aber *keine* Haftung der *directors* angenommen, weil die Interessen der Gläubiger am besten dadurch geschützt worden wären, dass die Unternehmen fortgeführt und die Verhandlungen über eine Refinanzierung der Gruppe fortgesetzt werden.

Auch wenn Sec 172 Abs 3 CA 2006 einschlägig ist und Gläubigerinteressen zu berücksichtigen sind, werden die Pflichten weiterhin gegenüber der Gesellschaft und nicht den Gläubigern geschuldet.¹³⁴⁴ Im Falle einer Pflichtverletzung haftet der *director* daher gegenüber der Gesellschaft (Innenhaftung) für den verursachten Schaden, der idR durch den durch das pflichtwidrige Verhalten verursachten Verlust repräsentiert wird (*loss suffered by the company*) und daher auch kompensatorisch und nicht sanktionierend (*punitive*) ist.¹³⁴⁵

6.4. *Wrongful trading*

6.4.1. Generell

Im englischen Recht ist keine fristgebundene, an die materielle Insolvenz geknüpfte Insolvenzantragspflicht (wie zB § 69 Abs 2 IO) vorgesehen. Da nach englischem Verständnis eine solche Antragspflicht Geschäftsleitern die Möglichkeit nehme, sanierbare und daher lebensfähige Unternehmen ohne gerichtliches Insolvenzverfahren aus der Krise zu führen,¹³⁴⁶ sieht Sec 214 Abs 3 IA 1986 vielmehr einen *safe harbour* vor (s dazu sogleich Pkt 6.4.3).

Sec 214 IA 1986 untersagt *directors* das sog *wrongful trading* („gläubigerschädigende Geschäftspraktiken“) und zwar ab einem Zeitpunkt vor Eröffnung eines

¹³⁴² Aus der Begründung: „*It is, to my mind, legally and logically acceptable to recognise that, where directors are involved in a breach of their duty to the company affecting the interests of shareholders, then shareholders can either authorise that breach in prospect or ratify it in retrospect. Where, however, the interests at risk are those of creditors I see no reason in law or in logic to recognise that the shareholders can authorise the breach. Once it is accepted, as in my view it must be, that the directors' duty to a company as a whole extends in an insolvency context to not prejudicing the interests of creditors (Nicholson v Permakraft (NZ) Ltd and Walker v Wimborne) the shareholders do not have the power or authority to absolve the directors from that breach.*“

¹³⁴³ English High Court of Justice 30. 7. 1997, [1998] 1 BCLC 218, *Facia Footwear Ltd v Hinchcliffe*.

¹³⁴⁴ *BTI v Sequana*, Rz 119.

¹³⁴⁵ Mehr dazu in *Wabl*, BULA 2019, 49 (58 mwN).

¹³⁴⁶ So etwa *Davies*, EBOR 2006, 301 (313).

Insolvenzverfahrens, ab dem der *director* wusste oder wissen musste, dass es keine begründete Aussicht mehr gibt, das Insolvenzverfahren zu vermeiden.¹³⁴⁷

Ziel dieser Bestimmung ist, *directors* zu einem frühzeitigen Handeln vor Eintritt der materiellen Insolvenz zu bewegen und ihnen dabei gleichzeitig so viel Handlungsspielraum wie möglich zu geben.¹³⁴⁸ Gem Sec 214 Abs 6 IA 1986 stellt das Gesetz auf einen *balance sheet test* ab, obwohl in der Gesetzwerdung die Bezugnahme auf einen *cash flow test* empfohlen wurde (s zu beiden Tests bereits oben Pkt 6.3.2.1).¹³⁴⁹ In der Lit wird die Unbestimmtheit der Regelung kritisiert.¹³⁵⁰ Weiters sei es quasi unmöglich (*near impossible*), den relevanten Zeitpunkt festzustellen, was ein Grund dafür sei, warum es vergleichsweise wenig Gerichtsverfahren zu einer Haftung wegen *wrongful trading* gebe.¹³⁵¹

6.4.2. Pflichtenauslöser

(a) Generell

Durch die Formulierung „*know or ought to have concluded that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation*“ sollte ermöglicht werden, dass frühzeitig entsprechende Schritte gesetzt werden, die ein Insolvenzverfahren abwenden können. Obwohl dieses Prinzip aufgrund seiner als positiv wahrgenommenen Flexibilität und der Möglichkeit, frühzeitiges Handeln zu fördern, in der internationalen Diskussion gerne gelobt wird (s dazu bereits Pkt 5.4.1), zeigt nach der folgenden Fallstudie die Realität, dass diese Flexibilität auch zu einem (auch deutlich) späteren Handeln führen kann.

(b) Fallstudie: *Ralls Builders*

Sachverhalt

Im relativen jungen, die Geschäftsleiterhaftung wegen *wrongful trading* betreffenden Fall *Ralls Builders*¹³⁵² wurde vom englischen *High Court* festgestellt, dass bereits Ende Oktober 2009 „heavy“ *balance sheet insolvency* und Ende Juli 2010 sowohl *cash flow* als auch *balance sheet insolvency* gegeben waren. Das Unternehmen wurde

¹³⁴⁷ Arbeitsübersetzung des Originalwortlauts von Sec 214 Abs 2 lit b IA 1986, der auszugsweise wie folgt lautet (Hervorhebungen durch den Autor): „[...] at some time **before the commencement of the winding up of the company, that person knew or ought to have concluded that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation** [...]“ bzw „insolvent administration“ (s 246 ZB IA 1986).

¹³⁴⁸ Siehe den zur Kodifikation von Sec 214 IA 1986 führenden Bericht des von Sir *Kenneth Cork* geleiteten Reformkommittees, *Cork*, *Insolvency Law and Practice: Report of the Review Committee* (1982), Rz 1776-1777, im Folgenden **Cork-Report**; s auch *Keay*, NILQ 2014, 64 (64 ff); *Wabl*, BULA 2019, 49 (51 f).

¹³⁴⁹ Siehe dazu auch *Wabl*, BULA 2019, 49 (52) mwN zur Diskussion.

¹³⁵⁰ *Werdnik*, *Insolvency Intelligence* 2012, 81 (86).

¹³⁵¹ *Werdnik*, *Insolvency Intelligence* 2012, 81 (85); *Wabl*, BULA 2019, 49 (52); krit auch *Cook*, *Insolvency Lawyer* 1999, 99 (100).

¹³⁵² English High Court of Justice 11. 2. 2016, [2016] EWHC 243 (Ch) und 20. 7. 2016, [2016] EWHC 1812 (Ch), *Ralls Builders Ltd (In Liquidation)*, *Re*, wobei gegenständlich nur erstere E relevant ist, im Folgenden **Ralls Builders**; s eine umfassende Fallstudie in *Wabl*, BULA 2019, 49 (61 f mwN).

aber trotzdem noch bis Oktober 2010 (!) (und daher insgesamt ein Jahr ab festgestellter *balance sheet insolvency*) fortgeführt, weil die *directors* über den Sommer 2010 noch in Verhandlungen mit einem möglichen Investor standen, der aber zu keinem Zeitpunkt verbindliche Zusagen abgegeben hatte.¹³⁵³

Entscheidung

Trotzdem sah das *High Court* zumindest bis August 2010 keine Pflichtwidrigkeit, da bis dahin aus Sicht der *directors* eine Einigung mit dem Investor noch möglich gewesen sei („*no basis for a finding that [...] the Directors actually [...] knew that there was no reasonable prospect of a deal*“).¹³⁵⁴ Erst als sich auch danach nichts änderte, ging das Gericht von einer Pflichtwidrigkeit aus, da die *directors* nur mehr von „*hope and optimism*“ geleitet gewesen seien und keine vernünftige Aussicht mehr bestanden hätte, eine „*insolvent liquidation*“ zu vermeiden.¹³⁵⁵ In diesem Fall führte dieser Ansatz daher dazu, dass die Gesellschaft zwar trotz festgestellter *balance sheet insolvency* insgesamt ein Jahr und auch nach Eintritt der *cash flow insolvency* mehr als zwei Monate weitergeführt wurde, den *directors* aber erst im letzten Monat vor Insolvenzeröffnung eine Pflichtwidrigkeit (*wrongful trading*) vorgeworfen wurde (zu den Folgen s sogleich Pkt 6.4.3).

In einer insb auf den Fall *Ralls Builders* gestützten detaillierten Analyse der englischen *wrongful trading* Bestimmung habe ich dementsprechend schon an anderer Stelle eine Schwäche von Sec 214 IA 1986 darin identifiziert, dass nicht auf die Vermeidung eines Insolvenztatbestands (materielle Insolvenz), sondern auf „*insolvent liquidation*“ oder „*insolvent administration*“ abgestellt wird. Dadurch ist trotz vorliegender und im Einzelfall sogar gerichtlich festgestellter Insolvenz eine Weiterführung des Unternehmens möglich, was zu einer potentiell weitreichenden Rückverlegung des haftungsbegründenden Zeitpunkts führen kann.¹³⁵⁶ Der Umstand, dass *wrongful trading* eine Unternehmensfortführung auch über den Insolvenzeintritt hinaus rechtfertigen kann, hat auch schon die 2013 im Auftrag der EK erstellte LSE-Studie angemerkt (s oben Pkt 3.6).

6.4.3. Pflichteninhalt

Das englische Recht möchte *directors* mit einem *safe harbour* ermutigen, Sanierungsversuche zu unternehmen. Diese begehen demnach gem Sec 214 Abs 3 IA 1986 keine Pflichtverletzung, sofern das Gericht überzeugt ist, dass „*that person took every step*

¹³⁵³ *Ralls Builders*, Rz 187 (Die Feststellungen lauteten wie folgt: „*At no relevant time was there any realistic basis for concluding that the Company could, by trading alone, eliminate the huge hole [...] in its balance sheet, even assuming that the Company's creditors and the Bank would have been willing to give it the very extended time that it would have needed to do so.*“).

¹³⁵⁴ *Ralls Builders*, Rz 179.

¹³⁵⁵ *Ralls Builders*, Rz 216.

¹³⁵⁶ *Wabl*, BULA 2019, 49 (63 f).

with a view to minimising the potential loss to the company's creditors as [...] he ought to have taken.“ Auch wenn nach dem Wortlaut explizit der Verlust für Gläubiger zu minimieren ist, werden die diesbezüglichen Pflichten weiterhin gegenüber der Gesellschaft geschuldet, und Gläubiger können aus diesem Titel *keine* eigenen Ansprüche gegenüber einem *director* geltend machen.¹³⁵⁷

Die Regelung folgt dabei dem Prinzip, nicht zu sehr Druck auf *directors* auszuüben, die sich aufgrund der finanziellen Schwierigkeiten der Gesellschaft ohnehin bereits in einer schwierigen Lage befinden.¹³⁵⁸ Gem Sec 214 Abs 3 IA 1986 sind weiters wiederum sowohl ein subjektiver als auch ein objektiver Test für den anzulegenden Sorgfaltsmaßstab relevant.¹³⁵⁹ Während es sich jeweils um Einzelfallentscheidungen handelt, lassen Gerichte *directors* mitunter sehr große Freiheiten und ermöglichen in der kritischen Phase auch das Eingehen neuer Verpflichtungen, die Bezahlung „alter“ Verbindlichkeiten etc (s sogleich).¹³⁶⁰ In der Lit wurde versucht, ähnlich wie die von *UNCITRAL* entwickelten Empfehlungen (s oben Pkt 5.4.2) Leitfäden zu entwickeln, welche Schritte zur Haftungsvermeidung zu setzen sind.¹³⁶¹

Auch wenn der Gesetzeswortlaut (*loss to the company's creditors*) auf den Verlust der Gläubiger abstellt, kommt es auch hier idR auf den Verlust der Gesellschaft an (so sogleich die Ausführungen zu *Ralls Builders*).¹³⁶² Konzepte wie der hierzulande relevante Quotenschaden oder eine Unterscheidung zwischen Alt- und Neugläubigern (s dazu Pkt B 6.4) werden daher im englischen Recht nicht vordergründig diskutiert.¹³⁶³

An dieser Stelle ist noch einmal auf den bereits in Pkt 6.4.2(b) angesprochenen Fall *Ralls Builders* zurückzukommen. Dort führten die *directors* zwar bereits über ein Jahr während bestehender *balance sheet insolvency* das Unternehmen fort, agierten lt Gericht jedoch tatsächlich „nur“ in den letzten Wochen vor Insolvenzveröffnung pflichtwidrig. In dieser Phase wurden lt Urteilsfeststellungen (i) Forderungen iHv rund GBP 1,3 Mio einbringlich gemacht, (ii) damit eine besicherte Bank und alte wie neue unbesicherte Gläubiger bedient sowie schließlich (iii) neue Schulden eingegangen, die nicht bezahlt werden konnten.¹³⁶⁴ Die *directors* wurden trotzdem zu *keiner* (!) Ersatzzahlung verurteilt, weil sich lt Gericht während des *wrongful tradings* die bilanzielle Position des Unternehmens aufgrund eines kurzfristig erzielten Überschusses sogar verbessert habe und daher insgesamt kein Verlust erzielt worden sei¹³⁶⁵ (dabei wurde insb nicht beurteilt, ob insgesamt eine

¹³⁵⁷ *Keay*, LQR 2014, 443 (444 mwN); *Wabl*, BULA 2019, 49 (55 mwN).

¹³⁵⁸ *INSOL International*, Directors⁵ 4 FN 14; *Wabl*, BULA 2019, 49 (55 mwN).

¹³⁵⁹ *Wabl*, BULA 2019, 49 (55 mwN).

¹³⁶⁰ So etwa auch in *Ralls Builders*, s im Detail weiter unten.

¹³⁶¹ Mehr dazu in *Wabl*, BULA 2019, 49 (55 mwN).

¹³⁶² So auch *Wabl*, BULA 2019, 49 (58 mwN).

¹³⁶³ *Bachner*, EBOR 2004, 293 (310 ff); *Wabl*, BULA 2019, 49 (58 mwN).

¹³⁶⁴ *Ralls Builders*, Rz 133 ff.

¹³⁶⁵ *Ralls Builders*, Rz 260 u 279 („whatever other criticisms can be made of the manner in which the Directors conducted the business [...] such continued activity did not cause loss to the Company overall or worsen the position of the creditors as a whole.“).

Quotenverschlechterung stattgefunden hat). Das Gericht erkannte zwar, dass dies zulasten von Neugläubigern ging, dies konnte mangels gesetzlicher Regelung aber *keine* Haftung nach Sec 214 IA 1986 auslösen.¹³⁶⁶

6.5. Zwischenfazit

Auch viele der im englischen Recht vorhandenen Konzepte erinnern an die europäischen Harmonisierungsbemühungen zu Geschäftsleiterpflichten im Krisenzusammenhang. Zu den Vorarbeiten von *UNCITRAL* gibt es ebenso Überschneidungen. Die Bedeutung dieser Erkenntnisse für die RIRL wird sogleich in Pkt 7 analysiert.

7. Takeaways der EU-Harmonisierung im Insolvenzrecht

7.1. Generell

Auch die zur Verabschiedung der RIRL führenden Harmonisierungsarbeiten unterstreichen, wie sehr die EU und insb die EK ein gesamthafes und verschränktes Vorgehen für eine Modernisierung des Insolvenzrechts innerhalb der EU im Blick hatten und haben. Im Kontext der gegenständlichen Arbeit zeigt sich dies insb durch die Entwicklung des Konzepts der *likelihood of insolvency*, das wie in **Annex 3** ersichtlich nahezu gleichzeitig in die Vorarbeiten zur EuInsVO 2015 (s dazu oben Pkt 4.2.5) und zur RIRL (s dazu oben Pkt 4.3.1.2) Eingang gefunden hat.

Ebenso bestätigt sich die bereits aus den gesellschaftsrechtlichen Harmonisierungsinitiativen gewonnene Erkenntnis (s dazu oben Pkt 3.7), dass zu Geschäftsleiterpflichten aufgrund deren Charakter als Querschnittsmaterie nur schwer Einigkeit innerhalb der EU zu finden ist (s dazu nur die Kritik der MS oben in Pkt 4.3.4.4). Nicht zuletzt deswegen war die Verabschiedung von Art 19 RIRL bis zuletzt spannend und unsicher (s auch **Annex 4**).

Nicht nur die doch bemerkenswerte Ähnlichkeit der Formulierungen zwischen ErwGr 70 RIRL und dem *UNCITRAL Guide IV* (s **Annex 6**), sondern auch die zahlreichen Verweise im Zuge der europäischen Gesetzwerdung (s oben Pkt 4.2.3, 4.3.1.5, 4.3.2.2, 4.3.2.4 u 4.3.2.6) bestätigen, dass die Vorarbeiten *UNCITRAL*'s zumindest Inspiration für Teile der RIRL gegeben haben. Dasselbe gilt für das – wiederum *UNCITRAL* mitinspirierende (s insb oben Pkt 5.4) – englische Recht und die auch in die europäische Diskussion Eingang gefundenen Konzepte des *shift of fiduciary duties* und des *wrongful trading* (s oben Pkt 3.6, 3.7 u 4.3.1.5).

Nachdem diese beiden „Inspirationsquellen“ aber weder in der RIRL noch den dazugehörigen ErwGr angeführt werden, ist vor dem Hintergrund der oben in Pkt A 4.2

¹³⁶⁶ *Ralls Builders*, Rz 279 (nach dem Gericht war zwar die echte Sünde [„*real sin*“], dass bestehende Gläubiger bezahlt wurden, „*whilst leaving new creditors unpaid*“, was aber „*may be thought to be a shortcoming in the structure of section 214*“, jedoch dem Gesetzgeber überlassen bleibe [„*any such change would be for Parliament*“]).

beschriebenen unionsautonomen Auslegungsgrundsätze dennoch zweifelhaft, ob diese bei der Interpretation und Umsetzung der RIRL von den MS zwingend zu berücksichtigen sind. Selbst wenn diese als „Vorbildrecht“ anzusehen wären, wären diese aufgrund der nach den Trilogverhandlungen noch getätigten Änderungen (s nur **Annex 4**) wohl derart „verwässert“ worden, dass den MS noch immer ein sehr weiter Umsetzungsspielraum bliebe. Für eine funktionierende RL-Umsetzung im Bereich der Geschäftsleiterpflichten ist mE dennoch auch ein Verständnis der Konzepte *UNCITRAL*’s sowie des englischen Rechts nicht nur hilfreich, sondern auch notwendig.

Vor diesem Hintergrund können die nachfolgenden Erkenntnisse aus den vorerst in der RIRL „gegipfelten“ europäischen Harmonisierungsarbeiten gewonnen werden.

7.2. Unternehmensleitung

Im Vergleich zur RIRL (s oben Pkt 2.9.1) gab der Kommissionsvorschlag in ErwGr 36 noch mehr Aufschlüsse darüber, was unter dem Begriff der Unternehmensleitung verstanden werden sollte. Es sollte sich um Personen handeln, „die für Entscheidungen über die Führung des Unternehmens zuständig sind“ (s oben Pkt 4.3.4.2(b)). Mit der AAR wurde diese Definition aber entfernt und gleichzeitig in ErwGr 73 die bereits in Pkt 2.9.1 angesprochene negative Abgrenzung zum Begriff des „Unternehmers“ eingefügt (s Pkt 4.3.4.6(a), und zwar obwohl das EP die Pflichten in Art 19 auch auf die Unternehmer selbst ausweiten wollte, s oben Pkt 4.3.4.5(b)).

Ein Vorschlag zur Klarstellung, dass der Begriff der Unternehmensleitung nach nationalem Recht zu definieren sei, wurde nicht aufgegriffen (s oben Pkt 4.3.4.6(a)). Die kurz vor Verabschiedung noch getätigte Ergänzung in ErwGr 71 aE, dass die RIRL die nationalen Vorschriften der MS über die Entscheidungsprozesse in einem Unternehmen unberührt lassen (s oben Pkt 4.3.4.7), brachte aber erhebliche Flexibilität für die MS.

Aus der dargestellten Historie scheint klar hervorzugehen, dass Eingriffe in die gesellschaftsrechtlichen Regime der MS soweit als möglich vermieden werden sollten. Aus der Abgrenzung zu Unternehmern und auch aus den in Art 19 dargestellten Pflichten (zB der Verweis auf „Anteilsinhaber“ in lit a) liegt weiters nahe, dass die RIRL in diesem Zusammenhang Unternehmen als *eigene* Rechtsträger im Auge hat, die von zu diesem *verschiedenen* Personen geleitet werden (dafür spricht etwa auch Art 13 als eigene Regelung zu Anteilsinhabern). Unternehmer selbst bzw Einzelunternehmen scheinen mit „Unternehmensleitung“ daher nicht primär gemeint zu sein. Dies deckt sich auch mit den Erwägungen von *UNCITRAL*, in denen die Person des *directors* im Kontext von *companies/enterprises* und deren *owner* behandelt wird (s oben Pkt 5.1 u 5.2). Dasselbe gilt für das englische Recht, wo krisenbedingte *director’s duties* insb iZm haftungsbeschränkten Rechtsträgern diskutiert werden (s oben Pkt 6.1).

Da die RIRL aber auch Unternehmern, Einzelunternehmen oder Personengesellschaften zur Verfügung stehen kann (wenn von der Option zur Einschränkung auf juristische Personen gem Art 1 Abs 4 S 2 RIRL nicht Gebrauch gemacht wird) und Art 19 diese auch nicht aus

seinem Anwendungsbereich ausschließt, kann dem Begriff der Unternehmensleitung trotzdem ein flexibler, rechtsformübergreifender Regelungsgehalt zugeschrieben werden (s dazu noch unten Pkt D 5).

Trotz Wegfalls der noch in ErwGr 36 des Kommissionsvorschlags enthaltenen Definition scheint eindeutig, dass geschäftsführende Leitungsorgane wie Geschäftsführer und Vorstände von der Definition erfasst sind, sind es doch primär diese, welche die in Art 19 genannten Pflichten erfüllen können und müssen (dies deckt sich auch mit dem primären Begriffsverständnis von *UNCITRAL* in Pkt 5.2). Es scheint aber ebenso nicht ausgeschlossen, dass nicht nur solche, sondern etwa auch Aufsichtsorgane zur Unternehmensleitung zählen. Aufgrund der in ErwGr 71 aE getätigten Klarstellung sollte auch bei einer solchen Auslegung mE sichergestellt sein, dass *nicht* in die gesellschaftsrechtlichen Entscheidungsprozesse eingegriffen wird (die RIRL würde daher mE Aufsichtsorgane – davon ausgehend, dass dies nach dem jeweiligen Recht nicht in deren Zuständigkeitsbereich fällt – zB *nicht* dazu anhalten, *selbst* gem Art 19 lit b RIRL insolvenzabwendende Schritte einzuleiten, sondern vielmehr dazu, im Rahmen ihrer Überwachungspflichten auf die Einleitung solcher Schritte durch die Geschäftsleitung hinzuwirken) (s dazu noch unten Pkt D 5).

Da in der RIRL vielfach klar zwischen der Unternehmensleitung und Anteilsinhabern differenziert wird, sind schließlich Letztere ohne Hinzukommen weiterer Umstände (wie etwa einer faktischen Geschäftsleitung) mE nicht als Unternehmensleitung zu qualifizieren (auch dies deckt sich mit der Empfehlung *UNCITRAL* 's, s oben Pkt 5.2.2).

Im Ergebnis bleibt den MS bei der Reichweite des Begriffs der Unternehmensleitung erheblicher Umsetzungsspielraum. Eine Richtlinienwidrigkeit käme wohl nur dann in Betracht, wenn geschäftsführende Leitungsorgane von im persönlichen Anwendungsbereich des umgesetzten Restrukturierungsrahmens liegenden Unternehmen (wie etwa Geschäftsleiter von GmbH und AG) *nicht* miterfasst wären.

7.3. Wahrscheinliche Insolvenz

Aufgrund der mit der AAR (s oben Pkt 4.3.4.6(b)) in den RL-Text aufgenommenen Klarstellung in Art 2 Abs 2 lit a und b RIRL sind die Begriffe *insolvency* und *likelihood of insolvency* iSd nationalen Rechts zu verstehen.

Auch die Entwicklung der RIRL bestätigt aber das bereits iZm der EuInsVO 2015 gewachsene Konzept der *likelihood of insolvency*, welches „am Beginn“ durch ein Missbrauchsverbot und „am Ende“ durch einen zeitlichen Abstand zur Insolvenz abgesteckt ist (s oben Pkt 4.2.6). Zuallererst gemeint ist ein prognostisches, liquiditätsbezogenes Konzept, das *insolvency* als *cash-flow-insolvency* (im österr Verständnis also Zahlungsunfähigkeit) versteht (s insb die von der EK beauftragten Folgenabschätzungen oben Pkt 4.3.3.1 und den im Niebler-Bericht gemachten Definitionsvorschlag oben Pkt 4.3.4.5(a)). Folgt man diesem Verständnis, würde etwa eine „wahrscheinliche Überschuldung“ (nach österr Verständnis, s dazu oben Pkt 6.2.2.3) *nicht* der primären Idee

der *likelihood of insolvency* entsprechen. Der RIRL-Gesetzgeber wollte den MS aber gleichzeitig eindeutig Flexibilität einräumen, weswegen bereits die iZm dem Kommissionsvorschlag erstellten Folgenabschätzungen ein weites Verständnis von *likelihood of insolvency* als *preferred policy option* nannten, wonach auch eine Miteinbeziehung des gesamten finanziellen Zustands des Unternehmens (*complete financial position of the company*) und auch die Verwendung von Frühwarnsystemen möglich sein sollte (s dazu oben Pkt 4.3.3.1).

Jedenfalls sollte ein Restrukturierungsrahmen zur Verfügung stehen, bevor ein Schuldner nach nationalem Recht insolvent wird, „das heißt, bevor nach nationalem Recht die Voraussetzungen für die Eröffnungen eines Gesamtverfahrens erfüllt sind, das die Insolvenz des Schuldners voraussetzt und idR den vollständigen Vermögensbeschlagnahme gegen den Schuldner sowie die Bestellung eines Verwalters zur Folge hat“ (s ErwGr 24 RIRL). Auch UNCITRAL knüpft für die *duties of directors* an einen Zeitraum vor Insolvenzeintritt (*factually insolvent*) an, gibt ansonsten aber wenig weitere Aufschlüsse (s oben Pkt 5.3).

Eines scheint zumindest klar, nämlich dass „Insolvenz“ *nicht* mit „Insolvenzverfahren“ gleichzusetzen ist (dies wird dadurch bestätigt, dass letzterer Begriff in der RIRL über 30 Mal gesondert verwendet wird, s etwa ErwGr 4, 7, 12, Art 7 Abs 1, 3 u 7 etc). Es geht daher *nicht* darum, ob die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens wahrscheinlich ist, sondern um die (wahrscheinliche) Insolvenz als materiellen Zustand.

Trotz aller Flexibilität bleiben nämlich einige Fragen offen. Nicht nur **Annex 3** unterstreicht, dass sich in diesem Zusammenhang erhebliche sprachliche Inkonsistenzen durch die europäische Gesetzgebung gezogen haben. Auch nach der kurz vor RL-Verabschiedung erfolgten Anpassung im deutschsprachigen RL-Text von „drohender“ auf „wahrscheinlicher“ Insolvenz (s oben Pkt 4.3.4.8) verbleiben Inkonsistenzen und Unklarheiten. ErwGr 71 spricht noch immer von „Insolvenz droht“ (im Englischen in der AAR noch „*vicinity of*“ und nunmehr „*close to*“ statt „*likelihood of*“ *insolvency*, auch im Französischen etwa „*proche*“ statt „*probabilité*“ *de l’insolvabilité*), obwohl sich die dahinter stehenden Ausführungen offensichtlich auf Art 19 RIRL beziehen (s dazu noch in den folgenden Pkten). Nachdem im restlichen RL-Text durchwegs *likelihood of insolvency* in der jeweiligen Sprache verwendet wird, kann dem RIRL-Gesetzgeber aber mE wohl nicht unterstellt werden, dass hier etwas anderes als *likelihood of insolvency* gemeint ist.

Anders ist die Situation mit dem in ErwGr 70 verwendeten Begriff der „finanziellen Schwierigkeiten“ (*financial difficulties*), der wie in **Annex 3** ersichtlich bereits seit dem Kommissionsvorschlag unverändert blieb. Auch an diesen Begriff sind (zumindest nach ErwGr 70) Pflichten der Unternehmensleitung geknüpft. Dieser wird offensichtlich auch bewusst verwendet (er kommt in der RIRL über zwanzig Mal vor) und scheint etwas anderes als *likelihood of insolvency* zu bedeuten. Die beiden Begriffe werden mehrfach nebeneinander verwendet (s nur Art 1 Abs 1 lit a (Hervorhebungen durch den Autor): „Präventive Restrukturierungsrahmen, die Schuldner in *finanziellen Schwierigkeiten bei einer wahrscheinlichen Insolvenz* zur Verfügung stehen, um die Insolvenz abzuwenden und die Bestandsfähigkeit des Schuldners sicherzustellen“). Finanzielle Schwierigkeiten

scheinen dabei *früher* anzusetzen, und zwar zu einem Zeitpunkt, an dem „es sich als wahrscheinlich erweist, dass ihre Insolvenz abgewendet und die Bestandsfähigkeit ihrer Geschäftstätigkeit gesichert werden kann“ (ErwGr 24 RIRL). Um aber einen Missbrauch der Restrukturierungsrahmen zu verhindern, sollten die finanziellen Schwierigkeiten *auch* auf eine wahrscheinliche Insolvenz hinweisen (ErwGr 24 aE). Das unterschiedliche Begriffsverständnis wird auch durch ErwGr 28 bestätigt, in dem der (Anm: durch *likelihood of insolvency* begrenzte) Anwendungsbereich der RIRL auch auf Schuldner in *nicht*-finanziellen Schwierigkeiten erstreckt werden kann. Sowohl finanzielle als auch nicht-finanzielle Schwierigkeiten können daher zu einer *likelihood of insolvency* führen. Wird der Anwendungsbereich auf nicht-finanzielle Schwierigkeiten erstreckt, müssen die zu finanziellen Schwierigkeiten getroffenen Aussagen mE konsequenterweise sinngemäß auch für nicht-finanzielle gelten. Anders als bei wahrscheinlicher Insolvenz ist zusammenfassend die Insolvenz bei „nur“ (nicht-)finanziellen Schwierigkeiten demnach gerade noch *nicht* wahrscheinlich. Wahrscheinliche Insolvenz ist also im Vergleich zu finanziellen Schwierigkeiten ein „Mehr“, das im Konzept der *likelihood of insolvency* zur Missbrauchs-Vermeidung gefordert wird.

Seit dem in Pkt 6.3.2.2 dargestellten Fall *BTI v Sequana* scheint sich (zumindest iZm dem *shift of fiduciary duties*) schließlich auch das englische Recht nach lange bestehenden begrifflichen Inkonsistenzen an das europäische Recht „anzunähern“ und identifiziert „*likely to become insolvent*“ als pflichtenbegründenden Zeitpunkt. Abgesehen von der Klarstellung, dass nicht *jede*, sondern nur eine überwiegende (*probable*) Wahrscheinlichkeit pflichtauslösend sein kann, wird die aufgrund einer anzustellenden Einzelfallbetrachtung erforderliche Flexibilität des Konzepts hervorgestrichen (s Pkt 6.3.2.2(b) aE).

Insgesamt bleibt den MS bei der Umsetzung von *likelihood of insolvency* ein weiter Umsetzungsspielraum. Dies betrifft sowohl die inhaltliche Ausgestaltung als auch den dafür relevanten Prognosezeitraum. Die Grenze bilden aber die beiden zu Beginn dieses Abschnitts genannten Eckpfeiler, nämlich der Schutz vor Missbrauch sowie der geforderte Abstand zur materiellen Insolvenz (s auch bereits oben Pkt 4.2.6). Die MS dürfen die zuvor angeführten Erwägungen bei der RL-Umsetzung daher mE jedenfalls nicht gänzlich unberücksichtigt lassen.

Im Kontext der Pflichten der Unternehmensleitung könnte aufgrund des Gesagten schließlich nicht nur *likelihood of insolvency*, sondern mit „finanziellen Schwierigkeiten“ auch bereits ein früherer Zeitpunkt pflichtenauslösend sein (s dazu sogleich Pkt 7.4.3(b)). Einem Schuldner, der sich „nur“ in finanziellen Schwierigkeiten befindet, ist aufgrund des Gesagten aber (noch) *kein* Zugang zu präventiven Restrukturierungsrahmen möglich.

7.4. Pflichten bei wahrscheinlicher Insolvenz (Art 19 RIRL)

7.4.1. Generell

(a) Flexibilität bei der Umsetzung

Geschäftsleiterpflichten wurden erst zeitverzögert Teil der Gesetzgebung und wurden bis zum Schluss kontroversiell diskutiert. Ein starkes Momentum brachte Anfang 2016 die Leeds-Studie, die eindringlich auf die Bedeutung der Geschäftsleitung in Krisensituationen hinwies, und sich dabei auf die umfassenden Vorarbeiten in diesem Bereich wie insb die Erkenntnisse von *UNCITRAL* stützte (s oben Pkt 4.3.1.5.). Auch in den von der EK eingesetzten Experten- und Stakeholdergruppen wurde mehrfach auf die Vorarbeiten *UNCITRAL*'s Bezug genommen (s oben Pkt 4.3.2.).

Der damalige Art 18 war eine der am heftigsten kritisierte Bestimmung des Kommissionsvorschlags, und angeführt vom Vereinigten Königreich und den Niederlanden verlangten zahlreiche MS dessen Präzisierung, Entschärfung oder gar Streichung. Art 18 lit a des Kommissionsvorschlags enthielt noch eine Art Verlustvermeidungspflicht (s **Annex 4**), die im englischen Wortlaut an das englische *wrongful trading* erinnerte (s dazu oben Pkt 6.4). Nicht zuletzt deswegen äußerten das Vereinigte Königreich, aber auch die Niederlande starke Bedenken zum Verhältnis zwischen dem in Art 7 des Kommissionsvorschlags vorgesehenen Ruhen der Insolvenzantragspflicht und Art 18 lit a (dies va deswegen, weil diese Länder zwar keine explizite Insolvenzantragspflicht vorsehen, jedoch die bestehenden Regelungen im Einzelfall sehr wohl die Insolvenzantragstellung gebieten können, s zu den Reaktionen oben Pkt 4.3.4.4). Diese und andere Kritikpunkte führten dazu, dass die Pflichtenregelung zwischenzeitig in der AAR gänzlich gestrichen (s oben Pkt 4.3.4.6), und schließlich durch Streichung des zitierten Art 18 lit a, aber auch durch Adaptierungen und Ergänzungen in den dazugehörigen ErwGr deutlich entschärft wurde (s dazu auch auf die Gegenüberstellung in **Annex 4**).¹³⁶⁷ Anstatt sich in der schon lange geführten und tendenziell eher zu Ersterem ausschlagenden Diskussion zwischen *wrongful trading* und *duty to file* (s schon oben Pkt 3.7 zu den gesellschaftsrechtlichen Harmonisierungsinitiativen sowie Pkt 5.4.1 zu *UNCITRAL*) für eine Seite zu entscheiden, bietet die RIRL nun genügend Raum für beide Konzepte.

Die aufgrund der großteils allgemein gehaltenen Formulierungen schon flexible Bestimmung im Kommissionsvorschlag ist daher insgesamt im Laufe der Gesetzgebung noch flexibler geworden. Insb die zuletzt in ErwGr 71 eingefügten Ergänzungen (s oben Pkt 4.3.4.7) zeigen deutlich, wie sehr der RIRL-Gesetzgeber um die Einräumung möglichst großer Flexibilität bemüht war.

¹³⁶⁷ So auch *Demisch in Morgen*, Restrukturierung Art 19 Rz 9 mwN.

(b) Einbettung in das gesellschaftsrechtliche Haftungsregime

Weiters ist zu beobachten, dass die RIRL auch bei wahrscheinlicher Insolvenz an den Grundsätzen der gesellschaftsrechtlichen Leitungsverantwortung nicht rütteln will. Dies bestätigt ErwGr 70 bereits einleitend im ersten Satz, wonach zur Förderung präventiver Restrukturierung und *va* zur Verbesserung der Aussichten auf eine Restrukturierung potentiell bestandsfähiger Unternehmen *vertretbare Geschäftsentscheidungen (reasonable business judgment)* und *vertretbare wirtschaftliche Risiken (reasonable commercial risk)* nicht nur zulässig sind, sondern Unternehmensleitungen davon auch nicht abgehalten werden sollen (nahezu exakt dieselbe Formulierung wählte *UNCITRAL* zur Beschreibung des Zwecks solcher Pflichten, s oben Pkt 5.4.2). Auch wenn ErwGr 70 u 71 RIRL sodann bei finanziellen Schwierigkeiten und bei drohender (richtig wohl „wahrscheinlicher“) Insolvenz besondere Vorgaben machen, bleibt es beim gesellschaftsrechtlichen Haftungsregime und diese Vorgaben sollten nach der RIRL in selbiges eingebettet werden (s ausdrücklich ErwGr 71, wonach die MS die diesbezüglichen RL-Vorgaben dadurch umsetzen sollen können, dass sichergestellt wird, dass Gerichte dies bei der Beurteilung möglicher Sorgfaltspflichtverletzungen mitberücksichtigen). Für das österr Recht bedeutet dies mE nichts anderes als eine Einbettung in die allgemeinen und am Unternehmenswohl ausgerichteten gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltspflichten und die BJR (s dazu zusammengefasst oben Pkt B 10).

Wie bereits erwähnt macht die RIRL keine Aussagen dazu, wem gegenüber die Pflichten des Art 19 geschuldet werden und wem gegenüber die Unternehmensleitung bei Pflichtverletzungen haften soll. Aufgrund des eben Gesagten liegt aber nahe, dass die Pflichten auch weiterhin gegenüber dem Unternehmen bestehen und es bei einer Innenhaftung bleiben soll. Dafür sprechen auch die Empfehlungen *UNCITRAL's* (s oben Pkt 5.4.2 u 5.5.2) sowie das englische Recht, wo es nicht nur bei einem *shift of fiduciary duties* (s oben Pkt 6.3.3 aE), sondern sogar beim *wrongful trading* (s oben Pkt 6.4.3) bei einer Haftung gegenüber der Gesellschaft bzw der Insolvenzmasse bleibt. Dafür, dass mit Art 19 RIRL eine Außenhaftung intendiert war, bestehen mE hingegen *keine* Anhaltspunkte.

(c) *Safe harbour*

Im Vergleich zu den in Art 19 RIRL enthaltenen Pflichtenbestimmungen selbst, sind die in den ErwGr 70 u 71 aufgezählten Schritte deutlich detaillierter und geben der Unternehmensleitung „etwas zum Anhalten“. Dass nicht alle diese Schritte (und daher auch nicht die Inanspruchnahme eines Restrukturierungsrahmens) zwingend zu setzen sind, sondern je nach Einzelfall beurteilt werden müssen, bestätigt bereits die Formulierung in ErwGr 70 „wie zum Beispiel“. Wie in **Annex 6** ersichtlich wurden *gerade* die in ErwGr 70 aufgezählten Schritte nahezu vollständig wortgleich von *UNCITRAL* übernommen. *UNCITRAL* verwendet diese Schritte aber nicht nur zur

Umschreibung der empfohlenen Pflichten (s oben Pkt 5.4.2), sondern auch als mögliche Verteidigung (*defence*) des *directors* im Haftungsprozess (s oben Pkt 5.5.2). Indem das Setzen von Schritten wie Restrukturierungsmaßnahmen oder der Beiziehung von Beratern dem *director* eine Art *safe harbour* geben kann, sollen *directors* auch zum frühzeitigen Einleiten von Gegenmaßnahmen motiviert werden (s oben Pkt 5.1 aE). Auch das englische *wrongful trading* sieht einen ähnlichen *safe harbour* vor, nach welchem keine Pflichtverletzung anzunehmen ist, wenn ein *director* alle ihm zumutbaren Schritte zur Vermeidung möglicher Gläubigerverluste setzt (s oben Pkt 6.4.3). Hintergrund des geschilderten Gedankens eines *safe harbours* ist somit, dass nicht ex post darauf geblickt wird, ob die getroffenen Entscheidungen inhaltlich richtig waren, sondern ob ein ex ante dem jeweiligen Einzelfall entsprechendes „Prozedere“ eingehalten wurde. Dies entspricht mE im Ergebnis *exakt* dem Gedanken der BJR nach bestehendem österr Recht, die wie insb in Pkt B 10 ausf dargestellt auch in der Unternehmenskrise weiter gilt.

Die konkrete Umsetzung eines solchen *safe harbours* (etwa prozessuale Fragen der Beweislast, Berücksichtigung auf Rechtswidrigkeits- oder Verschuldensebene, Miteinbeziehung bei der Schadensbemessung etc) obliegt mangels detaillierterer Vorgaben in der RIRL den MS.

7.4.2. Pflicht zur Interessenberücksichtigung

(a) Begriffsverständnis

Art 19 lit a RIRL hält die Unternehmensleitung an, bei wahrscheinlicher Insolvenz die Interessen der Gläubiger, Anteilsinhaber und sonstigen Interessenträger gebührend zu berücksichtigen.

- Wie bereits in Pkt 2.9.3.2 angemerkt, definiert die RIRL nur den Begriff der *Anteilsinhaber* (Art 2 Abs 1 Z 3) ausdrücklich als eine Person, die eine Beteiligung an einem Schuldner oder an einem Unternehmen des Schuldners hält, wozu auch ein Aktionär gehöre, soweit diese Person kein Gläubiger ist.
- Der Begriff der *Gläubiger* ist zwar nicht definiert, diese gelten aber nach Art 2 Abs 1 Z 2 RIRL als unmittelbar von einem Restrukturierungsplan betroffene Parteien (gleich wie Gläubigerklassen sowie, wenn im nationalen Recht vorgesehen, Arbeitnehmer oder Anteilsinhaber). Gläubiger sind nach den ErwGr solche Personen oder Rechtsträger, die (aus Vertrag oder Gesetz entspringende) Forderungen gegen den Schuldner haben (s etwa auch ErwGr 34 oder 39).
- Auch der Begriff der *sonstigen Interessenträger* wird nicht definiert. Zu den Interessenträgern gehören mE jedenfalls Gläubiger und Anteilsinhaber (dies ergibt sich bereits durch die Verwendung des Begriffs „sonstige“) und auch Arbeitnehmer (s ErwGr 3 aE). Der Begriff ist aber weiter und scheint potentiell

auch sonstige Träger von Interessen mitzuumfassen, wobei aus der RIRL nicht hervorgeht, ob es sich dabei um monetäre oder etwa auch nicht-monetäre (wie etwa Allgemeininteressen) handeln muss. Nicht dazu gehört die „Wirtschaft als Ganzes“ (*economy as a whole*) (s ErwGr 3 aE). Schließlich scheint es nicht um sämtliche potentiellen Interessenträger zu gehen, sondern nur um die für die konkrete Situation des Schuldners einschlägigen (s Art 4 Abs 6 RIRL, wonach die MS die Einbindung von Gerichten auf das Erforderliche und Angemessene beschränken können, „wobei zugleich sicherzustellen ist, dass die Rechte betroffener Parteien und *einschlägiger* Interessenträger (*relevant stakeholders*) gewahrt werden“ (Hervorhebungen und Ergänzungen durch den Autor).

(b) *Kein zwingender shift of fiduciary duties*

Während Art 18 lit b des Kommissionsvorschlags noch sehr gläubigerorientiert schien, nach dem Wortlaut an den englischen *shift of fiduciary duties* erinnerte (s oben Pkt 6.3) und neben deren Interessen „nur“ noch sonstige Interessenträger nannte, brachte die Gesetzwerdung eine bemerkenswerte „Aufwertung“ der Anteilsinhaber.¹³⁶⁸ Mit dem Kompromisstext aus Dezember 2018 (s oben Pkt 4.3.4.7) wurden diese aE der Bestimmung ergänzt und kurz vor Verabschiedung sind diese schließlich an die zweite Stelle und damit noch *vor* die Interessenträger „vorgerückt“ (s oben Pkt 4.3.4.8 sowie ebenso **Annex 4**). Was zu dieser in kürzester Zeit erfolgten Aufwertung führte, geht aus den Mat nicht hervor. Sie ist mE aber iZm der bereits angesprochenen und zeitgleich erfolgenden generellen Klarstellung bzw Stärkung nationaler gesellschaftsrechtlicher Grundprinzipien zu sehen, die auch zur Ergänzung in ErwGr 71 aE führte, dass *keine* Rangfolge zwischen den verschiedenen Parteien festgelegt werden soll (s oben Pkt 7.4.1(b)). Selbst wenn man daher im Kommissionsvorschlag einen zwingenden *shift of fiduciary duties* zu den Gläubigern sehen wollte, legt die verabschiedete RIRL es ausdrücklich in die Hände der MS, ob ein solcher vorgesehen wird.

(c) Konkrete Pflichtvorgaben

Dass Gläubigerinteressen bei wahrscheinlicher Insolvenz eine verstärkte Rolle spielen, ergibt sich dennoch klar aus ErwGr 71, wonach es „auch“ darauf ankommt, die berechtigten Interessen der Gläubiger vor Managemententscheidungen zu schützen, die sich auf die Zusammensetzung des Schuldnervermögens auswirken können, insb wenn diese Entscheidungen eine weitere Wertminderung des Vermögens bewirken könnten, das für Restrukturierungsmaßnahmen *oder* für die Verteilung an die Gläubiger zur Verfügung steht. Dieses „oder“ unterstreicht aber, dass es nicht *nur* darum geht, das gesamte vorhandene Vermögen zur Gläubigerbefriedigung zu verwenden, sondern (zumindest, wenn nicht sogar zuerst) *auch* um die Restrukturierung des schuldnerischen Unternehmens. Dies scheint vor

¹³⁶⁸ So auch Korch, ZGR 2019, 1050 (1058).

dem Hintergrund des RL-Zwecks der Stärkung präventiver Restrukturierung (s ErwGr 2 RIRL sowie oben Pkt 2.3) zwar naheliegend, ist jedoch eine *zentrale* Klarstellung und ein wichtiger Unterschied zur haftungsrechtlichen Zuweisung des schuldnerischen Vermögens zu den Gläubigern im Insolvenzverfahren (s dazu oben Pkt B 8.2). Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Unternehmensleitung eines bestandfähigen Unternehmens bei wahrscheinlicher Insolvenz selbst dann zulässigerweise – und selbstverständlich unter Einhaltung von Gläubigerschutzvorgaben wie etwa dem Kriterium des Gläubigerinteresses (Art 2 Abs 1 Z 6) – eine Restrukturierung einleiten und umsetzen darf, wenn die sofortige (aber aus Sicht des Unternehmens unnötige, ErwGr 2) Liquidation aus Sicht der Gläubiger womöglich besser wäre. Anderes gilt für nicht bestandfähige Unternehmen ohne Überlebenschance, die so schnell wie möglich abgewickelt werden sollen (ErwGr 3).

Worum es bei der Pflicht zur Interessenwahrung daher wirklich geht, verrät mE ErwGr 71 S 2, wonach die MS sicherzustellen haben, dass die Unternehmensleitung bei wahrscheinlicher Insolvenz *keine* Maßnahmen trifft, die (i) auf Kosten der Interessenträger zu persönlichen Vorteilen führen (s dazu auch noch unten Pkt 7.4.4(b) zur Pflicht zur Sicherstellung der Bestandsfähigkeit) oder (ii) eine unfaire Bevorzugung eines oder mehrerer Interessenträger zur Folge haben. Vor dem Hintergrund des bereits in Pkt 7.4.1(b) Gesagten bezweckt die RIRL daher *nicht*, der Unternehmensleitung abstrakte und an der Praxis vorbeigehende Pflichtenvorgaben zu machen. Vielmehr sollen die MS sicherstellen, dass die Unternehmensleitung bestandfähiger Unternehmen im Zuge der Restrukturierung den „Blick auf das Ganze“ behält und die erforderlichen Maßnahmen (s dazu noch im nächsten Pkt 7.4.3) unter Berücksichtigung der für den Erfolg der Restrukturierung relevanten (und daher im Unternehmenswohl liegenden) Interessen setzt. Werden einzelne Gläubiger(-gruppen) oder die Anteilsinhaber ungerechtfertigt bevorzugt, geht dies nicht nur zu Lasten der benachteiligten Gläubiger und sonstigen Interessenträger, es liegt insb auch nicht im Unternehmenswohl, weil dies eine erfolgreiche Restrukturierung idR gefährdet und womöglich gar unmöglich macht. Nichts anderes betont *UNCITRAL* (*course of action [which] best serves the interests of the enterprise as a whole [...] having weighed the interests of the relevant stakeholders in the circumstances of the specific case*, s oben Pkt 5.4.1). Selbst beim englischen *shift of fiduciary duties* geht es nach der in Pkt 6.3.3 dargestellten Rsp nicht darum, an den am Unternehmenswohl orientierten Leitungsvorgaben zu rütteln, sondern vielmehr darum, *nicht* im Gläubigerinteresse (gleichzeitig aber auch nicht im Unternehmensinteresse) liegende Handlungen und Vermögensverschiebungen zu Gunsten der Anteilsinhaber zu sanktionieren.

(d) Flexibilität bei der Umsetzung

Den MS wird bei der Umsetzung des Art 19 lit a somit eine gewisse Flexibilität eingeräumt und insb wird *keine* zwingende Rangfolge bei den zu berücksichtigenden Interessen vorgegeben. Dennoch müssen die MS im nationalen Recht sicherstellen, dass ein *nicht* dem – durch alle relevanten Interessen mitdefinierten – Unternehmenswohl entsprechendes Verhalten (wie etwa ungerechtfertigte Zahlungen an verbundene Unternehmen oder Zahlungen zur Verminderung persönlicher Haftungen der Unternehmensleitung, s oben Pkt 6.3.3 zu den Fällen *Walker v Wimborne* sowie *West Mercia Safetywear Ltd v Dodd*) sanktioniert wird.

7.4.3. Pflicht zur Insolvenzabwendung

(a) Begriffsverständnis

Art 19 lit b spricht von der Notwendigkeit, Schritte einzuleiten, um eine *Insolvenz* abzuwenden. Wie bereits in Pkt 7.3 dargestellt, geht es auch hier nicht um Schritte zur Abwendung eines Insolvenzverfahrens, sondern um die Abwendung der materiellen Insolvenz. Nachdem moderne Insolvenzregime die Einleitung von Insolvenzverfahren auch vor materieller Insolvenz ermöglichen (was nicht zuletzt zur Ausweitung des Anwendungsbereichs in Art 1 EuInsVO 2015 führte, s nur oben Pkt 4.2.6), und solche vorinsolvenzlichen Verfahren gerade auch zur Vermeidung der materiellen Insolvenz verwendet werden können (und sollen), ist diese Differenzierung bedeutsam.

(b) Zeitliche Anknüpfung

ErwGr 70 knüpft die von der Unternehmensleitung zu setzenden Schritte, um Verluste möglichst gering zu halten und eine Insolvenz abzuwenden, an den Zeitpunkt der „finanziellen Schwierigkeiten“. Wie ebenso bereits in Pkt 7.3 angeführt, liegt dieser Zeitpunkt wohl vor der wahrscheinlichen Insolvenz. Für Art 19 lit b macht dies wohl keinen wesentlichen Unterschied, sind solche Schritte dann bei wahrscheinlicher Insolvenz nämlich erst Recht zu setzen. Für die Unternehmensleitung bedeutet dies aber, dass sie sich nicht zu sehr auf den Zeitpunkt der wahrscheinlichen Insolvenz verlassen sollte, weil auch schon früher besondere Handlungspflichten eintreten können. Dies entspricht auch der Realität, dass *gerade* im vorinsolvenzlichen Stadium ein konkreter pflichtenauslösender Zeitpunkt nur schwer festzumachen ist, sondern es immer auf den Einzelfall ankommt (s dazu auch die Diskussion zum englischen Recht oben Pkt 6.3.2 sowie die Rechtslage in Österreich zur Sanierungsverantwortung oben Pkt B 3.2).

(c) Konkrete Pflichtvorgaben

Art 19 lit b wurde im Zuge der Gesetzgebung von allen Pflichtenbestimmungen am wenigsten kontroversiell diskutiert. Wie **Annex 4** zeigt, blieben daher wenig überraschend nicht nur die Bestimmung, sondern auch die dazugehörigen ErwGr seit

dem Kommissionsvorschlag nahezu unverändert (iW wurde die Formulierung „angemessene“ (*reasonable*) Schritte auf „Notwendigkeit, Schritte einzuleiten“ geändert). Auf den Sinngehalt der Bestimmung hatte diese Änderung mE keinen Einfluss, weil das Kriterium der „Angemessenheit“ zwanglos aus den in ErwGr 70 genannten Schritten abgeleitet werden kann (s dazu auch bereits oben Pkt 7.4.1(b)). ErwGr 70 enthält einen Katalog („wie zum Beispiel“) insolvenzabwendender Schritte und betont dadurch bereits einleitend, dass die *konkret* zu setzenden Schritte vom jeweiligen Einzelfall abhängen. Einerseits genannt werden (i) die Inanspruchnahme professioneller Beratung, (ii) die Nutzung von Frühwarnsystemen, (iii) der Schutz der Vermögenswerte des Unternehmens, um einen möglichst hohen Wert zu sichern und den Verlust wesentlicher Vermögenswerte zu verhindern, (iv) eine Analyse zur Prüfung der Bestandsfähigkeit und zur Senkung der Ausgaben sowie (v) das Unterlassen der Vornahme anfechtbarer Transaktionen ohne „triftigen wirtschaftlichen Grund“. Die letzten drei beispielhaften Schritte sind aber die mE wichtigsten:

- *Die Geschäftstätigkeit sollte fortgesetzt werden, wenn dies unter den gegebenen Umständen sinnvoll ist, um einen möglichst hohen Wert als fortgeführtes Unternehmen zu sichern:* „Sinnvoll“ ist im gegenständlichen Kontext mE derart zu verstehen, dass die durchzuführende Bestandsfähigkeitsprüfung „positiv“ ausgefallen ist (die Bestandsfähigkeit daher entweder sichergestellt oder zumindest wiederhergestellt werden kann, ansonsten hält die RIRL in ErwGr 3 wie bereits gesagt zur schnellstmöglichen Abwicklung an).
- *Führung von Verhandlungen mit den Gläubigern:* Sofern die interne Bestandsfähigkeitsprüfung nicht negativ ausgefallen und nicht etwa ein sofortiger Insolvenzantrag zu stellen ist, wird dieser Schritt wohl in den allermeisten Fällen zu tätigen sein.
- *Einleitung präventiver Restrukturierungsverfahren (preventive restructuring procedures):* Bemerkenswert ist, dass hier nicht von Restrukturierungsrahmen, sondern von Restrukturierungsverfahren gesprochen wird. Auch an anderer Stelle (etwa in Art 5 Abs 1 iZm der Eigenverwaltung, in Art 6 Abs 8 sowie Art 7 Abs 5 jeweils iZm der Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen, oder in Art 9 Abs 1 iZm der Planannahme) wird vom Restrukturierungsverfahren gesprochen, weswegen wohl davon auszugehen ist, dass hier Verfahren nach der RIRL gemeint sind. Dennoch geht mE nicht nur aus der beispielhaften Aufzählung in ErwGr 70, sondern auch sonst aus der RIRL hervor, dass *kein* Automatismus und daher auch keine „Antragspflicht“ für einen präventiven Restrukturierungsrahmen gemeint und intendiert ist. Auch Art 4 Abs 1 u Abs 5 stellen klar, dass auch „andere Lösungen zur Abwendung einer Insolvenz“ sowie „sonstige Restrukturierungsrahmen“ nach nationalem Recht „unbeschadet“ weiterbestehen können. Für die Unternehmensleitung bedeutet dies mE, dass

auch diese eine im Einzelfall zulässige Alternative zum Restrukturierungsrahmen nach der RIRL darstellen können.

Wie bereits erwähnt und in **Annex 6** ersichtlich, entsprechen die in ErwGr 70 enthaltenen Schritte nahezu wortgleich den in Pkt 5.4 behandelten Empfehlungen *UNCITRAL* 's. Im Vergleich zum *UNCITRAL*-Katalog „fehlen“ iW zwei Kategorien. *Einerseits* primär gesellschaftsrechtliche und dort auch selbstverständliche Pflichten wie eine ordnungsgemäße Führung der Bücher (*ensuring proper accounts*), Überwachung der finanziellen Situation und regelmäßige Abstimmung mit anderen Leitungsorganen (*being independently informed as to the ... financial situation; holding regular board meetings*) oder die Abstimmung mit Abschlussprüfern und Einbeziehung der Anteilsinhaber (*calling a shareholder meeting*). Dass diese Pkte nicht in der RIRL angeführt sind könnte daran liegen, dass die RIRL wie bereits mehrfach erwähnt aktive Eingriffe in das nationale Gesellschaftsrecht der MS soweit möglich vermeiden, und stattdessen mit Bestimmungen wie Art 13 sowie Art 32 sicherstellen wollte, dass gesellschaftsrechtliche Regelungen nicht die Zwecke der RIRL unterlaufen (s dazu auch oben Pkt 2.8). *Andererseits* „fehlt“ ein möglicher *shift of fiduciary duties (modifying management practices to take account of the interests of creditors and other stakeholders)*. Dies liegt wohl daran, dass dieser „Themenkomplex“ gesondert in Art 19 lit a sowie in ErwGr 71 adressiert wird. Ein weiterer Grund könnte sein, dass Gläubigerinteressen in diesem früheren Stadium der „finanziellen Schwierigkeiten“ als noch weniger relevant angesehen werden.

Insgesamt konkretisieren die in ErwGr 70 genannten Schritte nicht nur den an die Unternehmensleitung angelegten Pflichtenmaßstab, sondern geben diesen auch ein Prozedere vor, dessen Einhaltung wenn nötig einen *safe harbour* bieten kann (s oben Pkt 7.4.1(c)).

(d) Flexibilität bei der Umsetzung

Während den MS auch hier bei der Umsetzung und der im Einzelfall verlangten Schritte ein Spielraum zukommt, ist generell sicherzustellen, dass die Unternehmensleitung schon bei finanziellen Schwierigkeiten, jedenfalls aber bei wahrscheinlicher Insolvenz, die im Einzelfall erforderlichen Schritte und Gegenmaßnahmen setzt. Die Unternehmensleitung muss sich mE daher zwingend damit auseinandersetzen, ob das Unternehmen (und daher insb dessen Geschäftsmodell) als solches und unter Einbeziehung einer möglichen Restrukturierung bestandfähig, und daher dessen Fortführung (insb aus Gläubigerschutzerwägungen) gerechtfertigt ist. Ist dies grds zu bejahen, ist die Fortführung zur Umsetzung der im Einzelfall notwendigen Restrukturierungsmaßnahmen (wie *beispielhaft* die Inanspruchnahme eines präventiven Restrukturierungsrahmens nach der RIRL) zulässig. Ist dies zu

verneinen, hält die RIRL zu einer schnellstmöglichen Abwicklung des Unternehmens an (s nur ErwGr 3).

Nachdem Unternehmensleitungen nach ErwGr 70 S 1 generell *nicht* davon abgehalten werden dürfen, vertretbare Geschäftsentscheidungen zu treffen oder vertretbare wirtschaftliche Risiken einzugehen, sind insolvenzabwendende Schritte bei der Beurteilung einer möglichen persönlichen Haftung mitzuberücksichtigen (s bereits oben Pkt 7.4.1(c) zum *safe harbour*).

7.4.4. Pflicht zur Sicherstellung der Bestandsfähigkeit

(a) Begriffsverständnis

Der Begriff der Bestandsfähigkeit wird in der RIRL nicht definiert, ihm kommt aber wie bereits in Pkt 2.9.3.4 dargestellt für den gesamten Restrukturierungsrahmen eine zentrale Rolle zu. Bis kurz vor Verabschiedung wurde im Deutschen zwar noch der Begriff der „Rentabilität“ verwendet (s oben Pkt 4.3.4.8), jedoch ist hier von einer rein sprachlichen Anpassung auszugehen, wurde doch im englischen Text durchgehend der Begriff „*viability*“ verwendet.¹³⁶⁹ Auch *UNCITRAL* verwendet den Begriff „*viability*“, jedoch ebenso ohne ihn weiter zu definieren (s oben Pkt 5.4.1).

Ein Unternehmen kann bestandsfähig sein, obwohl eine Restrukturierung notwendig ist (s nur ErwGr 47). Bestandsfähigkeit ist weiters nicht mit Abwendung der Insolvenz gleichzusetzen, werden diese Begriffe doch mehrfach nebeneinander verwendet (s etwa Art 1 Abs 1 lit a zur Umschreibung des Zwecks der präventiven Restrukturierungsrahmen, ebenso Art 4 Abs 1 sowie ErwGr 24 u 50). Bei der Bestandsfähigkeit scheint es sich weiters um einen wirtschaftlichen Begriff zu handeln – einerseits wird teils ausdrücklich von „wirtschaftlicher“ (s ErwGr 3, 4, 12) oder „dauerhaft verminderter“ Bestandsfähigkeit (ErwGr 22), und andererseits von der Bestandsfähigkeit der „Geschäftstätigkeit“ (ErwGr 4, 24), ansonsten aber von der Bestandsfähigkeit des „Schuldners“ (Art 1 Abs 1 lit a, Art 4 Abs 1 u 3, ErwGr 12, 15, 16, 26, 57) oder – wie auch in Art 19 lit c – des „Unternehmens“ (Art 8 Abs 1 lit h, Art 10 Abs 3, ErwGr 1, 2, 7, 24, 50, 70, 85, 96) gesprochen. Dies deckt sich auch mit der EuInsVO 2015, wo der Begriff ebenso nicht definiert wird, im dortigen ErwGr 10 aber klargestellt wird, dass in den Anwendungsbereich der VO auch solche Verfahren einbezogen werden sollen, die die Rettung „wirtschaftlich bestandsfähiger Unternehmen“, die sich jedoch in finanziellen Schwierigkeiten befinden, begünstigen (s dazu auch oben Pkt 4.2.6). Für ein wirtschaftliches Verständnis spricht schließlich auch der im Niebler-Bericht gemachte, aber nicht übernommene, Definitionsvorschlag für den Begriff der „Lebensfähigkeit“ (s oben Pkt 4.3.4.5(b)).

¹³⁶⁹ So auch *Backes/Blankenburg in Morgen*, Restrukturierung Art 10 Rz 111.

Obwohl von der „Geschäftstätigkeit“, dem „Schuldner“ oder dem „Unternehmen“ gesprochen wird, ist davon auszugehen, dass es sich immer um dieselbe Bestandsfähigkeit handelt. Die bestehende oder zumindest wiederherstellbare Bestandsfähigkeit ist gleich wie das Kriterium der „wahrscheinlichen Insolvenz“ eine Voraussetzung für die Inanspruchnahme eines Restrukturierungsrahmens nach der RIRL. Selbst wenn die MS *keine* von Art 4 Abs 3 ermöglichte Bestandsfähigkeitsprüfung als Eingangsvoraussetzung vorsehen, ist selbige gem Art 10 Abs 3 spätestens bei der Bestätigung des Restrukturierungsplans durch das Gericht zu prüfen. Während als „Ziel“ der Restrukturierung die „rechtlichen“ Tatbestände der wahrscheinlichen Insolvenz beseitigt bzw die Insolvenz abgewendet werden sollen, soll „wirtschaftlich“ auch die Bestandsfähigkeit gewährleistet sein.

Auch wenn all dies noch immer keine konkrete Antwort zur Bedeutung dieses Begriffs bringt, scheint die dahinterstehende Wertung logisch: Der Restrukturierungsrahmen soll nicht solchen Unternehmen offenstehen, die zwar mit entsprechender Gläubigermehrheit eine kurzfristige Stabilisierung ihrer finanziellen Situation erreichen, die aber an sich über kein bestandfähiges Geschäftsmodell verfügen. Solche sollen so schnell wie möglich abgewickelt werden, weil hier Restrukturierungsmaßnahmen zu einer Beschleunigung und Anhäufung von Verlusten zum Nachteil der Gläubiger, der Arbeitnehmer und sonstiger Interessenträger sowie der Wirtschaft als Ganzes führen könnten (ErwGr 3 RIRL). Beispiele könnten Unternehmen sein, die den Wechsel in neue Technologien versäumt haben und bei denen es sich um „Auslaufmodelle“ handelt. Im Ergebnis klingt dies nach einem vagen Konzept, das bei undurchdachter Umsetzung erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich bringen kann (s etwa zu einer ähnlichen Diskussion bei der österr Fortbestehensprognose oben Pkt B 6.2.3.3(d)).

(b) Konkrete Pflichtvorgaben

Auch hier gibt die Bestimmung des Art 19 lit c nur wenig Aufschlüsse über den konkreten Regelungsgehalt. Die geforderte Notwendigkeit, vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten zu vermeiden, das die Bestandsfähigkeit des Unternehmens gefährdet, klingt vielmehr wie eine Selbstverständlichkeit. Dies mag auch der Grund sein, warum diese Bestimmung im Zuge der Gesetzgebung nahezu gar nicht diskutiert und der Wortlaut wie in **Annex 4** ersichtlich auch seit Beginn nahezu unverändert geblieben ist.

Welche Pflichten konkret bestehen, hängt stark von der zuvor diskutierten Bedeutung des Begriffs der Bestandsfähigkeit ab. Anhaltspunkte geben die ebenso seit dem Kommissionsvorschlag nahezu wortgleich gebliebenen Ausführungen in ErwGr 71, wonach es bei drohender (Anm: gemeint wahrscheinlicher) Insolvenz *auch* darauf ankomme, die berechtigten Interessen der Gläubiger vor das Schuldnervermögen (weiter) vermindernenden Managemententscheidungen zu schützen (s dazu bereits im

Detail oben Pkt 7.4.2(c)). *Daher* hat die Unternehmensleitung es lt ErwGr 71 *unter diesen Umständen* zu vermeiden, (i) vorsätzliche oder grob fahrlässige Handlungen vorzunehmen, die auf Kosten der Interessenträger zu persönlichen Vorteilen führen, (ii) Transaktionen unter Marktwert zuzustimmen oder (iii) Maßnahmen zu treffen, die eine unfaire Bevorzugung eines oder mehrerer Interessenträger zur Folge haben. Es ist nicht ganz klar, ob alle drei genannten Pkte sich auf Art 19 lit c beziehen, enthält doch nur (i) eine Einschränkung auf vorsätzliche oder grob fahrlässige Handlungen, und gleichzeitig „passen“ (i) u (iii) mE tatsächlich besser zu Art 19 lit a (s bereits oben Pkt 7.4.2(c)). Auch (ii) scheint durch die bereits in ErwGr 70 genannte Vermeidung anfechtbarer Transaktionen (s oben Pkt 7.4.3(c)) bereits abgedeckt.

Vor dem Hintergrund der zuvor diskutierten und hinter dem Begriff der Bestandsfähigkeit stehenden Wertungen, sowie der Einordnung der Bestandsfähigkeit als Eingangsvoraussetzung und gleichzeitiges Verfahrensziel geht es mE zuallererst darum, dass die Unternehmensleitung keine Entscheidungen trifft oder Maßnahmen setzt, die dieses Ziel gefährden bzw mit diesem nicht in Einklang stehen. Dazu gehören sicherlich die in ErwGr 71 genannten Kategorien, ebenso dazu gehören mE etwa das schlichte Untätigbleiben, die Nicht-Beiziehung von Beratern für komplexe Entscheidungen bzw generell die bereits in ErwGr 70 angeführten Schritte (s dazu zuvor Pkt 7.4.3(c)). Denn das Scheitern einer möglichen Restrukturierung gefährdet automatisch auch die Bestandsfähigkeit des Unternehmens.

Welcher *eigene* Regelungsgehalt Art 19 lit c schlussendlich überhaupt noch zukommt, scheint daher unklar. Die nicht weiter begründete Einschränkung auf grob fahrlässiges und vorsätzliches Verhalten trägt ihres zum gemachten Befund bei. Schon im Gesetzwerdungsprozess wurde mE zutr betont, dass diese Einschränkung missverständlich sei, weil ja nicht generell unterstellt werden könne, dass leicht fahrlässiges, aber die Bestandsfähigkeit gefährdendes Verhalten zulässig sei (s oben Pkt 4.3.4.4(a)(v)). Möglicherweise wollte man durch die Betonung des grob fahrlässigen bzw vorsätzlichen Handelns vermeiden, zu sehr in die in ErwGr 70 klargestellten allgemeinen Grundsätze und insb den *safe harbour* einzugreifen (s oben Pkt 7.4.1). Bemerkenswert ist schließlich auch, dass sich – anders als bei Art 19 lit a u b – weder zu lit c noch zu ErwGr 71 Anhaltspunkte bei *UNCITRAL* und im englischen Recht finden. Die Bestimmung scheint daher wirklich eine „Erfindung“ der RIRL zu sein, die wohl mit dem dort besonders betonten Konzept der Bestandsfähigkeit zusammenhängt.

Insb anknüpfend an das in den vorigen Pkten zu Art 19 lit a u b Gesagte ist der gesonderte Regelungsgehalt der lit c mE somit äußerst gering. Die Restrukturierung gefährdendes oder unmöglich machendes Verhalten wird gleich wie gläubigerschädigendes Verhalten nach den in Pkt 7.4.1 bis 7.4.3 genannten Grundsätzen behandelt und potentiell auch schon bei leichter Fahrlässigkeit

sanktioniert. Da sich solch ein Verhalten potentiell auch auf die Bestandsfähigkeit des Unternehmens auswirkt (weil diese entweder direkt, oder zumindest deren Wiederherstellung im Zuge der Restrukturierung, gefährdet wird), dient Art 19 lit c wohl nicht mehr als einer Klarstellung, dass besonders „grobe Schnitzer“ *erst recht* zu vermeiden sind. Umgekehrt darf die Bestimmung mE nicht so verstanden werden, dass (potentiell) die Bestandsfähigkeit gefährdende Entscheidungen generell unzulässig sind. Insb in Krisen- bzw Insolvenzsituationen sind wohl die allermeisten Entscheidungen potentiell (auch) bestandsgefährdend. Zu denken ist nur an Entscheidungen zur Schließung oder Auslagerung von Unternehmensbereichen oder einer Anpassung oder gar Transformation des Geschäftsmodells. Solche Entscheidungen sind in einer Restrukturierung nicht nur zulässig, sondern idR auch notwendig und geboten.

(c) Flexibilität bei der Umsetzung

Auch bei dieser Bestimmung kommt den MS daher erheblicher Umsetzungsspielraum zu. Dies umso mehr, weil die RIRL keine weiteren Aufschlüsse zur konkreten Bedeutung des Begriffs der Bestandsfähigkeit gibt.

7.4.5. Pflichten im Restrukturierungsrahmen

Die in Art 19 geregelten Pflichten sind an die wahrscheinliche Insolvenz geknüpft und setzen nicht die Inanspruchnahme eines Restrukturierungsrahmens nach der RIRL voraus. Die Unternehmensleitung soll bei wahrscheinlicher Insolvenz daher besonderen Pflichten unterliegen, und zwar unabhängig davon, ob sie einen Restrukturierungsrahmen in Anspruch nimmt oder nicht. Nachdem die Beantragung eines solchen auch nicht verpflichtend ist (s oben Pkt 7.4.3(c)), macht dies durchaus Sinn. Wie in **Annex 4** ersichtlich, ist dies aber nicht selbstverständlich, lautete im Kommissionsvorschlag die Überschrift von Kapitel 5 noch „Pflichten der Unternehmensleitung im Zusammenhang mit Verhandlungen über einen präventiven Restrukturierungsplan“ (s dazu auch oben Pkt 4.3.4.2(b)).

Die in Art 19 vorgesehenen Pflichten gelten aber selbstverständlich auch im Restrukturierungsrahmen (weiter). Abgesehen davon werden die Pflichten der Unternehmensleitung durch die an den Schuldner gestellten verfahrensrechtlichen Vorgaben (zB bei Bestellung eines Restrukturierungsbeauftragten gem Art 5 Abs 3, Inhaltserfordernisse eines Restrukturierungsplans nach Art 8 etc) mit determiniert und flankiert.

7.5. Ruhen der Insolvenzantragspflicht

7.5.1. Art 7 Abs 1 RIRL

Art 7 Abs 1 zum Ruhen der Insolvenzantragspflicht wurde isoliert betrachtet nicht sonderlich kontroversiell diskutiert. Die Regelung stand zu keinem Zeitpunkt des europäischen

Gesetzwerdungsverfahrens grds in Frage.¹³⁷⁰ Auch die Gegenüberstellung in **Annex 5** zeigt, dass sich der Wortlaut bis auf sprachliche Anpassungen seit dem Kommissionsvorschlag nahezu nicht geändert hat. Dies mag vor dem Hintergrund der bereits in Pkt 2.10 dargestellten Bedenken in der Lit insb iZm der *par condicio creditorum* durchaus überraschen. Die Akzeptanz dieses Konzepts liegt aber womöglich insb daran, dass die MS gem Art 7 Abs 3 RIRL für den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit eine Ausnahmeregelung schaffen und dadurch das Ruhen der Insolvenzantragspflicht auf andere Insolvenzgründe wie etwa die Überschuldung einschränken können. Machen die MS von dieser Ausnahme Gebrauch, bleibt die Insolvenzantragspflicht bei Zahlungsunfähigkeit daher bestehen.

Weiters soll eine bestehende Insolvenzantragspflicht nach Aufhebung der Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen (wieder-)aufleben. Art 7 Abs 7 stellt nämlich (aber wohl nur deklaratorisch)¹³⁷¹ klar, dass das Auslaufen einer bewilligten Aussetzung ohne Annahme eines Restrukturierungsplans nicht automatisch zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nach nationalem Recht führen soll, es sein denn, die im nationalen Recht festgelegten Voraussetzungen für eine Eröffnung sind erfüllt.

Wie bereits in Pkt 7.4.1 angemerkt, hat sich die RIRL für eine „vereinigende“ Lösung entschieden, die sowohl Raum für ein *wrongful trading*-Regime als auch für in einzelnen MS ausdrücklich vorgesehene Insolvenzantragspflichten geben. *Jedenfalls* MS mit einer ausdrücklichen Insolvenzantragspflicht wie Österreich müssen daher im Zuge der RL-Umsetzung sicherstellen, dass solche Pflichten nach den Vorgaben des Art 7 RIRL ruhen. Der in Art 7 Abs 1 verwendete Wortlaut „Verpflichtung eines Schuldners, einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu stellen“ könnte mE aber auch Konzepte wie ein *wrongful trading* miteinschließen, können im Einzelfall ja auch diese die Unternehmensleitung zur Beantragung eines Insolvenzverfahrens anhalten (s oben Pkt 6.4.3). *Genau* deswegen haben das Vereinigte Königreich und die Niederlande auch die Streichung des an das *wrongful trading* erinnernden Art 18 lit a des Kommissionsvorschlags verlangt (s oben Pkt 4.3.4.4(a) u 4.3.4.4(b)). Der Unternehmensleitung einerseits solche Pflichten bei wahrscheinlicher Insolvenz aufzuerlegen, und diese dann gleichzeitig bei einer Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen wieder ruhen zu lassen, hätte ansonsten zu Widersprüchen geführt. Die Pflicht zur Insolvenzabwendung nach Art 19 lit b (und auch die sonstigen Pflichten in Art 19 RIRL) sind von Art 7 Abs 1 aber nicht erfasst. Diese ruhen auch bei genehmigter Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen nicht.

Gem ErwGr 38 S 1 gilt das Ruhen schließlich nicht nur für Verfahren, die zwingend zur Liquidation des Schuldners führen, sondern auch für solche, die zu einer solchen führen *können*. Schließlich gilt es nach S 2 neben einer *alle* Gläubiger umfassenden Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen auch bei einer nur eine begrenzte Zahl an Gläubigern betreffenden Aussetzung.

¹³⁷⁰ Siehe dazu auch *Janjua* in *Morgen*, Restrukturierung Art 7 Rz 8 ff mwN.

¹³⁷¹ *Janjua* in *Morgen*, Restrukturierung Art 7 Rz 62.

Da die RIRL bei dieser Regelung deutlich konkretere Vorgaben als etwa bei Art 19 macht, bleibt den MS hier bei der Umsetzung mE auch weniger Spielraum. Durch die Möglichkeit einer Einschränkung des Ruhens der Insolvenzantragspflicht bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (Art 7 Abs 3) kann der Anwendungsbereich aber deutlich eingeschränkt werden.

7.5.2. Zahlungen während gewährter Aussetzung

Wie bereits in Pkt 2.7 angemerkt, privilegiert die RIRL in Art 18 ausdrücklich mit der Restrukturierung zusammenhängende Transaktionen wie etwa Zahlungen iZm der Aushandlung, Annahme oder Bestätigung eines Restrukturierungsplans oder Zahlungen im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb. Auch ErwGr 39 stellt ausdrücklich klar, dass Schuldner nicht daran gehindert werden sollten, Forderungen von nicht betroffenen Gläubigern und während der Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen entstehende Forderungen betroffener Gläubiger im normalen Geschäftsgang zu erfüllen. Wie in **Annex 5** ersichtlich, befand sich ErwGr 39 bis zur AAR sogar noch im RL-Text des Art 7 selbst. Die „Verschiebung“ in die ErwGr ändert mE aber nichts an der Bedeutung der dahinterstehenden Wertung, ergibt sich diese ja bereits aus dem Restrukturierungsrahmen und der damit bezweckten Fortführung des Unternehmens selbst.

Die MS müssen daher bei der Umsetzung der RIRL nicht nur für ein Ruhen der Insolvenzantragspflicht iSd Art 7 sorgen, sondern auch sicherstellen, dass Schuldner *während* einer Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen nicht durch nationale Regelungen daran gehindert werden, die zuvor genannten Zahlungen zu tätigen. Wie bereits in Pkt 2.10 angemerkt, könnte dies insb zu einem Spannungsverhältnis zu Regelungen wie dem in Österreich bestehenden gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverbot führen (s zu diesem oben Pkt B 7).

7.6. Bedeutung der empirischen Studie für die RIRL-Umsetzung

Wie bereits in Pkt B 9.1.2 dargestellt, wurde die Studie vor dem Hintergrund der zwei von *UNCITRAL* formulierten Hauptzwecke für *directors' duties* im Vorfeld der Insolvenz erstellt – positive Anreizschaffung für frühzeitiges Handeln und negative Anreizschaffung durch Haftungsandrohung zum Ausgleich entstandener Schäden (s dazu oben Pkt 5.1). Wie in Pkt 7.4 u 7.5 gezeigt, geht es der RIRL mE nicht primär darum, der Unternehmensleitung umfassende neue Pflichten aufzuerlegen. Vielmehr werden zuallererst die unternehmerische Entscheidungsfreiheit und ein *safe harbour* betont und schließlich sollen bestehende Insolvenzantragspflichten unter gewissen Umständen ruhen.

Es macht vielmehr den Eindruck, dass die RIRL sichergehen möchte, dass in den MS gewisse in Restrukturierungen bestehende Grundprinzipien wie etwa die globale Berücksichtigung betroffener Interessen (anstatt des Verfolgens von Partikularinteressen) eingehalten werden. Gleichzeitig scheint die RIRL der Unternehmensleitung aber Last von den Schultern nehmen zu wollen. Vor dem Hintergrund der in Pkt B 9.4.1 für Österreich gezeigten Ergebnisse

scheint dies auch gerechtfertigt. Während die Rolle der Geschäfts- bzw Unternehmensleitung iZm einer Restrukturierung an sich nicht zu hoch eingeschätzt werden kann, wird der Nutzen besonderer, und über die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Tatbestände hinausgehenden Pflichten – zumindest was Österreich betrifft – womöglich überschätzt.

Vielmehr zeigt die Studie wie in Pkt B 9.4.2 analysiert sehr deutlich, worauf tatsächlich ein verstärktes Augenmerk zu legen wäre, nämlich auf die zweite Chance für Unternehmer. Ob die in Titel III der RIRL vorgesehenen Maßnahmen hier eine Verbesserung bringen, muss sich noch zeigen.¹³⁷² Was die EU aber richtigerweise erkannt hat ist, dass es einer gesamthaften Lösung bedarf, die nicht nur die Unternehmen, sondern auch die dahinterstehenden Menschen im Auge hat. Es mag Zufall sein, dass sich die Pflichten der Unternehmensleitung in Art 19 der RIRL aE von Titel II und daher exakt *zwischen* den Regelungen zum präventiven Restrukturierungsrahmen für Unternehmen und der Entschuldung insolventer Unternehmer befinden. Die Studie zeigt aber eindrucksvoll, dass sie als Bindeglied zwischen dem Unternehmen und den dahinterstehenden Menschen *genau* dort hingehören.¹³⁷³

¹³⁷² So auch schon *Wabl*, ZIK 2019, 178 (184).

¹³⁷³ So auch schon *Wabl* in *Gant* 206 (216).

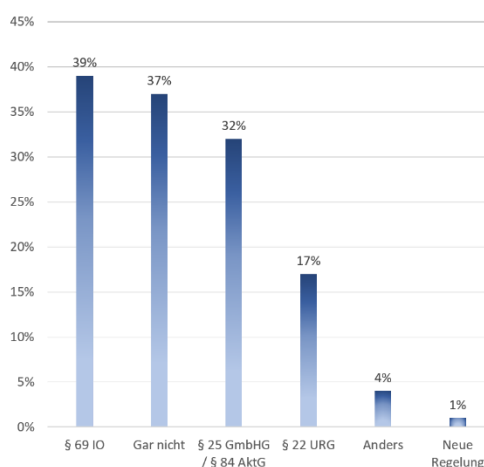
D. BEWERTUNG DER UMSETZUNG DURCH DAS RIRUG

1. Vorbemerkung: Präferierte Umsetzung der befragten Insolvenzverwalter

Teil 4 des bereits in Pkt B 9 dargestellten Fragebogens sollte unterstreichen, welchen Einfluss die RIRL aus Sicht der Befragten auf das bestehende Pflichtenregime für Geschäftsleiter in Österreich haben kann.

Die Insolvenzverwalter wurden daher nach der präferierten Umsetzung von Art 19 RIRL in das österr Recht befragt und dabei wurden insgesamt sechs Antwortmöglichkeiten gegeben.¹³⁷⁴ Wie sich aus Grafik 12¹³⁷⁵ ergibt, können die Antworten in drei etwa gleich starke Blöcke aufgeteilt werden. Knappe 40 % sprachen sich für eine Änderung bzw Ergänzung des § 69 IO aus. Rund 37 % meinten, es bedürfe gar keiner Änderung, weil das bestehende Regime (inkl Jud) bereits den RL-Vorgaben entspreche. Rund 32 % sprachen sich für eine Änderung der gesellschaftsrechtlichen Pflichtenregelungen (insb § 25 GmbHG bzw § 84 AktG) aus. Am wenigsten waren für eine Anpassung des § 22 URG in einem aufgewerteten URG (17 %), eine andere (nicht weiter spezifizierte) Umsetzungsoption (4 %) oder eine komplett neue Regelung (1 %).¹³⁷⁶

Grafik 12: Wie sollte Art 19 der RIRL in Österreich umgesetzt werden?



Auch wenn sich die Befragten bei der Umsetzung uneinig waren, ordnete damit eine Mehrheit von rund 70 % die in der RIRL vorgesehen Pflichten wohl eher der gesellschaftsrechtlichen Ebene zu und präferierte daher entweder eine diesbezügliche Anpassung oder sah gar keinen Änderungsbedarf. Wie im Folgenden gezeigt wird, hat sich auch der RIRUG-Gesetzgeber für eine gesellschaftsrechtliche Einordnung des Pflichtenkatalogs entschieden.

¹³⁷⁴ Mehrfachankreuzungen waren möglich.

¹³⁷⁵ Grafik 12 basiert auf einer in *Wabl*, ZIK 2019, 178 (184) veröffentlichten Grafik (dort als Grafik 8 bezeichnet).

¹³⁷⁶ Drei Antworten waren insofern widersprüchlich, dass sowohl eine Anpassung des § 69 IO angekreuzt als auch vertreten wurde, dass gar keine Umsetzung erforderlich sei (unter Ausklammerung dieser würden sich die Prozentsätze noch geringfügig ändern).

2. Generelles zum Umsetzungsbedarf

Das RIRUG¹³⁷⁷ und die ReO als deren Herzstück sind mit 17. 7. 2021 und daher pünktlich zum Ende der Umsetzungsfrist in Kraft getreten.¹³⁷⁸ Etwas schneller war der deutsche Gesetzgeber, dessen RL-Umsetzung iW bereits mit Wirkung zum 1. 1. 2021 erfolgt ist (s dazu sogleich Pkt 4).

Als Erkenntnis der in Pkt B getätigten umfassenden Aufarbeitung des bestehenden österr Pflichtenregimes kann man selbiges wohl insgesamt als etabliert und durchaus ausgewogen bezeichnen. Auch das in den Grundzügen mit unserem durchaus vergleichbare deutsche Pflichtenregime wurde und wird grds gerne als gut konturiert bezeichnet.¹³⁷⁹ Aus der in Pkt B 9 dargestellten empirischen Studie zeigt sich weiters, dass auch die österr Insolvenzpraxis dem bestehenden Pflichtenregime ausreichend Möglichkeiten und Anspruchsgrundlagen bescheinigt, um einen durch pflichtwidriges Verhalten im Krisenzusammenhang entstandenen Schaden wiedergutzumachen (s oben Pkt B 9.3.3.3).

Während auf die einzelnen Aspekte in weiterer Folge noch im Detail einzugehen sein wird, kann bei einer Gegenüberstellung des bestehenden Pflichtenregimes mit den in Pkt C 7 zusammengefassten Vorgaben des Art 19 RIRL rasch der Eindruck entstehen, dass diese im österr Recht, wenn auch nicht immer explizit, bereits angelegt sind (eindeutig nicht gilt dies nur für das in Art 7 Abs 1 RIRL vorgesehene Ruhen der Insolvenzantragspflicht). Vor diesem Hintergrund könnte man sogar die Frage stellen, ob sich aus Art 19 RIRL überhaupt *aktiver* Umsetzungsbedarf ergibt, oder ob das bestehende österr Pflichtenregime dessen Vorgaben nicht bereits gerecht wird. Dennoch hat sich Österreich (gleich wie Deutschland) für eine aktive Umsetzung entschieden. Im Detail weichen die Umsetzungen beider Länder aber doch erheblich voneinander ab.

3. Kernpunkte des RIRUG

Nachdem schon die RIRL hierzulande vielfach nicht gerade „Begeisterungstürme“ ausgelöst hat (s oben Pkt C 2.2), mag es nicht überraschen, dass auch zum RIRUG und insb zur ReO im Gesetzwerdungsverfahren vielfach Kritik und Verbesserungsvorschläge geäußert wurden. Zu dem am 22. 2. 2021 in Begutachtung geschickten MEntw¹³⁸⁰ wurden innerhalb der sechswöchigen Begutachtungsfrist rund 50 Stellungnahmen veröffentlicht. Dennoch wurde Ende Juni 2021 ein zwar in vielen Pkten angepasster, in der Grundstruktur

¹³⁷⁷ Im MEntw wurde dieses noch als RIRL-UG bezeichnet.

¹³⁷⁸ Siehe auch Fidler, ZFR 2021, 313 (313) („Punktlandung“).

¹³⁷⁹ Siehe etwa Korch, ZGR 2019, 1050 (1051) mwN.

¹³⁸⁰ Ministerialentwurf betreffend Bundesgesetz, mit dem zur Umsetzung der Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz ein Bundesgesetz über die Restrukturierung von Unternehmen geschaffen sowie die Insolvenzordnung, das Gerichtsgebührengesetz, das Gerichtliche Einbringungsgesetz und das Rechtsanwaltsstarifgesetz geändert werden (Restrukturierungs- und Insolvenz-Richtlinie-Umsetzungsgesetz – RIRL-UG) vom 22. 2. 2021.

aber unveränderter RegEntw¹³⁸¹ veröffentlicht, der am 7. 7. 2021 im Nationalrat in dritter Lesung in nahezu unveränderter Form beschlossen wurde. Neben der in Art 1 des Gesetzes enthaltenen ReO sieht das RIRUG auch noch – im gegenständlichen Kontext aber nicht weiter relevante – Änderungen der IO (Art 2) (wozu in Umsetzung der Art 17, 18 RIRL [s dazu oben Pkt C 2.7] insb auch anfechtungsrechtliche Erleichterungen in den neuen §§ 36a, 36b IO gehören), des Gerichtsgebührengesetzes (Art 3), des Gerichtlichen Einbringungsgesetzes (Art 4), des Rechtsanwaltstarifgesetzes (Art 5) sowie der Exekutionsordnung (Art 6) vor.

Im Begutachtungsverfahren bemängelt wurden insb strukturelle und konzeptionelle Schwächen¹³⁸² und generell die Praxistauglichkeit des neuen Restrukturierungsverfahrens.¹³⁸³ Auch die Fortgeltung des URG wurde kritisch kommentiert.¹³⁸⁴ Vielfach kritisiert wurde auch eine fehlende, für ein modernes Restrukturierungsrecht aber notwendige Verzahnung zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht.¹³⁸⁵ Dies betrifft insb den auch in der ReO nicht vorgesehenen *debt-equity-swap*,¹³⁸⁶ also die Möglichkeit, Gläubigerforderungen wenn nötig auch gegen den Willen der bestehenden Anteilsinhaber in Anteilsrechte umzuwandeln.¹³⁸⁷ Deutsche Beobachter

¹³⁸¹ Regierungsvorlage betreffend Bundesgesetz, mit dem zur Umsetzung der Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz ein Bundesgesetz über die Restrukturierung von Unternehmen geschaffen wird sowie die Insolvenzordnung, das Gerichtsgebührengesetz, das Gerichtliche Einbringungsgesetz und, das Rechtsanwaltstarifgesetz und die Exekutionsordnung geändert werden (Restrukturierungs- und Insolvenz-Richtlinie-Umsetzungsgesetz –RIRUG).

¹³⁸² *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme der Universität Innsbruck, parlament.gv.at (2, Stand 6. 4. 2021), nach welchen – insb auch mit Verweis auf die nur sechs-wöchige Begutachtungsfrist – es „erheblichen Änderungs-, Verbesserungs- und Reflexionsbedarf“ gebe, der bis zur Umsetzungsfrist mit 17. 7. 2021 zumindest nicht einfach vorstellbar sei.

¹³⁸³ *Wolff*, Stellungnahme des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages (Referent *Stephan Riel*), parlament.gv.at (103, Stand 6. 4. 2021), nach welchem die unglückliche Mischung eines vorinsolvenzlichen Restrukturierungs- mit einem gerichtlichen Insolvenzverfahren die Praxistauglichkeit insgesamt zweifelhaft erscheinen lasse (dies insb mit Verweis auf das nach selbigem uU unionsrechtswidrige Wahlrecht des Schuldners bei Überschuldung zwischen Restrukturierungs- und Insolvenzverfahren. Es sei „zusammenfassend weder europarechtlich geboten noch sinnvoll, insolvente und nicht insolvente Schuldner gleich zu behandeln.“); ähnlich *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme der Universität Innsbruck, parlament.gv.at (7 f, Stand 6. 4. 2021); ebenso krit zur Praxistauglichkeit *Abel/Gensbichler*, INDat Report 2/2021, 32 (37) (zum MEntw).

¹³⁸⁴ *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme der Universität Innsbruck, parlament.gv.at (19, Stand 6. 4. 2021) („äußerst überraschend“ und eine „systematisch nicht nachvollziehbare Entscheidung“).

¹³⁸⁵ *Isola/Weileder/Seidl/Schnur*, parlament.gv.at (1, Stand 25. 3. 2021).

¹³⁸⁶ Nach § 37 ReO erfordert dieser auch weiterhin die Zustimmung der Anteilsinhaber nach geltendem Gesellschaftsrecht; s dazu auch ErläutRV 950 XXVII. GP 4.

¹³⁸⁷ Krit zur diesbezüglichen Zurückhaltung des ReO-Gesetzgebers *Isola/Weileder/Seidl/Schnur*, parlament.gv.at (2 ff, Stand 25. 3. 2021); *Wabl/Gassner*, parlament.gv.at (4 f, Stand 2. 4. 2021); *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme der Universität Innsbruck, parlament.gv.at (66, Stand 6. 4. 2021); in diese Richtung auch *Wolff*, Stellungnahme des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages (Referent *Stephan Riel*), parlament.gv.at (20, Stand 6. 4. 2021), nach welchem es doch Bedenken erwecke, „dass auch bei nicht insolventen Schuldern [...] in Gläubigerrechte eingegriffen wird, während [...] auf Gesellschafterebene regelmäßig die gleichen Zustimmungserfordernisse verlangt werden, wie außerhalb eines Restrukturierungsverfahrens“; krit auch *Simsa/Kalser*, SWK 2021, 642 (648) (noch zum MEntw).

attestierten, der österr Gesetzgeber zeige mit der ReO *keine* „Ambitionen im europäischen Wettbewerb der Rechtsordnungen“. ¹³⁸⁸

Die auf den MEntw folgende Kritik führte bis zur Verabschiedung auch noch zu einigen Anpassungen und Präzisierungen. Die Grundstruktur des RIRUG und insb der ReO blieb aber dieselbe, weswegen davon auszugehen ist, dass auch weiterhin grds systematische Kritik geäußert werden wird. Zum Zeitpunkt des Abschlusses dieser Arbeit lagen aber noch vergleichsweise wenige Stellungnahmen in der Lit vor. In den bereits veröffentlichten wurde die ReO im Grundtenor eher positiv,¹³⁸⁹ jedoch auch kritisch¹³⁹⁰ kommentiert. *Mohr* bezeichnet das Restrukturierungsverfahren schließlich als „Zwitter aus Vorinsolvenzverfahren und Insolvenzverfahren bei wahrscheinlicher Insolvenz“, mit dem in Österreich Neuland betreten werde.¹³⁹¹

In der Folge wird ein kurzer Überblick zu den wesentlichen Bestimmungen der ReO gegeben.¹³⁹² Die ReO ermöglicht sämtlichen Unternehmen und Unternehmern (ausgenommen sind gem § 2 ReO insb Unternehmen aus dem Finanzsektor) die Beantragung eines Restrukturierungsverfahrens, das diesem ermöglicht, sich zu restrukturieren, um die Zahlungsunfähigkeit abzuwenden und die Bestandfähigkeit sicherzustellen (§ 1 Abs 1 ReO). Voraussetzung für die Einleitung des Restrukturierungsverfahrens ist die vom Schuldner im Antrag darzulegende (§ 7 Abs 1 ReO) wahrscheinliche Insolvenz (§ 6 Abs 1 ReO, s dazu sogleich Pkt 6.1). Dem Antrag sind umfassende Unterlagen wie insb ein Restrukturierungsplan oder ein Restrukturierungskonzept (§ 7 Abs 1 Z 1 ReO), ein Finanzplan (§ 7 Abs 1 Z 2 ReO) und Jahresabschlüsse (§ 7 Abs 1 Z 3 ReO) anzuschließen. Wird mit dem Antrag „nur“ ein Restrukturierungskonzept vorgelegt, hat der Schuldner darzulegen, dass mit selbigem die Bestandfähigkeit des Unternehmens erreicht werden kann (§ 7 Abs 2 ReO). Der Schuldner hat sodann 60 Tage Zeit, einen Restrukturierungsplan entweder selbst oder unterstützt durch einen gerichtlich bestellten Restrukturierungsbeauftragten vorzulegen (§ 8 Abs 1 ReO). § 9 ReO regelt mehrere Fälle, in denen das Gericht einen Restrukturierungsbeauftragten bestellen *muss* (neben den in Abs 1 iW genannten zwingenden Fällen des Art 5 Abs 3 RIRL gem Abs 2 auch, wenn die Eigenverwaltung zu Nachteilen für die Gläubiger führen *kann*, insb wenn der Schuldner Mitwirkungs- oder Auskunftspflichten verletzt [Z 1], den Interessen der Gläubiger

¹³⁸⁸ *Madaus*, Österreichs Entwurf einer Restrukturierungsordnung – das Planverfahren der InsO 1999, stephanmadaus.de (Stand 24. 2. 2021) (noch zum MEntw), nach welchem das Gesetz vielmehr einem gerichtlichen Verfahren wie dem ehemaligen deutschen Vergleichsverfahren ähnele.

¹³⁸⁹ *Arnold*, GesRZ 2021, 113 (113 f), nach welchem aber eine bessere Abstimmung unionsrechtlicher Bestimmungen mit dem nationalen Recht zu begrüßen gewesen wäre; *Simsa/Kalser*, SWK 2021, 642 (648) (noch zum MEntw).

¹³⁹⁰ *Fidler*, ZFR 2021, 313 (313) (doch nur ein „Sanierungsverfahren light“?); *Abel/Gensbichler*, INDat Report 2/2021, 32 (37) (zum MEntw); *Seidl*, eurofenix 84/2021, 38 (zum MEntw).

¹³⁹¹ *Mohr*, ZIK 2021, 82 (94). Auch wenn der vorinsolvenzrechtliche Ansatz des Gesetzes sinnvoll sei, sei nach diesem aber nicht zu erwarten, dass die Chance von sehr vielen Schuldnern genutzt werden würde. Erforderlich seien die für die Vorbereitung des Antrags nötigen Mittel; alleine würden Schuldner dazu nicht im Stande sein.

¹³⁹² Einen umfassenden Überblick bietet *Mohr*, ZIK 2021, 82 (82 ff); für weitere Zusammenfassungen s etwa *Ringelspacher/Nitsche*, ZRI 2021, 477 (480 ff); *Simsa/Kalser*, SWK 2021, 642 (642 ff); *Abel/Gensbichler*, INDat Report 2/2021, 32 (32 ff) (alle noch zum MEntw).

zuwiderhandelt [Z 2] oder Forderungen betroffener Gläubiger sicherstellt oder begleicht [Z 5]). Nach §9 Abs 3 ReO *kann* weiters ein Restrukturierungsbeauftragter bestellt werden, etwa zur Festlegung von Verfügungsbeschränkungen (Z 3). Abgesehen von solchen gerichtlich ausgesprochenen Verfügungsbeschränkungen sieht § 16 ReO aber die Eigenverwaltung des Schuldners vor. Dadurch soll Schuldnern ein Anreiz geboten werden, bei finanziellen Schwierigkeiten frühzeitig die präventive Restrukturierung zu beantragen.¹³⁹³

§§ 19 bis 23 ReO regeln in Umsetzung der Art 6 u 7 RIRL (s dazu oben Pkt C 2.5) eine Vollstreckungssperre und deren Wirkungen (wozu auch das unten in Pkt 8 behandelte Ruhen der Insolvenzantragspflicht gehört). § 27 ff ReO regeln den Inhalt von Restrukturierungsplänen inkl Vorgaben zu Gläubigerklassen (§ 29), dem Kriterium des Gläubigerinteresses (§ 35), Regelungen zum klassenübergreifenden Cram-down (§ 36) und den Anteilsinhabern (§ 37). Anteilsinhaber können wie bereits angemerkt *nicht* gegen ihren Willen zur Aufgabe ihrer Anteile gezwungen werden, ein durch den Restrukturierungsplan erzwungener *debt-equity-swap* ist daher nicht möglich.¹³⁹⁴

Neben diesem „regulären“ Verfahren sieht die ReO im 7. Abschnitt noch zwei besondere Verfahrensarten vor. Einerseits das Europäische Restrukturierungsverfahren (§ 44 ReO), das auf Antrag des Schuldners eine öffentliche Bekanntmachung des Verfahrens vorsieht und dadurch die Anerkennung innerhalb der EU erleichtern soll. Andererseits ein vereinfachtes und auf Finanzgläubiger beschränktes Restrukturierungsverfahren (§ 45 ReO), in welchem die Eigenverwaltung des Schuldners nicht beschränkt und kein Restrukturierungsbeauftragter bestellt werden darf (Abs 5), sowie keine Vollstreckungssperre zur Verfügung steht (Abs 6).

Die in dieser Arbeit behandelten Geschäftsleiterpflichten werden durch

- einen an die wahrscheinliche Insolvenz geknüpften Pflichtenkatalog für die Unternehmensleitung in § 1 Abs 3 ReO (s unten Pkt 7.1.1 ff),
- ein an die Vollstreckungssperre geknüpfted Ruhen der Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung in § 24 Abs 1 ReO (s unten Pkt 8.1), sowie
- Haftungserleichterungen in § 25 ReO für (i) das Zahlungsverbot (s ebenso unten Pkt 8.1) und (ii) die Haftung nach § 22 Abs 1 URG (s unten Pkt 7.3)

berührt. Verwandte Aspekte wie etwa Mitwirkungs- und Auskunftspflichten (§ 17 ReO), Verfügungsbeschränkungen (§ 16 Abs 2 ReO) oder Implikationen der Bestellung eines

¹³⁹³ ErläutRV 950 XXVII. GP 7 mit Verweis auf ErwGr 30 RIRL.

¹³⁹⁴ Siehe auch *Mohr*, ZIK 2021, 82 (83).

Restrukturierungsbeauftragten (§ 9 ff ReO) werden im Folgenden nicht im Detail behandelt.¹³⁹⁵

4. Kernpunkte des SanInsFoG

Der deutsche Gesetzgeber hat das iW seit 1. 1. 2021 in Kraft befindliche Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz, im Folgenden **SanInsFoG**)¹³⁹⁶ im Fahrwasser der COVID-19 Pandemie im Rekordtempo beschlossen. Dessen Herzstück ist das in Art 1 geregelte Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (Unternehmensstabilisierungs- und –restrukturierungsgesetz, im Folgenden **StaRUG**), das insb der Umsetzung wesentlicher Aspekte der RIRL dient.¹³⁹⁷ Daneben sieht Art 5 SanInsFoG auch noch Änderungen der dInsO vor, die teilweise auch im gegenständlichen Kontext relevant sind.

Der Verabschiedung vorausgegangen sind ein im September 2020 veröffentlichter Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (im Folgenden **StaRUG- bzw SanInsFoG-RefEntw**),¹³⁹⁸ ein im Oktober 2020 veröffentlichter Gesetzesentwurf der Bundesregierung (im Folgenden **StaRUG- bzw SanInsFoG-RegEntw**)¹³⁹⁹ sowie zahlreiche Stellungnahmen, auf die soweit relevant ebenso Bezug genommen wird.

Das SanInsFoG wurde als solches weitestgehend positiv aufgefasst, als „rechtstechnisch durchaus gelungenes Gesetzeswerk“¹⁴⁰⁰ bezeichnet, für seine „handwerkliche Qualität“¹⁴⁰¹ gelobt und etwa als „großer Wurf“¹⁴⁰² oder „competitive response“¹⁴⁰³ zu den jüngsten Reformen in England und den Niederlanden¹⁴⁰⁴ bezeichnet, der eine Lücke im Vorfeld der Insolvenz schließen würde¹⁴⁰⁵ und mit welchem die europäischen Vorgaben „klug umgesetzt“ worden seien.¹⁴⁰⁶ Obwohl das vergleichsweise kurze Gesetzgebungsverfahren

¹³⁹⁵ Dasselbe gilt für Vorgaben des Schuldners zum Nachkommen gerichtlicher Verbesserungsaufträge, der Vorlage eines Restrukturierungsplans innerhalb der gerichtlich gesetzten Frist, oder das rechtzeitige Erlegen eines Kostenvorschusses, deren Verletzung jeweils gem § 42 Abs 3 ReO zur gerichtlichen Einstellung des Restrukturierungsverfahrens führen kann (s zu alldem etwa *Mohr*, ZIK 2021, 82 [82 ff]).

¹³⁹⁶ dBGBI 2020 I/66, 3256 vom 22. 12. 2020.

¹³⁹⁷ Einen guten Überblick bietet etwa *Gehrlein*, BB 2021, 66.

¹³⁹⁸ *bmjv.de* (Stand 19. 9. 2020). Im Gegensatz zur verabschiedeten Fassung und auch zum *RegEntw* wurde im *RefEntw* noch durchgehend die weibliche Form für sämtliche geschlechtsspezifischen Begriffe verwendet.

¹³⁹⁹ *bmjv.de* (Stand 14. 10. 2020).

¹⁴⁰⁰ *Gehrlein*, BB 2021, 66 (81).

¹⁴⁰¹ *Thole*, ZIP 2020, 1985 (2000) (noch zum *RefEntw*).

¹⁴⁰² *Reuter*, INDat Report 8/2020, 12 (15) (noch zum *RefEntw*).

¹⁴⁰³ *Madaus*, A Giant Leap for German Restructuring Law? The New Draft Law for Preventive Restructuring Procedures in Germany, *law.ox.ac.uk/business-law-blog* (Stand 26. 10. 2020) (noch zum *RefEntw*); ähnlich *ders*, Stellungnahme zum SanInsFoG-Regierungsentwurf, *bundesrat.de* (1 f, Stand 12. 11. 2020).

¹⁴⁰⁴ Zum dort jüngst in Kraft getretenen *Wet Homologatie Onderhands Akkoord* („WHOA“) s nur *Wabl/Boon*, ZIK 2020, 151.

¹⁴⁰⁵ *Desch*, BB 2020, 2498 (2511) (noch zum *RegEntw*).

¹⁴⁰⁶ *Gesellschaft für Restrukturierung – TMA Deutschland e.V.*, Stellungnahme zum SanInsFoG-RefEntw, *tma-deutschland.org* (1, Stand 2. 10. 2020).

teils heftig kritisiert wurde,¹⁴⁰⁷ scheint man in Deutschland somit insgesamt zufrieden mit der Umsetzung der RIRL zu sein.

Aufgrund der in letzter Sekunde gemachten Änderungen, insb der Streichung der Möglichkeit zur Beendigung nachteiliger Verträge (s dazu noch unten Pkt 7.2.2.3), habe es aber auch (erheblich) an Attraktivität eingebüßt.¹⁴⁰⁸ Aufgrund des Gesetzesumfangs erwarten manche, dass dessen praktische Relevanz auf große Unternehmen eingeschränkt sein werde.¹⁴⁰⁹

Gegenständlich am relevantesten ist die im StaRUG befindliche Umsetzung zum präventiven Restrukturierungsrahmen. Die sog *Rechtshängigkeit* der *Restrukturierungssache* erfolgt nach § 31 Abs 3 StaRUG durch die Anzeige des Restrukturierungsvorhabens. Mit dieser Anzeige muss der Schuldner insb auch das für den weiteren Verfahrensgang entscheidende *Restrukturierungsziel* (§ 31 Abs 2 Z 1 StaRUG) bekanntgeben. Gem § 29 Abs 2 StaRUG stehen sodann die Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens zur Verfügung, wozu eine gerichtliche Planabstimmung (Z 1), eine gerichtliche Vorprüfung erheblicher Fragen (Z 2), ein Stabilisierungsrahmen (Z 3) und eine gerichtliche Bestätigung eines Restrukturierungsplans (Z 4) gehören. Die Inanspruchnahme dieser Instrumente erfordert *drohende* Zahlungsunfähigkeit (s dazu unten Pkt 6.2.2), deren Vorliegen durch den Restrukturierungsplan beseitigt und gleichzeitig die Bestandsfähigkeit¹⁴¹⁰ des Schuldners sicher- oder wiederhergestellt werden muss (§ 14 Abs 1 StaRUG). Neben Gläubigern können nach § 9 Abs 1 Z 4 StaRUG auch Anteilshaber in einen Restrukturierungsplan miteinbezogen und mithilfe einer gruppenübergreifenden Mehrheitsentscheidung (§ 26 StaRUG) wenn erforderlich auch überstimmt werden.

Im StaRUG befinden sich

- in Teil 1 (Krisenfrüherkennung und Krisenmanagement, s dazu Pkt 7.3.2.1), sowie an anderer Stelle insb
- in § 32 zu Pflichten des Schuldners und § 43 zu Pflichten und Haftung der Organe (s zu beidem Pkt 7.2.2.2),
- in § 42 zur Anzeige von Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung (s dazu Pkt 8.2), sowie
- in § 57 iZm einer beantragten Stabilisierungsanordnung (s dazu Pkt 7.2.2.3)

¹⁴⁰⁷ Bork, ZInsO 2020, 2177 (2177), nach welchem es „nicht von großer Gesetzgebungskunst“ zeuge, „wenn man sich nicht die Zeit nimmt, den Entwurf auf eine solide Grundlage zu stellen“; ähnlich der *Verband Insolvenzverwalter Deutschlands*, Stellungnahme zum SanInsFoG-RefEntw, vid.de (2, Stand 2. 10. 2020); s auch Reuter, INDat Report 10/2020, 13 (13) („Geht gut Ding auch in Eile?“).

¹⁴⁰⁸ Interview von Lars Westpfahl mit dem INDat Report, abgedruckt in Reuter, INDat Report 1/2021, 66 (66 f), nach welchem das StaRUG nun doch keine operative, sondern nur eine finanzielle Restrukturierung ermögliche.

¹⁴⁰⁹ Siehe nur Gehrlein, BB 2021, 66 (81).

¹⁴¹⁰ Im StaRUG wird dieser Begriff anders als in der ReO, jedoch gleich wie in der RIRL, mit einem Binnen-„s“ geschrieben.

zentrale Bestimmungen für die Pflichten von Geschäftsleitern, die durch Änderungen der dInsO in Art 5 SanInsFoG (s Pkt 6.2 u 8.2.2) flankiert werden.

Obwohl viele Aspekte von der RIRL vorgegeben wurden, weichen das SanInsFoG und das StaRUG in den Details in nahezu all diesen Aspekten (teilweise auch deutlich) vom RIRUG und der ReO ab. Die weitere Untersuchung beschränkt sich auf diejenigen Aspekte, die auch für eine Bewertung der österr Umsetzung relevant erscheinen. Verwandte Aspekte wie etwa Auskunft- und Mitwirkungspflichten des Schuldners (zB § 39 Abs 2 StaRUG) sowie Implikationen eines bestellten Restrukturierungsbeauftragten (Kapitel 3 StaRUG) oder eines Gläubigerbeirats (§ 93 StaRUG)¹⁴¹¹ werden daher auch hier nicht weiter thematisiert.¹⁴¹²

5. Unternehmensleitung

5.1. RIRUG

5.1.1. Geschäftsleiter *jedenfalls* erfasst

Die ReO definiert den Begriff der „Unternehmensleitung“ gleich wie die RIRL *nicht*. Nach den Mat umfasst der Begriff „insbesondere den Vorstand einer Aktiengesellschaft und den Geschäftsführer einer GmbH“.¹⁴¹³ Durch diese Klarstellung sind die in der gegenständlichen Arbeit behandelten Geschäftsleiter *jedenfalls* erfasst. Gleich wie in der RIRL ist der konkrete Bedeutungsgehalt des Begriffs aber unklar.¹⁴¹⁴

5.1.2. Darüber hinausgehende Bedeutung unklar

Dass gleich wie in der RIRL (s dazu bereits oben Pkt C 7.2) auch Organe anderer Unternehmens- und Gesellschaftsformen erfasst sein können, unterstreicht der durchaus weite und lediglich durch § 2 ReO eingeschränkte persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes, der etwa auch Personengesellschaften und Unternehmer in den Anwendungsbereich mitaufnimmt.

Der Begriff der Unternehmensleitung wird in der ReO überhaupt nur einmal verwendet, und zwar in dem noch in Pkt 7 behandelten Pflichtenkatalog nach § 1 Abs 3. Auch in den Mat wird der Begriff aussch iZm dieser Bestimmung genannt.¹⁴¹⁵ Es liegt nahe, dass der ReO-Gesetzgeber dies deswegen getan hat, weil hier die Vorgaben des Art 19 sowie der ErwGr 70

¹⁴¹¹ Die Bestimmung zum Gläubigerbeirat gem § 93 StaRUG wurde erst kurz vor Verabschiedung eingefügt. Dessen Aufgabe ist insb die Unterstützung und Überwachung des Schuldners bei seiner Geschäftsführung; s dazu nur *Brüinkmans*, ZInsO 2021, 125 (129).

¹⁴¹² Einen guten Überblick zu allen Aspekten bietet *Gehrlein*, BB 2021, 66 (66 ff).

¹⁴¹³ ErläutRV 950 XXVII. GP 4.

¹⁴¹⁴ Die Unklarheit wurde auch im Zuge des Begutachtungsverfahrens teils kritisiert: s etwa *Bundeskanzleramt - Verfassungsdienst*, parlament.gv.at (2, Stand 2. 4. 2021) (Unternehmensleitung „kein Verbum legale“); *Altenburger/Marterbauer/Klement*, Stellungnahme der KSW, parlament.gv.at (4, Stand 6. 4. 2021) (stattdessen „Unternehmer“, im Interesse der Konsistenz mit dem UGB und dem URG, um Auslegungsprobleme und Eingriff in Unternehmens- bzw Gesellschaftsrecht zu vermeiden); s dazu auch *Wabl/Gassner in Konecny* (in Druck).

¹⁴¹⁵ ErläutRV 950 XXVII. GP 4.

u 71 RIRL weitestgehend wortgleich übernommen wurden (s dazu noch unten Pkt 7). Ansonsten wird in der ReO immer entweder vom „Schuldner“ oder vereinzelt von „Mitgliedern des vertretungsbefugten Organs“¹⁴¹⁶ (in § 6 Abs 4 iZm den Einleitungsvoraussetzungen, in § 9 Abs 2 Z 3 iZm der Bestellung eines Restrukturierungsbeauftragten und § 25 Abs 2 iZm einem Ausschluss der Haftung nach § 22 Abs 1 URG) gesprochen. Im MEntw war in § 9 Abs 2 Z 3 neben dem Schuldner statt den „Mitgliedern des vertretungsbefugten Organs“ noch von „der Leitung seines Unternehmens“ die Rede.¹⁴¹⁷

Vieles deutet somit darauf hin, dass der ReO-Gesetzgeber mit den Begriffen „Unternehmensleitung“ und „Mitgliedern des vertretungsbefugten Organs“ auch etwas Unterschiedliches meint. Ein Blick auf den in § 1 Abs 3 ReO genannten und großteils von der RIRL übernommenen Pflichtenkatalog legt aber gleich wie bei der RIRL (s oben Pkt C 7.2) auch hier nahe, dass zuallererst die *geschäftsführenden* (nach außen vertretungsbefugten) Organe gemeint sind. Überwachungsorgane (insb Aufsichtsräte) oder sonstige Gesellschaftsorgane (wie etwa die Anteilsinhaberversammlung) sind mE ohne Hinzukommen weiterer Umstände (wie etwa einer faktischen Geschäftsführung) nicht als Unternehmensleiter zu qualifizieren. Eine Anpassung oder Verschärfung der Geschäftsleiterpflichten hat aber mittelbar auch Ausstrahlwirkung auf die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats, die nach hA generell auf die Rechtmäßigkeit und Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsleitung ausgerichtet ist und sich in der Krise ebenso intensiviert.¹⁴¹⁸ Aufsichtsräte müssen daher nicht selbst iSv § 1 Abs 3 ReO Schritte zur Insolvenzabwendung setzen (das können sie gesellschaftsrechtlich auch nicht), jedoch müssen sie ihre Überwachungspflichten dahingehend adaptieren und im Rahmen ihrer rechtlichen Möglichkeiten auf ein pflichtgemäßes Handeln der Geschäftsleitung hinwirken.

5.2. SanInsFoG

5.2.1. Einschränkung auf Geschäftsleiter haftungsbeschränkter Unternehmensträger

Der Begriff der Unternehmensleitung wird im StaRUG und in den dazugehörigen Mat weder definiert noch wirklich verwendet.¹⁴¹⁹ Indem § 1 das StaRUG mit der Überschrift

¹⁴¹⁶ Auch die Bedeutung des Begriffs „Mitglieder des vertretungsbefugten Organs“ ist mE nicht eindeutig. Auch hier handelt es sich um kein *verbum legale*, weswegen wiederum potentiell alle Unternehmensformen miteingeschlossen sein können. Gleichzeitig verweist § 25 Abs 2 ReO unter Verwendung dieses Begriffs auf § 22 Abs 1 URG, wo aber ausschl von vertretungsbefugten Organen einer prüfpflichtigen juristischen Person, die ein Unternehmen betreibt, gesprochen wird. Auch dies schießt mE jedenfalls Geschäftsleiter wie GmbH-Geschäftsführer oder AG-Vorstände mit ein.

¹⁴¹⁷ Damit solle nach ErläutRV 950 XXVII. GP 8 das Beispiel des ErwGr 30 RIRL übernommen werden, wo aber wiederum „Unternehmensleitung“ verwendet wird.

¹⁴¹⁸ Generell dazu *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 30j Rz 20 f (Stand 1. 10. 2019, rdb.at); s im Kontext der Insolvenzantragspflicht auch *Kodek in Konecny* 165 (168) sowie *Schumacher in KLS* § 69 Rz 31 mwN.

¹⁴¹⁹ Tatsächlich wird der Begriff in den Mat überhaupt nur einmal am Rande erwähnt, ohne ihm eine weitere Bedeutung zuzuschreiben: „Die §§ 1 bis 3 StaRUG-E enthalten Konkretisierungen für Verhaltenspflichten von

„Krisenfrüherkennung und Krisenmanagement bei haftungsbeschränkten Unternehmensträgern“ einleitet und in § 1 Abs 1 ausdrücklich auf die „Mitglieder des zur Geschäftsführung berufenen Organs einer juristischen Person (Geschäftsleiter)“ Bezug nimmt, wird der Fokus ausdrücklich auf *diese* gelegt.¹⁴²⁰ Auch die Pflichten- und Haftungsbestimmungen in §§ 43 sowie 57 StaRUG sind auf solche Geschäftsleiter beschränkt, in allen anderen Fällen wird der Schuldner als solcher selbst adressiert.

Die dazugehörigen Mat betonen, dass § 1 StaRUG der Umsetzung des Art 19 sowie der ErwGr 70 u 71 RIRL dient.¹⁴²¹ Auf Vorgaben für *nicht* haftungsbeschränkte Rechtsträger wurde „mit Rücksicht auf die im geltenden Recht angelegte, sich auf die Steuerungs- und Anreizwirkung der persönlichen Haftung stützende Unterscheidung zwischen haftungsbeschränkten und nicht haftungsbeschränkten Rechtsträgern verzichtet.“¹⁴²² Um Diskussionen iZm der RL-Konformität der Umsetzung vorzugreifen, verweisen die Mat explizit auf Art 1 Abs 4 S 2 RIRL, wonach auch der Restrukturierungsrahmen (bei dem Art 19 systematisch verortet sei) auf juristische Personen beschränkt werden könne.¹⁴²³ Nachdem das StaRUG selbst nicht auf juristische Personen beschränkt ist, tätigt der StaRUG-Gesetzgeber hier aber einen kleinen „Kunstgriff“ und macht von der Einschränkungsmöglichkeit des Art 1 Abs 4 S 2 RIRL nur selektiv Gebrauch.¹⁴²⁴

5.2.2. Keine unmittelbare Ausweitung auf Überwachungsorgane

Ob Aufsichtsräte zur Unternehmensleitung gehören, wird im StaRUG nicht adressiert. Die in § 1 Abs 1 StaRUG erfolgte Definition des Geschäftsleiters als „Mitglieder des zur Geschäftsführung berufenen Organs“ gilt aber schon begrifflich nicht für Überwachungsorgane. Weil dort ebenso Berichtspflichten *an* Überwachungsorgane vorgesehen werden (s dazu noch unten Pkt 7.3.2.1), ist im StaRUG aber für eine klare Differenzierung gesorgt.

Wie in Pkt 7.2.2.1 angesprochen, sah der SanInsFoG-RegEntw in § 2 Abs 2 noch eine besondere Pflichtenregelung für Überwachungsorgane vor, nach welcher diese während drohender Zahlungsunfähigkeit über die Einhaltung der Pflicht der Geschäftsleiter zur

Geschäftsleitern und Überwachungsorganen, die jedoch ohnehin auch bisher schon zu einer verantwortungsvollen Unternehmensleitung und –überwachung gehörten.“ (SanInsFoG-RegEntw 112).

¹⁴²⁰ Dasselbe gilt lt §§ 1 Abs 2, 43 Abs 1 sowie 57 StaRUG für sog Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit iSd § 15a Abs 1 S 3 Abs 2 dInsO.

¹⁴²¹ SanInsFoG-RegEntw 118 (SanInsFoG-RefEntw 111), hier auch noch beziehungsweise auf den aE des Gesetzwerdungsprozesses weggefallenen § 2 SanInsFoG-RegEntw, s dazu unten Pkt 7.2.2.1.

¹⁴²² SanInsFoG-RegEntw 118 (SanInsFoG-RefEntw 111).

¹⁴²³ SanInsFoG-RegEntw 118 (SanInsFoG-RefEntw 111). Auch schon vor dem StaRUG wurde etwa von Goetker in *Flöther* 273 (275 f) betont, dass der Pflichtenkatalog des Art 19 RIRL auf die Leitungsorgane haftungsbeschränkter Rechtsträger zugeschnitten sei und dies der deutschen Rechtsordnung entspreche, die für natürliche Personen ebenso keine solchen Pflichten vorsehe und ein hinreichendes Eigeninteresse unterstelle, frühzeitig Krisen zu erkennen und Sanierungsmaßnahmen einzuleiten, und der Gläubigerschutz in der unbeschränkten persönlichen Haftung und dem Strafrecht liege; nach *Demisch* in *Morgen*, Restrukturierung Art 19 Rz 48, müsse aufgrund der rechtsformneutralen Ausgestaltung des Art 19 RIRL dennoch eine Vorschrift für alle Gesellschaftsformen vorgesehen werden.

¹⁴²⁴ Ob dies methodisch ohne Weiteres zulässig ist, ist im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter zu klären.

Wahrung der Interessen der Gesamtheit der Gläubiger wachen hätten sollen (diese Pflicht ist gleich wie die korrespondierende Pflicht der Geschäftsleitung selbst weggefallen, s Pkt 7.2.2.1). Auch ohne eine besondere Pflichtenregelung für Aufsichtsräte ergibt sich nach der dLit aber schon aus deren generellen Überwachungspflichten, dass auch auf die Einhaltung besonderer Pflichten durch die Geschäftsleitung zu achten ist.¹⁴²⁵

5.3. Bewertung der österreichischen Umsetzung

Nachdem sich wie bereits in Pkt C 7.2 gezeigt keine Definition des Begriffs der Unternehmensleitung in der RIRL befindet, bleibt den MS hier bei der Umsetzung ein weiterer Spielraum. Dass wie in Pkt C 7.2 dargestellt *eigentlich* zuallererst die für die Unternehmensleitung zuständigen *geschäftsführenden, vertretungsbefugten* Organe haftungsbeschränkter Gesellschaften gemeint sind, hat der ReO-Gesetzgeber (anders wie der StaRUG-Gesetzgeber) bei der Umsetzung der RIRL nicht explizit berücksichtigt.

Die in der ReO erfolgte Umsetzung ist aufgrund des von der RIRL gegebenen Spielraums als richtlinienkonform anzusehen. Um Diskussionen zu einer Auslegung des Begriffs der Unternehmensleitung vorzugreifen, wäre mE aber auch in der ReO eine Einschränkung auf Geschäftsleitungsorgane haftungsbeschränkter Rechtsträger zweckmäßig. Damit würden einerseits offensichtliche Widersprüche (Einzelunternehmer haben idR keine „Anteilshaber“ im klassischen Sinn) und andererseits Diskussionen über den nun völlig unterschiedliche Rechts- und Unternehmensformen abdeckenden Regelungsgehalt des § 1 Abs 3 ReO vermieden. Eine solche Einschränkung auf haftungsbeschränkte Rechtsträger könnte überdies auch bereits dem gesetzgeberischen Willen entsprechen, ist die Bestimmung doch – wie in den Mat explizit angeführt – als „*Konkretisierung*“ (s dazu noch unten Pkt 7.1.1) der bereits in den Materiengesetzen enthaltenen gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltspflichten zu verstehen.¹⁴²⁶ Zitiert werden dabei ausdrücklich § 25 GmbHG sowie § 84 AktG.¹⁴²⁷ Für (Einzel-)Unternehmer und Personengesellschaften gibt es solche (in Pkt B dieser Arbeit auf behandelte) gesellschaftsrechtliche Sorgfaltspflichten in dieser Form aber gar nicht. *Genau* aufgrund dieser Anm in den Mat bietet sich mE eine teleologische Reduktion des – wie bereits gesagt ausschl in § 1 Abs 3 ReO verwendeten – Begriffs der Unternehmensleitung auf vertretungsbefugte Organe haftungsbeschränkter Rechtsträger, kurz Geschäftsleiter, an. Auch wenn ein solches Begriffsverständnis dadurch bereits *de lege lata* argumentierbar scheint, wäre *de lege ferenda* eine gesetzliche Klarstellung wünschenswert.

¹⁴²⁵ Siehe nur Thole, ZIP 2020, 1985 (1987); ähnlich Skauradszun/Amort, DB 2021, 1317 (1319) (präventive Kontrolle Teil der allgemeinen Überwachungspflicht).

¹⁴²⁶ ErläutRV 950 XXVII. GP 4.

¹⁴²⁷ ErläutRV 950 XXVII. GP 4.

6. Wahrscheinliche Insolvenz

6.1. RIRUG

6.1.1. Vorbemerkung

§ 1 Abs 3 ReO knüpft Pflichten der Unternehmensleitung gleich wie Art 19 RIRL an die wahrscheinliche Insolvenz des Schuldners. Diese liegt gem § 6 Abs 2 ReO vor, wenn der Bestand des Unternehmens des Schuldners ohne Restrukturierung gefährdet wäre, insb bei drohender Zahlungsunfähigkeit; sie wird vermutet, wenn die Eigenmittelquote 8 % unterschreitet und die fiktive Schuldentilgungsdauer 15 Jahre übersteigt.¹⁴²⁸

Das Vorliegen der wahrscheinlichen Insolvenz ist vom Schuldner gem § 7 Abs 1 ReO im Antrag auf Einleitung des Restrukturierungsverfahrens darzulegen.^{1429 1430} Gem § 7 Abs 3 ReO ist der Antrag insb unzulässig, wenn wahrscheinliche Insolvenz offenbar *nicht* vorliegt und der Antrag daher missbräuchlich ist.

Die vom ReO-Gesetzgeber gewählte Definition wurde im Zuge des Begutachtungsverfahrens teils heftig kritisiert. Insb das Verhältnis zur Überschuldung (s dazu noch ausf unten Pkt 6.1.4) wurde kritisch kommentiert.

6.1.2. Bestandsgefährdung

Der Begriff der wahrscheinlichen Insolvenz selbst wird somit zwar nicht explizit definiert,¹⁴³¹ jedoch wird er durch die Verknüpfung mit der Bestandsgefährdung in § 6 Abs 2 ReO *konkretisiert*.¹⁴³² Auch der Begriff der Bestandsgefährdung wird in der ReO nicht definiert. Nach den Mat empfehle es sich, diesbezüglich an die im Rechnungslegungsrecht in § 273 Abs 2 UGB vorgesehene Gefährdung des Bestands eines Unternehmens und die diesbezügliche Lit anzuknüpfen.¹⁴³³ Nach (schon vor der ReO bestehender) hA ist der Bestand des Unternehmens iSd § 273 Abs 2 UGB dann gefährdet, wenn ernsthaft in absehbarer Zeit mit einer Insolvenz oder Liquidation zu rechnen ist und damit das *going*

¹⁴²⁸ Hier ist der ReO-Gesetzgeber infolge des MEntw wohl einer Stellungnahme der Universität Innsbruck gefolgt, die sich für eine differenzierte Betrachtung zwischen drohender Zahlungsunfähigkeit und URG-Kennzahlen (bloße Vermutung der wahrscheinlichen Insolvenz) aussprach (s *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme der Universität Innsbruck, parlament.gv.at [33, 37, Stand 6. 4. 2021]. Im MEntw war noch vorgesehen, dass Bestandsgefährdung und daher wahrscheinliche Insolvenz insb *gegeben* sei, wenn die Zahlungsunfähigkeit droht *oder* die URG-Kennzahlen erfüllt sind.

¹⁴²⁹ Dieses Erfordernis wurde erst mit dem RegEntw eingefügt, der MEntw sah eine solche Darlegungspflicht noch nicht vor. Es ist nach *Mohr*, ZIK 2021, 82 (85) aber als keine Bescheinigungspflicht zu verstehen, eine schlüssige Behauptung reiche aus.

¹⁴³⁰ Ähnliches gilt gem § 45 Abs 3 Z 1 ReO für das vereinfachte Restrukturierungsverfahren.

¹⁴³¹ Der Umstand, dass die Definition des Begriffs den MS überlassen wird, wird in den Mat ausdrücklich betont (ErläutRV 950 XXVII. GP 6).

¹⁴³² ErläutRV 950 XXVII. GP 1.

¹⁴³³ ErläutRV 950 XXVII. GP 6.

concern des Unternehmens gefährdet ist.¹⁴³⁴ Gefordert wird ein *erhebliches* Maß an Wahrscheinlichkeit.¹⁴³⁵ Dies wird etwa bei drohender Zahlungsunfähigkeit, bei tatsächlicher Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber auch bei anderen Umständen wie etwa bei erheblichen laufenden Verlusten angenommen.¹⁴³⁶ Als absehbarer Zeitraum wird idR ein Zeitraum von zwölf Monaten gerechnet vom Bilanzstichtag des Geschäftsjahres angenommen.¹⁴³⁷

Überdies soll – wie auch in § 6 Abs 2 aE ReO festgehalten – nach den Mat eine Konkretisierung dadurch erfolgen, dass bei Erfüllung der Kennzahlen über die Vermutung eines Reorganisationsbedarfs im URG (s zu diesen Kennzahlen bereits ausf oben Pkt B 4.2) auch die wahrscheinliche Insolvenz des Schuldners *vermutet* wird.¹⁴³⁸ Diesbezüglich wird insb auch auf die an die Kennzahlen geknüpfte Redepflicht des Abschlussprüfers nach § 273 Abs 3 UGB verwiesen.¹⁴³⁹

Die Anknüpfung an die URG-Kennzahlen und die dadurch aus dem URG übernommene „Vermutung“ (Anm: in der ReO einer wahrscheinlichen Insolvenz, im URG eines Reorganisationsbedarfs) wurde sowohl im Begutachtungsverfahren¹⁴⁴⁰ als auch nach Verabschiedung¹⁴⁴¹ aufgrund unterschiedlicher Funktionsweisen mehrfach kritisiert. Gefordert wurde stattdessen eine Anknüpfung *nur* an die drohende Zahlungsunfähigkeit,¹⁴⁴²

¹⁴³⁴ Müller in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG³ § 273 Rz 32 mwN (Stand 1. 3. 2019, rdb.at); Köll/Milla in *Zib/Dellinger*, UGB § 273 Rz 39.

¹⁴³⁵ Müller in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG³ § 273 Rz 32 mwN (Stand 1. 3. 2019, rdb.at); ebenso Köll/Milla in *Zib/Dellinger*, UGB § 273 Rz 39.

¹⁴³⁶ Eine ausf Liste bietet etwa Müller in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG³ § 273 Rz 33 mwN (Stand 1. 3. 2019, rdb.at); ebenso Köll/Milla in *Zib/Dellinger*, UGB § 273 Rz 42.

¹⁴³⁷ Müller in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG³ § 273 Rz 34 (Stand 1. 3. 2019, rdb.at); ebenso Köll/Milla in *Zib/Dellinger*, UGB § 273 Rz 43, nach welchen aber im Einzelfall auch ein längerer Zeitraum gerechtfertigt sein kann.

¹⁴³⁸ ErläutRV 950 XXVII. GP 6.

¹⁴³⁹ ErläutRV 950 XXVII. GP 6. Die Redepflicht gem § 273 Abs 3 UGB wegen eines Erfüllens der Kennzahlen der §§ 22, 23 URG gilt unabhängig davon, ob die daran geknüpfte Vermutung auch tatsächlich zutrifft (für die Entkräftung der Vermutung ist ein gesondertes Gutachten eines Wirtschaftstreuhänders gem § 26 Abs 1, 2 URG erforderlich; s dazu bereits oben Pkt B 4.4); s auch Müller in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG³ § 273 Rz 59 (Stand 1. 3. 2019, rdb.at); ebenso Köll/Milla in *Zib/Dellinger*, UGB § 273 Rz 61.

¹⁴⁴⁰ Heiter, Stellungnahme der IV, parlament.gv.at (2, Stand 6. 4. 2021) mit Verweis darauf, dass die URG-Kriterien (Redepflicht nach § 273 Abs 3 UGB) nicht notwendig mit der Bestandsgefährdung (Redepflicht nach § 273 Abs 2 UGB) gleichzusetzen seien. Als Indikator für die Bestandsgefährdung gelte neben anderen akuten Krisensituationen insb die drohende Zahlungsunfähigkeit (Verweis auf Müller in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG³ § 273 Rz 33 ff). Nur bei derart *akuter* Bestandsgefährdung sei eine Kürzung von Verbindlichkeiten sachlich vertretbar, nicht jedoch bei Reorganisationsbedarf; krit ebenso mit denselben Argumenten *Mahrer/Kopf*, Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich, parlament.gv.at (4 f, Stand 29. 3. 2021); ähnlich auch *Ritzberger*, Stellungnahme der Raiffeisenlandesbank Oberösterreich AG, parlament.gv.at (1, Stand 25. 3. 2021).

¹⁴⁴¹ Arnold, GesRZ 2021, 113 (114) mit Verweis auf die Kritik von *Trenker/Lutschounig* in deren Stellungnahme (ohne Angabe der Seite), nach welchem die bloße Vermutung eines Reorganisationsbedarfs *nicht* mit einer Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz gleichgesetzt werden könne. Nach Arnold sei es – mit Verweis auf die geforderte überwiegende Wahrscheinlichkeit bei der Überschuldung – auch in Bezug auf die Insolvenzantragspflicht und damit verbundenen Haftungsrisiken nicht unkritisch, von einer „wahrscheinlichen Insolvenz“ zu sprechen.

¹⁴⁴² Heiter, Stellungnahme der IV, parlament.gv.at (2, Stand 6. 4. 2021) (auch mit Verweis auf das SanInsFoG); ebenso mit denselben Argumenten *Mahrer/Kopf*, Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich,

aber auch die Anknüpfung an eine „drohende Überschuldung“ statt der URG-Kennzahlen.¹⁴⁴³

6.1.3. Drohende Zahlungsunfähigkeit

Auch dieser Begriff wird in der ReO nicht definiert. Ebenso wenig wird auf § 167 Abs 2 IO verwiesen, wo der Begriff bereits geregelt ist (s dazu oben Pkt B 6.2.2.3).¹⁴⁴⁴ Dennoch ist davon auszugehen, dass der ReO-Gesetzgeber den insolvenzrechtlichen Terminus meint,¹⁴⁴⁵ werden doch auch die Begriffe Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung im insolvenzrechtlichen Kontext verwendet, ohne auf die IO zu verweisen.¹⁴⁴⁶ Die insolvenzrechtliche Einordnung des Begriffs der drohenden Zahlungsunfähigkeit wurde bereits oben in Pkt B 6.2.2.3 behandelt. Indem drohende Zahlungsunfähigkeit lediglich „insbesondere“ mit wahrscheinlicher Insolvenz gleichzusetzen ist, ist letzterer Begriff jedenfalls *weiter* zu verstehen.¹⁴⁴⁷

6.1.4. Verhältnis zur Überschuldung

Das Restrukturierungsverfahren steht nach den Mat auch insolvenzrechtlich überschuldeten Schuldern offen.¹⁴⁴⁸ Dies ergibt sich indirekt auch aus dem Gesetzestext, dient gem § 1 Abs 1 ReO das Restrukturierungsverfahren doch der Abwendung der „Zahlungsunfähigkeit“ und nicht auch der Überschuldung oder generell der Insolvenz.¹⁴⁴⁹

Trotz der für den Verfahrenseingang verlangten Bestandsgefährdung muss aber Bestandfähigkeit gegeben sein; diese verlangt eine Fortbestehensprognose, die auch bedingt und daher von der Annahme und Bestätigung des Restrukturierungsplans abhängig sein kann.¹⁴⁵⁰ Gerade über den Begriff der Bestandfähigkeit kann auch die Brücke zur Überschuldung geschlagen werden.¹⁴⁵¹ Auch dieser Begriff wird in der ReO zwar nicht definiert, jedoch kann nach den Mat diesbezüglich „auch“ auf die Rsp zum Begriff der „Lebensfähigkeit“ zurückgegriffen werden.¹⁴⁵² Wie in Pkt B 6.2.3.3(a) dargestellt, wird dieser Begriff von der Rsp iZm der Überschuldung verwendet.

parlament.gv.at (4 f, Stand 29. 3. 2021); ähnlich auch *Ritzberger*, Stellungnahme der Raiffeisenlandesbank Oberösterreich AG, parlament.gv.at (1, Stand 25. 3. 2021).

¹⁴⁴³ *Altenburger/Marterbauer/Klement*, Stellungnahme der KSW, parlament.gv.at (5, Stand 6. 4. 2021).

¹⁴⁴⁴ Ein solcher Verweis wurde etwa von *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme der Universität Innsbruck, parlament.gv.at (33, 37, Stand 6. 4. 2021) im Begutachtungsverfahren vorgeschlagen.

¹⁴⁴⁵ So auch *Mohr*, ZIK 2021, 82 (82).

¹⁴⁴⁶ Ob die in § 5 ReO vorgesehene Anwendung der allgemeinen *Verfahrensbestimmungen* der IO auch diese materiellrechtlichen Begriffe mitumfasst, ist mE aber zweifelhaft.

¹⁴⁴⁷ So auch *Mohr*, ZIK 2021, 82 (82).

¹⁴⁴⁸ ErläutRV 950 XXVII. GP 1.

¹⁴⁴⁹ So auch ErläutRV 950 XXVII. GP 3; in § 1 Abs 1 des MEntw wurde noch der Begriff „Insolvenz“ verwendet, was ebenso dafür spricht, dass bewusst nur von Zahlungsunfähigkeit gesprochen wird, und diese nicht (wie etwa nach § 67 Abs 2 IO im Rahmen der IO) auch die Überschuldung miteinschließt.

¹⁴⁵⁰ ErläutRV 950 XXVII. GP 1.

¹⁴⁵¹ In diese Richtung auch *Mohr*, ZIK 2021, 82 (82) („Zur Abgrenzung zur Insolvenz wird Bestandfähigkeit verlangt“).

¹⁴⁵² ErläutRV 950 XXVII. GP 3 mit Verweis auf RIS-Justiz RS0064989.

Der Umstand, dass das Restrukturierungsverfahren auch insolvenzrechtlich überschuldeten Unternehmen offensteht, wurde im Begutachtungsverfahren mehrfach kritisiert¹⁴⁵³ und teils auch als „geradezu unionsrechtswidrig“ bezeichnet.¹⁴⁵⁴ Hinter der Kritik steht wohl das Verständnis, dass selbst bei einem – aus einer ex ante Perspektive – mit überwiegender Wahrscheinlichkeit umsetzbaren Restrukturierungsplan nicht nur wahrscheinliche Insolvenz, sondern weiterhin auch Überschuldung gegeben sei.¹⁴⁵⁵

Insb *Trenker/Lutschounig* forderten daher eine klare Abgrenzung der Überschuldung von der wahrscheinlichen Insolvenz durch Einfügung eines neuen § 6 Abs 3 ReO wie folgt: „Ein Schuldner ist bestandfähig, solange er nicht zahlungsunfähig (§ 66 IO) ist. Ein überschuldeter Rechtsträger iSd § 67 Abs. 1 IO ist nur bestandfähig, wenn bedingt durch die Annahme und Bestätigung eines Restrukturierungsplans eine positive Fortbestehensprognose gegeben ist („bedingte Fortbestehensprognose“).“¹⁴⁵⁶

Ein Blick auf das SanInsFoG bringt weitere Perspektiven zu diesem äußerst komplexen Thema. In Pkt 6.3 wird noch eine abschließende Annäherung im österr Kontext versucht.

6.2. SanInsFoG

6.2.1. Vorbemerkung

Der deutsche Gesetzgeber hat sich mit dem SanInsFoG dafür entschieden, das System der Insolvenzantragsgründe generell anzupassen.¹⁴⁵⁷ Anlass dazu gab zum einen die – auch hierzulande wie in Pkt B 6.2.2.3 gezeigt bestehende – weitgehende Überlappung zwischen dem zwingenden Insolvenzgrund der Überschuldung und dem fakultativen Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit. Zum anderen sei das bisherige System der Antragsgründe mit dem zu schaffenden Restrukturierungsrahmen zu harmonisieren

¹⁴⁵³ *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme der Universität Innsbruck, parlament.gv.at (12, 33 ff, Stand 6. 4. 2021); krit in Bezug auf die iZm der Insolvenzantragspflicht verbundenen Haftungsrisiken auch *Arnold*, GesRZ 2021, 113 (114) mit Verweis auf die geforderte überwiegende Wahrscheinlichkeit bei der Überschuldung.

¹⁴⁵⁴ *Wolff*, Stellungnahme des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages (Referent *Stephan Riel*), parlament.gv.at (3, Stand 6. 4. 2021), auch mit Verweis auf den SanInsFoG-RegEntw 103; ähnlich *Riel*, AnwBl 2021, 379 (379) (ebenso noch zum MEntw); aA wohl *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme der Universität Innsbruck, parlament.gv.at (12, Stand 6. 4. 2021), nachdem dies zwar eine überschießende Umsetzung der RIRL, aber trotzdem „eine Rechtfertigung für diesen Zugang ... denkbar“ sei.

¹⁴⁵⁵ *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme der Universität Innsbruck, parlament.gv.at (14, Stand 6. 4. 2021), nach welchen ein „avisierter Restrukturierungsplan ... vor seiner Annahme und Umsetzung nicht geeignet [sei], eine eingetretene insolvenzrechtliche Überschuldung auszuschließen.“ Dieser Zusammenhang sei zwingend, „weil es sonst undenkbar wäre, dass ein überschuldeter Rechtsträger das ReO-Verfahren in Anspruch nehmen darf.“ Dass dies nicht zwingend so sein muss, zeigen das SanInsFoG und das StaRUG, wo sowohl nach dem Gesetzgeber (SanInsFoG-RegEntw 103 [SanInsFoG-RefEntw 101] als auch der dLit (*Morgen*, INDat Report 9/2020, 13 [26]) ein überwiegend wahrscheinlicher Erfolg unter Inanspruchnahme der StaRUG-Instrumente auch die insolvenzrechtliche Überschuldung von vornherein ausscheiden lässt (s dazu auch noch ausf unten Pkt 6.2.2).

¹⁴⁵⁶ *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme der Universität Innsbruck, parlament.gv.at (36, Stand 6. 4. 2021).

¹⁴⁵⁷ SanInsFoG-RegEntw 96.

gewesen.¹⁴⁵⁸ Der Zugang zum StaRUG wird nun ausschl an die drohende Zahlungsunfähigkeit geknüpft (s sogleich Pkt 6.2.2).

Der durch das SanInsFoG geänderte § 18 Abs 2 dInsO (neu) legt für die drohende Zahlungsunfähigkeit nunmehr „in aller Regel“ einen Prognosezeitraum von 24 Monaten zugrunde (s Art 5 Z 10 SanInsFoG).¹⁴⁵⁹ Gleichzeitig wird in § 19 Abs 2 dInsO (neu) der Prognosezeitraum für die Überschuldung auf zwölf Monate beschränkt (s Art 5 Z 11 SanInsFoG).¹⁴⁶⁰

Das gewählte Konzept war im Zuge des Gesetzwerdungsprozesses nicht unumstritten. Dennoch wurde es beibehalten, jedoch wurde kurz vor Verabschiedung des SanInsFoG auch bekräftigt, dass die Funktionsweise und die Abgrenzung der drohenden Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung sowie deren Auswirkungen auf die Restrukturierungs- und Insolvenzpraxis zum Gegenstand der vorzunehmenden Evaluation gemacht werden sollen.¹⁴⁶¹

6.2.2. Anknüpfung an drohende Zahlungsunfähigkeit

§ 29 Abs 1 StaRUG knüpft die in selbigem bereitgestellten Instrumente an das Vorliegen einer drohenden Zahlungsunfähigkeit iSd § 18 Abs 2 dInsO (neu). Dies sei nach den Mat auch deswegen erfolgt, weil es sich dabei um einen „wohletablierten Tatbestand“ handle, der gerade zu dem Zweck eingeführt worden sei, Schuldner die Möglichkeit und den Anreiz zu einer frühzeitigen Inanspruchnahme von Verfahrenshilfen zur Krisenbewältigung zu geben – genau dieselbe Funktion messe die RIRL dem Begriff der wahrscheinlichen Insolvenz zu.¹⁴⁶² Die sachliche Rechtfertigung der Anknüpfung sei die bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit immanente Gefährdung der vollständigen Befriedigung der Gläubiger.¹⁴⁶³ Dabei sei auch eine weiterhin bestehende Überlappung mit dem Insolvenzgrund der Überschuldung nicht problematisch. Einerseits scheide diese aus, wenn die Erfolgsaussichten einer in Aussicht genommenen Sanierung (und daher auch der Instrumente des StaRUG) überwiegend wahrscheinlich seien.¹⁴⁶⁴ Für die drohende

¹⁴⁵⁸ SanInsFoG-RegEntw 96.

¹⁴⁵⁹ Durch die Verwendung „in aller Regel“ ist aber auch klargestellt, dass sich im Einzelfall unterschiedliche Prognosezeiträume ergeben können, s Brünkmans, ZInsO 2021, 1 (4); Bitter, ZIP 2021, 321 (323).

¹⁴⁶⁰ Krit zu dieser starren Auslegung (hier fehlt „in aller Regel“) Bitter, ZIP 2021, 321 (324), weil der Rechtsanwender hier „auf eine Blindheit gegenüber zukünftigen Entwicklungen“ verpflichtet werde.

¹⁴⁶¹ Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) vom 16. 12. 2020, BT-Drucksache 19/25353, 6, mit Verweis darauf, dass nach wie vor unterschiedliche Auffassungen insb zur Frage bestünden, ob die Überschuldung überhaupt als Pflichtantragsgrund beibehalten werden, oder ob sie umgekehrt gar wieder verschärft werden solle.

¹⁴⁶² SanInsFoG-RegEntw 103 (SanInsFoG-RefEntw 100).

¹⁴⁶³ SanInsFoG-RegEntw 98, 153; Gehrlein, BB 2021, 66 (71).

¹⁴⁶⁴ SanInsFoG-RegEntw 103 (SanInsFoG-RefEntw 101); Morgen, INDat Report 9/2020, 13 (26) bezeichnet dies als eine zu begrüßende Klarstellung, insb weil die Formulierung im RefEntw noch missverständlich gewesen sei; ähnlich bereits im Vorfeld des SanInsFoG: Frind, BB 2019, 2381 (2386 f), nach welchem die Überschuldung schlichtweg nicht gegeben sei, „weil und solange“ das Verfahren beantragt und erfolgreich beschritten werde (Frind empfahl daher zur Klarstellung dieses Umstandes eine Präzisierung der Insolvenzantragspflicht im Bereich

Zahlungsunfähigkeit gelte dies *nicht*.¹⁴⁶⁵ Problematisch im Sinne der RIRL wäre nach den Mat andererseits nur die im StaRUG gerade nicht vorgesehene Anknüpfung an einen Tatbestand, der zur Insolvenzantragstellung verpflichtet oder Gläubiger zu einer solchen berechtigt.¹⁴⁶⁶

Die drohende Zahlungsunfähigkeit definiert schließlich nicht nur den Anwendungsbereich des StaRUG, sondern selbige soll gleichzeitig als Verfahrensziel auch nachhaltig beseitigt werden (so ausdrücklich § 29 Abs 2 StaRUG).¹⁴⁶⁷ Liegt diese nicht vor, ist eine vom Schuldner beantragte Stabilisierungsanordnung zu verweigern (§ 51 Abs 1 Z 3 StaRUG) und dem Restrukturierungsplan die Bestätigung zu versagen (§ 63 Abs 1 Z 1 StaRUG).

Die Anknüpfung und der gewählte Prognosezeitraum wurden teils kritisch kommentiert,¹⁴⁶⁸ als sehr hohe Eintrittshürde und als zu spät sowie als dem „Abstandsgebot“ zur Insolvenz widersprechend¹⁴⁶⁹ bezeichnet.¹⁴⁷⁰ Die Einhaltung eines solchen „Abstandsgebots“ zur dInsO war auch generell eine der wesentlichsten Forderungen im Gesetzwendungsprozess.¹⁴⁷¹

Die Entscheidung für die drohende Zahlungsunfähigkeit war also nicht nur umstritten, sie war gleichzeitig auch keinesfalls selbstverständlich. Zwar sprachen sich schon im Vorfeld des StaRUG viele Stimmen in der dLit für eine solche Anknüpfung aus,¹⁴⁷² vielfach wurde aber auch eine Anpassung oder gar Abschaffung der Überschuldung als zwingenden Insolvenzgrund gefordert¹⁴⁷³ (s dazu noch sogleich Pkt 6.2.3). Schließlich wurden auch

der Überschuldung, indem in § 19 Abs 2 dInsO ein Hinweis aufgenommen wird, „dass eine Antragstellung nach § ... Sanierungsgesetz die positive Fortbestehensprognose bis zum Abbruch des Verfahrens vermuten lässt.“; ähnlich wohl auch *Madaus*, DB 2019, 592 (592 f, 594 f), nach welchem die geforderte Überlebensfähigkeit bereits durch den entsprechenden, vorab dokumentierten Gläubigersupport als bewiesen angesehen werden könne.

¹⁴⁶⁵ SanInsFoG-RegEntw 103 (SanInsFoG-RefEntw 101); zust *Brückmans*, ZInsO 2021, 1 (8 mwN); krit zu einem unterschiedlichen Prüfmaßstab hingegen *Morgen*, INDat Report 9/2020, 13 (26).

¹⁴⁶⁶ SanInsFoG-RegEntw 103 (SanInsFoG-RefEntw 101).

¹⁴⁶⁷ Dazu auch *Gehrlein*, BB 2021, 66 (71) mit Verweis ua auf *Thole*, ZIP 2020, 1985 (1990).

¹⁴⁶⁸ Generell krit *Die Deutsche Kreditwirtschaft*, Stellungnahme zum SanInsFoG-RefEntw, die-dk.de (19, Stand 2. 10. 2020).

¹⁴⁶⁹ *Müller*, ZIP 2020, 2253 (2254 mwN) (zum RegEntw); ähnlich *Cranshaw/Portisch*, ZInsO 2020, 2617 (2619); aA *Thole*, Stellungnahme zum SanInsFoG-RegEntw, bundesrat.de (2, Stand 18. 11. 2020) („früh genug“).

¹⁴⁷⁰ Nach *Müller*, ZIP 2020, 2253 (2254 f) (zum RegEntw) insb auch, weil etwa die in § 94 StaRUG vorgesehene (aber nur konsensuale Lösungen ermöglichende) Sanierungsmoderation bei bloßen wirtschaftlichen oder finanziellen Schwierigkeiten einleitbar sei, weswegen eine Anknüpfung an den Krisenbegriff des mit dem MoMiG 2008 abgeschafften § 32a dGmbHG aF oder das Kriterium der Bestandsgefährdung nach §§ 321, 322 dHGB besser gewesen wäre.

¹⁴⁷¹ Stellungnahme des Bundesrates zum SanInsFoG-RegEntw, bundesrat.de (4, Stand 27. 11. 2020); ebenso *Madaus*, Stellungnahme zum SanInsFoG-RegEntw, bundesrat.de (2, Stand 12. 11. 2020) („Insolvenzferne“).

¹⁴⁷² *Freitag*, ZIP 2019, 541 (546 f); *Kayser*, ZIP 2017, 1393 (1397); *Blankenburg*, ZInsO 2017, 241 (242); *Siepmann* in *Morgen*, Restrukturierung Art 4 Rz 32 mwN; *Thole*, ZIP 2017, 101 (103 f) (jedoch zweifelnd hinsichtlich des Abstandsgebots zum Insolvenzverfahren); krit ebenso *Demisch* in *Morgen*, Restrukturierung Art 19 Rz 25; *Walker/Mielke/Bombe*, ZIP 2018, 815 (816).

¹⁴⁷³ Für eine Abschaffung *Freitag*, ZIP 2019, 541 (550); *Gruber*, EuZW 2019, 181 (185); *Janjuah* in *Morgen*, Restrukturierung Art 7 Rz 71, 84; wohl auch *Demisch* in *Morgen*, Restrukturierung Art 19 Rz 51; für eine Umwandlung in einen fakultativen Antragsgrund etwa *Institut der Wirtschaftsprüfer e.V. (IDW)* sowie *Bund*

andere zeitliche Anknüpfungspunkte wie etwa eine bloße Missbrauchskontrolle,¹⁴⁷⁴ die Krisenstadien des IDW S 6¹⁴⁷⁵ (dabei insb das Vorliegen einer Strategiekrise¹⁴⁷⁶), der eigenkapitalersatzrechtliche Krisenbegriff,¹⁴⁷⁷ eine beihilfenrechtliche Anknüpfung („Unternehmen in Schwierigkeiten“)¹⁴⁷⁸ oder die vom Abschlussprüfer zu beurteilende Bestandsgefährdung nach dem dHGB¹⁴⁷⁹ diskutiert.

Der nun im SanInsFoG insgesamt gewählte Ansatz entspricht weitestgehend der schon von *Thole* und *Siepmann* vorgeschlagenen differenzierten Lösung einer (i) Anknüpfung an die drohende Zahlungsunfähigkeit und (ii) gleichzeitigen Modifizierung und stärkeren Abgrenzung der drohenden Zahlungsunfähigkeit von der Überschuldung, (iii) um einen klar definierten Anwendungsbereich für den präventiven Restrukturierungsrahmen zu schaffen.¹⁴⁸⁰

6.2.3. Beibehaltung der Überschuldung

Den immer wieder geäußerten und durch die RIRL wieder lauter gewordenen Forderungen für eine Abschaffung der Überschuldung als zwingenden Insolvenzantragsgrund ist das SanInsFoG nicht gefolgt. Aufgrund der schon davor vielfach geäußerten Kritik¹⁴⁸¹ wären eine Abschaffung oder zumindest ein Umfunktionieren der Überschuldung in einen fakultativen Insolvenzgrund auch nicht ganz überraschend gekommen. Bei der am 14. 11. 2019 in Frankfurt abgehaltenen Jahrestagung der Gesellschaft für Restrukturierung – *TMA Deutschland e.V.* hat sich bei einer Befragung von 300 TMA-Mitgliedern etwa eine deutliche Mehrheit von 81,6 % der Stimmen genau für Letzteres ausgesprochen.¹⁴⁸² Regelmäßig betont werden insb strukturelle Schwächen des geltenden Überschuldungstatbestands und dessen Widerspruch zum Hauptziel des präventiven Restrukturierungsrahmens, nämlich der Förderung frühzeitiger Sanierung.¹⁴⁸³ Weiters regelmäßig verwiesen wird auf die fehlende praktische Relevanz als tatsächlicher Insolvenzantragsgrund, wonach jährlich nur ca zwei bis vier Prozent aller insolventen

Deutscher Unternehmensberater e.V. (BDU e.V.), beide Stellungnahmen abgedruckt in *Ziegenhagen*, ZInsO 2020, 2 (6).

¹⁴⁷⁴ *Sax/Ponseck/Swierczok*, BB 2017, 323 (325); *Siepmann in Morgen*, Restrukturierung Art 4 Rz 24 (gleichzeitig aber auch anzweifelnd, ob dies noch im Einklang mit den RL-Vorgaben stehen würde).

¹⁴⁷⁵ *Institut der Wirtschaftsprüfer*, IDW Life 2018, 813 (813 ff).

¹⁴⁷⁶ *Siepmann in Morgen*, Restrukturierung Art 4 Rz 27 (gleichzeitig aber betonend, dass dies zu früh sei).

¹⁴⁷⁷ *Siepmann in Morgen*, Restrukturierung Art 4 Rz 28 mwN.

¹⁴⁷⁸ *Siepmann in Morgen*, Restrukturierung Art 4 Rz 30; *Müller*, ZGR 2018, 56 (62 f); *Hölzle*, ZIP 2017, 1307 (1310 f).

¹⁴⁷⁹ *Müller*, ZGR 2018, 56 (63 mwN); *Siepmann in Morgen*, Restrukturierung Art 4 Rz 29 mwN; dies jedoch unter gleichzeitigem Hinweis, dass der nach diesen Bestimmungen maßgebliche Wahrscheinlichkeitsmaßstab wenig konkretisiert sei.

¹⁴⁸⁰ *Thole*, ZIP 2017, 101 (104); diesem folgend *Siepmann in Morgen*, Restrukturierung Art 4 Rz 33 ff, auch mit Verweis auf *Freitag*, ZIP 2019, 541 (550 f).

¹⁴⁸¹ Siehe noch im Gesetzwerdungsverfahren mit Verweis auf die fehlende Relevanz in der Praxis und Haftungsgefahren: *Heidenfelder*, Stellungnahme zum SanInsFoG-RegEntw, bundesrat.de (4 f, Stand 23. 11. 2020); s umfassend zur Diskussion auch *Bork*, Beilage zu ZIP 43/2019, 1 (1 ff).

¹⁴⁸² Abgedruckt in *Staps*, INDat Report 10/2019, 51.

¹⁴⁸³ *Janjuah in Morgen*, Restrukturierung Art 7 Rz 71 sowie mit einer ausf Darstellung der Entwicklung des Überschuldungsbegriffs und der mit dem Begriff verbundenen Probleme und Unsicherheiten in Rz 72 mwN.

Unternehmen einen Insolvenzantrag wegen Überschuldung stellen würden.¹⁴⁸⁴ Schließlich kritisiert werden erhebliche Haftungsrisiken für Organe aufgrund ex post geltend gemachter Insolvenzverschleppungs- und Haftungsansprüche.¹⁴⁸⁵

Fürsprecher für eine Beibehaltung als zwingenden Insolvenzgrund argumentieren zumeist mit einer Ausstrahlungswirkung in verschiedenste Rechtsbereiche.¹⁴⁸⁶ Insb biete sie eine gesetzliche Anreizfunktion, die *gerade* im Missbrauchsbereich besonders wichtig sei.¹⁴⁸⁷ Auch nach den Mat zum SanInsFoG solle die Überschuldung auch weiterhin die ihr zukommenden wichtigen Funktionen im Insolvenzrecht der haftungsbeschränkten Rechtsträger übernehmen.¹⁴⁸⁸ Für eine Aufgabe der Überschuldung als Pflichtantragsgrund bestehe kein Anlass, weil diese Geschäftsleiter zu einer vorausschauenden Planung zwingt, auf eine hinreichend schwerwiegende Gefährdung der Gläubigerinteressen hindeute und daher Anlass zur Bereinigung dieser Gefährdung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens gebe.¹⁴⁸⁹ Die Fürsprecher haben sich somit (vorerst) durchgesetzt.¹⁴⁹⁰

6.3. Bewertung der österreichischen Umsetzung

6.3.1. Begriffsvielfalt führt zu Rechtsunsicherheit

Wie bereits in Pkt C 7.3 sowie auch in C 7.4.3(b) iZm der RIRL festgehalten, hat der Begriff der wahrscheinlichen Insolvenz als Eingangs- bzw Zugangsvoraussetzung zum Restrukturierungsverfahren einerseits und als Pflichtenauslöser für die Geschäfts- bzw Unternehmensleitung andererseits zweierlei Funktionsweisen. Mit Blick auf die Entstehung des Konzepts der *likelihood of insolvency* (und insb den in **Annex 3** gezeigten Gleichklang mit der EuInsVO 2015) ist der Kernanwendungsbereich des Begriffs zwar in seiner Funktion als Eingangs- bzw Zugangsvoraussetzung zu sehen, er strahlt aber auch auf die Pflichten des Art 19 RIRL bzw § 1 Abs 3 ReO aus. Für beide Funktionsweisen ist Rechtssicherheit bei der Begriffsauslegung nicht nur wünschenswert, sondern für einen langfristigen Erfolg der ReO wohl auch erforderlich.¹⁴⁹¹

¹⁴⁸⁴ Siehe zu den ähnlich niedrigen Zahlen in Österreich oben Pkt B 6.2.3.1.

¹⁴⁸⁵ *Janjua* in *Morgen*, Restrukturierung Art 7 Rz 77, 79, 80 mwN, nach welchem oft nachträglich der Nachweis einer positiven Fortbestehensprognose nicht gelinge und nach welchem mangels einer praktischen Bedeutung mit einer Herabstufung der Überschuldung auch keine allzu großen Veränderungen im Hinblick auf den Gläubigerschutz eintreten dürften.

¹⁴⁸⁶ *Frind*, BB 2019, 2381 (2382 f).

¹⁴⁸⁷ *Frind*, BB 2019, 2381 (2382, 2385), nach welchem die Überschuldung auch als Frühwarnsystem bei der RL-Umsetzung verwendet werden sollte.

¹⁴⁸⁸ SanInsFoG-RegEntw 232.

¹⁴⁸⁹ SanInsFoG-RegEntw 232.

¹⁴⁹⁰ Alles weitere wird der Evaluation überlassen, s Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) vom 16. 12. 2020, BT-Drucksache 19/25353, 6.

¹⁴⁹¹ Siehe zu Art 19 RIRL auch *Wabl*, ZIK 2019, 178 (186), wonach Unternehmensleiter einfach und verlässlich feststellen können sollten, wann von ihnen ein bestimmtes Verhalten erwartet wird. Ähnlich in Bezug auf den Zeitpunkt der materiellen Insolvenz: *Schumacher* in *Grininger/Jaufer/Schumacher* 1 (5): „Ein Insolvenzregime, das außergerichtlichen Restrukturierungen gegenüber aufgeschlossen ist, muss den an der Sanierung Beteiligten

Unabhängig davon, wie man zu den gewählten zeitlichen und begrifflichen Anknüpfungen im Einzelnen steht, wird die ReO diesem Erfordernis mE nicht gerecht. Es wird nicht nur der Begriff wahrscheinliche Insolvenz nicht definiert, vielmehr wird dieser indirekt mit weiteren, ebenso gesetzlich nicht definierten Begriffen wie der Bestandsgefährdung und der drohenden Zahlungsunfähigkeit verknüpft. Die bereits in Pkt 6.1.2 zitierte und aufgrund der ErläutRV¹⁴⁹² auch heranzuziehende Lit zur Bestandsgefährdung knüpft den Begriff der Bestandsgefährdung neben der drohenden auch an die tatsächliche Zahlungsunfähigkeit, die Überschuldung, aber auch sonstige Umstände wie erheblich laufende Verluste. Gefordert ist ein erhebliches Maß an Wahrscheinlichkeit und angelegt wird ein Beobachtungszeitraum von zwölf Monaten (s zu alldem die in Pkt 6.1.2 zitierten Quellen). Die Fortbestehensprognose iZm der insolvenzrechtlichen Überschuldung verlangt hingegen „nur“ eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, und legt idR einen Beobachtungszeitraum von zwei bis drei Jahren an (s dazu oben Pkt B 6.2.3.3). Hinzu kommen die an den Begriff der drohenden Zahlungsunfähigkeit geknüpften offenen Fragen, die in der Systematik der IO uU (mE aber teleologisch zu reduzieren) auch eine „drohende Überschuldung“ miteinschließen und dadurch sogar zu einer „doppelten“ Prognose über einen Zeitraum von in Summe bis zu drei bis vier Jahren führen könnte (s dazu ausf oben Pkt B 6.2.2.3). Mit in den „Cocktail“ geworfen werden in § 6 Abs 2 ReO schließlich noch die Kennzahlen des URG, nach denen nunmehr nicht mehr nur ein Reorganisationsbedarf nach dem URG, sondern auch die wahrscheinliche Insolvenz nach der ReO *vermutet* werden soll.¹⁴⁹³ Ob aber tatsächlicher Reorganisationsbedarf (s oben Pkt B 4.2) im Einzelfall immer auch wahrscheinliche Insolvenz bedeutet, bleibt wiederum offen (s dazu noch unten Pkt 6.3.4).

Ob daher wahrscheinliche Insolvenz gegeben ist, ist sowohl für ein Gericht, als auch die Geschäftsleitung im Rahmen ihrer Pflichten uU nur mit erheblichem Aufwand feststellbar. Genau das Streben nach einer einfachen Feststellbarkeit hat den europäischen Gesetzgeber der RIRL und der EuInsVO 2015 aber dazu bewogen, das Konzept der *likelihood of insolvency* primär an eine liquiditätsbezogene Betrachtung anzuknüpfen (s oben Pkt C 7.3). Diesem Gedanken ist der deutsche Gesetzgeber mit dem SanInsFoG gefolgt, wo tatsächlich vergleichsweise einfach durch Erstellen und Vorlage eines bis zu 24 Monate vorausschauenden Liquiditätsplans das Vorliegen einer dort relevanten drohenden Zahlungsunfähigkeit überprüft werden kann (s zuvor Pkt 6.2.2). Dort stellen sich zwar noch immer Abgrenzungsfragen insb zur Überschuldung (s oben Pkt 6.2.3), jedoch sind selbige wohl einfacher zu lösen als hierzulande, weil es im StaRUG mit der drohenden

eine entsprechend sichere Einschätzung ermöglichen, ob man sich schon in der Gefahrenzone der gebotenen Insolvenzeröffnung oder noch davor befindet. Ist eine Insolvenzordnung – und freilich auch ihre Auslegung – dazu nicht in der Lage, dann trägt sie bedauerlicherweise dazu bei, dass den Gläubigern die optimale Befriedigung ihrer Forderungen vorenthalten wird, oder noch schlechter, dass lebensfähige Unternehmen zum Nachteil ihrer Arbeitnehmer und ihrer Gläubiger liquidiert werden müssen.“

¹⁴⁹² ErläutRV 950 XXVII. GP 6.

¹⁴⁹³ Krit zur Anknüpfung an die URG-Kennzahlen schon iZm der RIRL Jurgutyte-Ruez/Urthaler, ZIK 2019, 91 (92) („wohl nicht sinnvoll“ und Abstellen auf eine Eigenmittelquote bei nicht rechnungslegungspflichtigen Unternehmen nicht zielführend).

Zahlungsunfähigkeit, der (tatsächlichen) Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung insgesamt „nur“ drei voneinander abzugrenzende Tatbestände gibt.

Aufgrund der von der RIRL eingeräumten Flexibilität (s oben Pkt C 7.3) ist auch die in der ReO erfolgte Anknüpfung an die drohende Zahlungsunfähigkeit, die Bestandsgefährdung und die URG-Kennzahlen wohl als richtlinienkonform zu bezeichnen. Aus Klarheits- und Rechtssicherheitserwägungen wäre mE (*de lege ferenda*) aber auch im Kontext der ReO zu bevorzugen gewesen, für eine Vereinfachung der Rechtslage zu sorgen (s Überlegungen dazu noch unten Pkt 6.3.6), anstatt durch die Verwendung und Verknüpfung weiterer unbestimmter Rechtsbegriffe neue Abgrenzungsprobleme zu schaffen.¹⁴⁹⁴

Für die Geschäfts- bzw Unternehmensleitung ist schließlich zu beachten, dass wahrscheinliche Insolvenz nicht der einzig potentiell pflichtauslösende Zeitpunkt ist (s dazu noch unten Pkt 7.1.1).

6.3.2. „Insolvenz“

Der Begriff der „Insolvenz“ ist anders als die Begriffe der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung kein *verbum legalum*. Im Kontext der ReO ist mE zuallererst davon auszugehen, dass *kein* „Insolvenzverfahren“ (also die formelle Insolvenz), sondern tatsächlich der Insolvenzzustand im Sinne der materiellen Insolvenz gemeint ist. Dafür spricht bereits der Umstand, dass der Begriff des „Insolvenzverfahrens“ in der ReO mehrfach explizit verwendet wird. Dies entspricht ebenso dem Telos der RIRL, die ebenso Insolvenz als tatsächlichen Zustand des Schuldners versteht (s oben Pkt C 7.3).

Dennoch ist im Kontext der ReO nicht ganz klar, ob mit Insolvenz nur Zahlungsunfähigkeit oder auch Überschuldung gemeint ist. Die Entstehungsgeschichte könnte auf Letzteres hindeuten, wurde doch etwa in § 1 Abs 1 des MEntw der Zweck des Restrukturierungsverfahrens noch damit umschrieben, „die Insolvenz abzuwenden“, was in der verabschiedeten Fassung auf „die Zahlungsunfähigkeit abzuwenden“ abgeändert wurde. Nahe liegt, dass diese Änderung deswegen getätigt wurde, weil das Verfahren auch überschuldeten Unternehmen offenstehen soll (s bereits Pkt 6.1.4 u noch unten Pkt 6.3.4). Daraus ergibt sich im Gegenschluss, dass der ReO-Gesetzgeber unter dem Begriff der „Insolvenz“ *auch* die Überschuldung miteinschließt. Dies führt aber zu zahlreichen Folgefragen (s dazu noch unten Pkt 6.3.5). Nimmt man die Überschuldung hingegen aus dem Begriff der „Insolvenz“ aus, stellt sich umso mehr die Frage nach der Abgrenzung zwischen der vom OGH auch als „wahrscheinliche Zahlungsunfähigkeit“ bezeichneten Überschuldung¹⁴⁹⁵ und der wahrscheinlichen Insolvenz iSd der ReO (s dazu ebenso noch unten Pkt 6.3.5).

¹⁴⁹⁴ Schon bisher waren die Abgrenzungen vielfach nicht klar, *Buchegger in Feldbauer-Durstmüller/Schlager*² 953 (971) bemerkte zB (etwas überspitzt): „Was des Optimisten Reorganisationsbedarf, ist des Pessimisten drohende Insolvenz.“

¹⁴⁹⁵ OGH 28. 3. 2002, 8 Ob 221/01k („wahrscheinliche Zahlungsunfähigkeit“); s dazu bereits oben Pkt B 6.2.3.

6.3.3. Wahrscheinlichkeitsgrad und Prognosezeitraum

Auch der Wahrscheinlichkeitsgrad führt zu offenen Fragen. Während für die drohende Zahlungsunfähigkeit (s oben Pkt B 6.2.2.3) und Überschuldung (s oben Pkt B 6.2.3.3(e)) jeweils von einer überwiegenden (also mehr als 50%igen) Wahrscheinlichkeit ausgegangen wird, geht die lt ReO-Gesetzgeber ebenso heranzuziehende Lit zur Bestandsgefährdung nach § 273 Abs 2 UGB von einem „erheblichen Maß an Wahrscheinlichkeit“ aus (s oben Pkt 6.1.2). Die RIRL hatte wohl ebenso eine überwiegende Wahrscheinlichkeit im Blick (s oben Pkt C 7.3), überlässt die Umsetzung aber den MS.

Auch beim Prognosezeitraum gibt es Unterschiede zwischen der drohenden Zahlungsunfähigkeit und der Bestandsgefährdung (idR jeweils zwölf Monate, s oben Pkt B 6.2.2.3 sowie Pkt 6.1.2) und der Überschuldung (zwei bis drei Jahre, s oben Pkt B 6.2.3.3). Versteht man unter dem Begriff der „Insolvenz“ auch Überschuldung, könnte eine „doppelte“ Prognose wie gesagt zu einem Blick von drei bis zu vier Jahren in die Zukunft führen (s dazu noch unten Pkt 6.3.5).

Auch iZm den Prognoseerfordernissen hat die ReO daher nicht für mehr Rechtsklarheit gesorgt,¹⁴⁹⁶ vielmehr wurden auch hier mehr Fragen gestellt als beantwortet.

6.3.4. Wofür „vermutete“ wahrscheinliche Insolvenz?

Wie bereits dargestellt wird wahrscheinliche Insolvenz gem § 6 Abs 2 ReO *vermutet*, wenn die Kennzahlen der §§ 23, 24 URG erfüllt sind. Was auf den ersten Blick womöglich einleuchten mag, ist bei näherer Betrachtung zumindest fragwürdig. Die in der ReO gewählte Lösung ähnelt der Vermutung des Reorganisationsbedarfs im URG (s zu dieser bereits oben Pkt B 4.2). Mit der ReO werden nun sowohl der Reorganisationsbedarf als auch die wahrscheinliche Insolvenz bei Vorliegen *ders* Kennzahlen vermutet. Dennoch ist wohl nicht davon auszugehen, dass materiell exakt dasselbe gemeint ist, sonst hätte der ReO-Gesetzgeber in § 6 Abs 2 ReO statt auf die Bestandsgefährdung einfach auf den Reorganisationsbedarf verweisen können.

Damit stellt sich aber die Frage, welchen Zweck diese Vermutung im Rahmen der ReO überhaupt erfüllen soll. Zweck der in § 22 Abs 1 Z 1 URG festgeschriebenen Vermutung eines Reorganisationsbedarfs ist, eine Voraussetzung für eine mögliche Haftung nach § 22 URG festzuschreiben. Indirekt hat die Vermutung etwa Ausstrahlwirkung auf den Krisenbegriff des EKEG, welches selbigen in § 2 Abs 1 Z 3 ebenso an die URG-Kennzahlen knüpft. Der Begriff der wahrscheinlichen Insolvenz hat aber keinen solchen Zweck. Das Vorliegen selbiger ist vom Schuldner gem § 7 Abs 1 ReO im Eröffnungsantrag darzulegen. Die Vermutung hilft dem Schuldner dabei womöglich, liegt diese offenbar nicht vor, hat das

¹⁴⁹⁶ Unterschiedliche und teilweise unübersichtliche Erfordernisse bestanden schon vor der ReO; s etwa *Piringer*, *ecolex* 2021, 227 (228 f), mit Hinweis auf Schwierigkeiten iZm unterschiedlichen Erfordernissen zwischen insolvenzrechtlicher und eigenkapitalersatzrechtlicher Fortbestandsprognose sowie unternehmensrechtlicher Fortführungsprognose (s dortige FN 12 u 24).

Gericht den Antrag aber unabhängig von einer möglichen Vermutung abzuweisen (so ist wohl § 7 Abs 3 ReO zu lesen).

Auch die Haftungsbestimmung des § 1 Abs 3 ReO knüpft nicht an die Vermutung, sondern an das *Vorliegen* der wahrscheinlichen Insolvenz. Die praktische Relevanz dieser Vermutung beschränkt sich daher wohl auf die ohnehin durch die URG-Kennzahlen schon gegebene Warnfunktion.

6.3.5. Unionsrechtswidrigkeit iZm Überschuldung?

Wie bereits in Pkt 6.1.4 dargestellt, wurde die von der ReO vorgesehene Lösung, auch überschuldete Unternehmen in ein Restrukturierungsverfahren zu lassen, nicht nur kritisiert, sondern teils auch als unionsrechtswidrig bezeichnet. Aufgrund des hinter dem Konzept *likelihood of insolvency* stehenden Abstandsgebots zur materiellen Insolvenz scheint dieses Argument auf den ersten Blick auch nicht gänzlich unbegründet.

Der Weg zu einer richtlinienwidrigen Umsetzung ist im Bereich der wahrscheinlichen Insolvenz bereits deswegen ein weiter, weil den MS die Definition dieses Begriffs gem Art 2 Abs 2 lit b RIRL ausdrücklich selbst überlassen bleibt. Hinzu kommt, dass die RIRL wie in Pkt C 7.3 dargestellt in den Anwendungsbereich *gerade* auch *balance sheet tests* wie die Überschuldung mitaufnehmen wollte, um den MS bei der Umsetzung möglichst viel Spielraum zu geben.

Wie in Pkt 6.2.2 dargestellt, wurde eine ähnliche Diskussion auch in Deutschland geführt, wo der SanInsFoG-Gesetzgeber in den dazugehörigen Mat jedoch klarstellte, dass aus seiner Sicht iSd RIRL lediglich eine im StaRUG gerade *nicht* vorgesehene Anknüpfung an einen Tatbestand problematisch wäre, der zur Insolvenzantragstellung verpflichtet oder Gläubiger zu einer solchen berechtigt.¹⁴⁹⁷ Dem SanInsFoG-Gesetzgeber ist hier mE nicht zu folgen. Die RIRL sieht *gerade* für solche Fälle in Art 7 Abs 1 u 2 iZm einer Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen nicht nur ein Ruhen der Insolvenzantragspflicht, sondern auch eine Beschränkung von Gläubigeranträgen vor, für welche die MS gem Art 7 Abs 3 RIRL jeweils Ausnahmeregelungen für Fälle der Zahlungsunfähigkeit schaffen können (s oben Pkt C 2.5.2). Dürften insolvenzrechtlich überschuldete Unternehmen gar nicht erst in ein Verfahren, wäre Art 7 RIRL in dieser Form gar nicht erforderlich gewesen.

Die vom ReO-Gesetzgeber gewählte Lösung, auch überschuldete Unternehmen in ein Restrukturierungsverfahren zu lassen, ist *als solche* daher mE *nicht* als unionsrechtswidrig anzusehen (s aber noch unten Pkt 8.3.2.2). Dennoch scheint sie insgesamt unglücklich, was aber auch mit dem herrschenden Verständnis des Überschuldungsbegriffs zusammenhängt. Nachfolgend wird eine Annäherung an die mE augenscheinlichsten Probleme versucht. Die Lösung selbiger obliegt jedoch anderen:

¹⁴⁹⁷ SanInsFoG-RegEntw 103 (SanInsFoG-RefEntw 101).

- Viele Probleme könnten bereits dadurch gelöst werden, dass die Auswirkungen eines *aussichtsreichen* Restrukturierungsplans auf eine Fortbestehensprognose geklärt werden. Der ReO-Gesetzgeber (und scheinbar auch Kommentatoren im Begutachtungsverfahren, s oben Pkt 6.1.4) scheinen davon auszugehen, dass einem Restrukturierungsplan zwar bereits eine mit der Planbestätigung bedingte Fortbestehensprognose beizulegen ist, diese aber *erst mit dem Eintritt der Bedingung* (also der tatsächlichen *Planbestätigung*) *positiv* wird.¹⁴⁹⁸ Bis dahin soll eine bestehende insolvenzrechtliche Überschuldung fortbestehen. Dass diese Annahme nicht selbstverständlich ist, zeigen wie bereits erwähnt das SanInsFoG und das StaRUG, wo nach dem Gesetzgeber selbst eine insolvenzrechtliche Überschuldung *dann und solange* ausscheide, solange die Erfolgsaussichten einer (auch mit den Instrumenten des StaRUG) in Aussicht genommenen Sanierung überwiegend wahrscheinlich seien (s dazu oben Pkt 6.2.2 und die dortigen Quellen).

Ein Blick auf die in Pkt B 6.2.3.3 dargestellte Rsp und Lit zeigt mE, dass selbiges grds auch für das österr Recht gelten könnte. Bei gut vorbereiteten Restrukturierungsverfahren liegt die Erfolgswahrscheinlichkeit in vielen Fällen wohl deutlich über 50%. In größeren Restrukturierungsfällen werden oft vorab sog *Lock-up Agreements* mit der für die Planumsetzung erforderlichen Gläubigermehrheit abgeschlossen, in welchen die Gläubigermehrheit sich vertraglich zu einer Unterstützung des Plans *verpflichtet*. Diesfalls, aber etwa auch im Fall einer von einer großen Gläubigermehrheit gestützten Standstill-Vereinbarung, liegt die Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Planumsetzung uU sogar bei knapp 100%. Indem der Schuldner das Verfahren und den Plan nach den verfahrensrechtlichen – den Gläubigerschutz sicherstellenden – Vorgaben sorgfältig und wie mit der Gläubigermehrheit vereinbart umsetzt, hat er den Erfolg nahezu zur Gänze in eigener Hand. Wenn daher der Gesetzgeber des IRÄG 2010 sogar davon ausging, dass bei einem „stillen Ausgleich“ bei einer hohen Annahmequote uU bereits auf die Wahrscheinlichkeit der Erlangung weiterer Zustimmungserklärungen geschlossen werden kann¹⁴⁹⁹ und lt OGH in Einzelfällen sogar aufgrund von in der Vergangenheit erhaltenen Gesellschafterfinanzierungen auf eine positive Fortbestehensprognose geschlossen werden darf (s dazu die in Pkt B 6.2.3.3(e) zitierte Rsp), könnte dies durchaus (oder vl sogar erst recht) auch für ein wohlvorbereitetes und nachweislich von der nötigen Gläubigermehrheit gestütztes Restrukturierungsvorhaben gelten. Mit diesem Ergebnis wäre nicht nur das von der RIRL geforderte Abstandsgebot gewahrt, es könnte auch mit dem bestehenden Überschuldungsbegriff in Einklang gebracht werden. Auch andere Bereiche, in welche der Überschuldungstatbestand ausstrahlt, sprechen nicht automatisch gegen ein solches Ergebnis. Im Anfechtungsrecht tritt zB die *par condicio creditorum* gem § 30 Abs 1 IO bereits um bis zu 60 Tage *vor* Eintritt der materiellen

¹⁴⁹⁸ So auch *Mohr*, ZIK 2021, 82 (82) („Liegt nur eine solche bedingte Fortbestehensprognose vor, so ist der Schuldner überschuldet“).

¹⁴⁹⁹ ErläutRV 612 XXIV. GP 14 (IRÄG 2010); Leitfaden Fortbestehensprognose 27; s dazu bereits oben Pkt B 6.2.3.3(e).

Insolvenz ein, weswegen im Falle eines Scheiterns der Restrukturierung davor erfolgte Gläubigerbegünstigungen idR auch weiterhin angefochten werden könnten.

Schließlich stellt sich bei einer bedingten Fortbestehensprognose iZm der ReO auch nicht automatisch das eigentlich zu diesem Konzept führende „Henne-Ei-Problem“ bei mit einer positiven Fortbestehensprognose bedingten Finanzierungszusagen (s oben Pkt B 6.2.3.3(e)). Für Zwischenfinanzierungen sieht § 18 ReO einen eigenen gerichtlichen Genehmigungsprozess vor. Diese sind gleich wie als Teil des Restrukturierungsplans gewährte Neufinanzierungen nach § 36a IO nur eingeschränkt anfechtbar.

- Die eben gemachten Erwägungen zeigen auch *den* wesentlichen Unterschied zur drohenden Zahlungsunfähigkeit. Dort sind aussichtsreiche Sanierungsmaßnahmen und auch ein aussichtsreiches Restrukturierungsvorhaben *nicht* in die Prognose miteinzubeziehen (s oben Pkt 6.2.2 zu den mE auch für das österr Recht zutr Aussagen zum SanInsFoG). Bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit ist eine solche Berücksichtigung deswegen nicht erforderlich, weil es keinen zwingenden Insolvenzgrund (und daher insb auch keine Insolvenzantragspflicht) zu beseitigen gilt.
- Für die angedachte Lösung spricht auch der Umstand, dass ansonsten *ohne* beantragte und womöglich auch gar nicht zur Verfügung stehende Vollstreckungssperre eine allfällige Insolvenzantragspflicht auch weiterhin bestehen würde, *obwohl* der Schuldner eine aussichtsreiche und von der ReO sogar geförderte Restrukturierungsrouten wählt, die aber uU nicht innerhalb von 60 Tagen umgesetzt werden kann (s dazu noch ausf unten Pkt 8.3.2).
- Davon unabhängige weitere Fragen ergeben sich iZm der Auslegung des Begriffs „Insolvenz“. Wie in Pkt 6.3.2 gezeigt, inkludiert der ReO-Gesetzgeber darin scheinbar neben der Zahlungsunfähigkeit auch die Überschuldung. Wahrscheinliche Insolvenz könnte daher bereits dann gegeben sein, wenn der Schuldner in den nächsten zwölf Monaten (s dazu Pkt 6.3.3) „wahrscheinlich überschuldet“ wird, was unter Berücksichtigung der im Rahmen der Überschuldungsprüfung aufzustellenden Fortbestehensprognose sogar zu einer drei bis vierjährigen Vorausschau führen könnte. Ein solches Ergebnis führt nicht nur zu erheblicher Rechtsunsicherheit (s dazu bereits die geäußerten Bedenken iZm der drohenden Zahlungsunfähigkeit oben Pkt B 6.2.2.3), es wäre auch verfassungsrechtlich bedenklich, da so frühe Eingriffe in Gläubigerrechte regelmäßig nicht gerechtfertigt werden können. Letzterer Gedanke entspricht auch dem dem Konzept *likelihood of insolvency* inharänten Missbrauchsverbot (s oben Pkt C 7.3), weswegen eine solche Auslegung des Begriffs der „Insolvenz“ wohl auch mit den Vorgaben der RIRL im Widerspruch stehen würde. Eine Richtlinienwidrigkeit könnte dadurch vermieden werden, dass der Begriff der wahrscheinlichen Insolvenz richtlinienkonform interpretiert und dahingehend teleologisch reduziert wird, dass „Insolvenz“ lediglich „Zahlungsunfähigkeit“ meint. Es bliebe aber dabei, dass mit der

Überschuldung, drohenden Zahlungsunfähigkeit und wahrscheinlichen Insolvenz drei prognostische Tatbestände bestehen, die alle auf die zukünftige Zahlungsunfähigkeit abstellen, sich jedoch in den Details unterscheiden und auch an unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft sind.

- Die gezeigten Fragen legen nahe, dass die Überschuldung in der bestehenden Form wohl tatsächlich einer sorgfältigen und ergebnisoffenen Evaluierung bedarf (auf die diesbezügliche Kritik in der Lit in Pkt B 6.2.3 und die Diskussion in Deutschland in Pkt 6.2.3 wird verwiesen).

6.3.6. Exkurs: Vorschlag zur Vereinfachung durch Anknüpfung an die drohende Zahlungsunfähigkeit

Bereits vor der ReO gab es mit dem Reorganisationsbedarf nach dem URG, der drohenden Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung drei potentielle Gründe zur Einleitung von gerichtlichen Sanierungsprozessen, die in der Praxis viel zu selten genutzt wurden.¹⁵⁰⁰ Es wäre daher wünschenswert gewesen, wenn mit der ReO die bereits bestehenden Anknüpfungspunkte evaluiert und soweit erforderlich angepasst und/oder aufgewertet worden wären. Stattdessen wurden wie bereits in Pkt 6.3.1 dargestellt weitere unbestimmte Rechtsbegriffe ins Spiel gebracht, die nicht nur zu Rechtsunsicherheit (auch für die Geschäftsleitung) führen können, sondern insgesamt die Attraktivität des Verfahrens mangels klar definierter Eingangsvoraussetzungen gefährden.¹⁵⁰¹

Für mehr Klarheit und Einfachheit könnte mE *de lege ferenda* eine an das StaRUG angelehnte Anknüpfung an einen aufgewerteten Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit sorgen. Dies insb aus folgenden Erwägungen:

- Aufgrund der in Pkt B 6.2.2.3 aufgezeigten Probleme könnte im Zuge dessen gesetzlich klargestellt werden, dass drohende Zahlungsunfähigkeit iSd § 167 Abs 2 IO *nicht* auch eine drohende Überschuldung miteinschließt.
- Eine vorausschauende, ausschl Liquiditätsbetrachtung würde eine einfach festzustellende und für alle Unternehmensformen und Unternehmer anwendbare Anknüpfung ermöglichen.

¹⁵⁰⁰ Das Reorganisationsverfahren ist wie bereits in Pkt B 4.1.1 dargestellt nahezu totes Recht. Eine in *Mayr/Mitter/Baschinger*, ZIK 2020, 224 (225) veröffentlichte Studie ergab weiters, dass von 459 im Jahr 2012 untersuchten oberösterreichischen Insolvenzverfahren lediglich *ein* Fall aufgrund von drohender Zahlungsunfähigkeit und lediglich *drei* Fälle aufgrund alleinig vorliegender Überschuldung eröffnet wurden. 79 % der untersuchten Verfahren wurden aufgrund von Zahlungsunfähigkeit eröffnet, bei rund 20 % waren Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung gegeben.

¹⁵⁰¹ Auch im Begutachtungsverfahren wurde etwa von *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme der Universität Innsbruck, parlament.gv.at (13, Stand 6.4.2021) bemerkt, dass der sehr „schwammig“ definierte Überschuldungsbegriff „wohl praktisch kaum zur scharfen Abgrenzung von Restrukturierungs- und Insolvenzverfahren geeignet erscheint.“

- Hinsichtlich des Wahrscheinlichkeitsgrads und des Prognosezeitraums könnte an die bestehende Lit angeknüpft werden (s oben Pkt B 6.2.2.3). Überschneidungen mit dem Insolvenzgrund der Überschuldung wären dann gelöst, wenn bei selbiger ein aussichtsreiches Restrukturierungsvorhaben in eine (positive) Fortbestehensprognose miteinbezogen werden könnte (s dazu zuvor Pkt 6.3.5). Noch mehr Klarheit könnte eine (wie auch im SanInsFoG erfolgte) deutlichere (auch zeitliche) Abgrenzung der beiden Tatbestände bringen.

7. Geschäftsleiterpflichten bei wahrscheinlicher Insolvenz

7.1. Vorbemerkung

7.1.1. RIRUG

7.1.1.1. Umsetzung durch an Art 19 RIRL angelehnten Pflichtenkatalog

Nach § 1 Abs 3 ReO hat die Unternehmensleitung bei Eintritt einer wahrscheinlichen Insolvenz Schritte einzuleiten, um die Insolvenz abzuwenden und die Bestandfähigkeit sicherzustellen. *Dabei* sind die Interessen der Gläubiger, der Anteilsinhaber und der sonstigen Interessenträger angemessen zu berücksichtigen. Der Wortlaut der Bestimmung blieb seit dem MEntw unverändert und wurde bewusst an Art 19 RIRL angelehnt, dessen Umsetzung diese Bestimmung nach den Mat ausdrücklich dient.¹⁵⁰² Die Mat beziehen sich auch explizit auf die ErwGr 70, 71 RIRL und geben deren Wortlaut nahezu wortgleich wieder.¹⁵⁰³

Anders als in Deutschland wurden hierzulande wie bereits angesprochen die in der RIRL enthaltenen Pflichtenvorgaben für Unternehmens- bzw Geschäftsleiter in der Lit höchstens am Rande diskutiert.¹⁵⁰⁴ Die erste und bis dato soweit ersichtlich einzige weitergehende inhaltliche Auseinandersetzung erfolgte durch mich selbst iZm der Veröffentlichung ausgewählter Ergebnisse der auch in Pkt B 9 dargestellten empirischen Studie.¹⁵⁰⁵ Auch im Begutachtungsverfahren drehten sich die meisten Kritikpunkte und Anm um andere Regelungen. Die zu § 1 Abs 3 ReO-MEntw abgegebenen Stellungnahmen waren großteils

¹⁵⁰² ErläutRV 950 XXVII. GP 6.

¹⁵⁰³ ErläutRV 950 XXVII. GP 6.

¹⁵⁰⁴ Siehe beispielhaft *Leistentritt* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer* 41 (44, 49), nach welchem im Interesse der schuldnerischen Geschäftsführung während der Erstellung eines Restrukturierungskonzepts und der Verhandlungen mit den Gläubigern keine zusätzlichen Haftungsrisiken drohen sollten (insb mit Verweis auf drohende Haftungsrisiken gegenüber dem Finanzamt oder den Sozialversicherungsträgern).

¹⁵⁰⁵ *Wabl*, ZIK 2019, 178 (178 ff); ein weiterer Aufsatz von *Wabl/Gassner* in *Konecny* ist in Druck.

allgemein, teils positiver¹⁵⁰⁶ und teils kritischer¹⁵⁰⁷ Natur. Angemerkt wurde auch, dass gerade die im Restrukturierungsverfahren zu erfolgende Auswahl der Gläubiger und deren Einteilung in Klassen, die unterschiedlich behandelt werden können, „geradezu typisch missbrauchsanfällig“ seien.¹⁵⁰⁸ Die umfangreichste Auseinandersetzung erfolgte durch *Trenker/Lutschounig*, die auch einen eigenen, jedoch vom ReO-Gesetzgeber nicht übernommenen Regelungsvorschlag machten.¹⁵⁰⁹

7.1.1.2. **Konkretisierung bestehender gesellschaftsrechtlicher Sorgfaltspflichten**

Nach den Mat werden durch § 1 Abs 3 ReO „bereits bestehende gesellschaftsrechtliche Sorgfaltspflichten konkretisiert, ohne aber ein neues Haftungsregime einzuführen.“¹⁵¹⁰ Ebenso wurde klargestellt, dass keine „(neue) Außenhaftung gegenüber den Gläubigern begründet werden“ soll.¹⁵¹¹ Das in Klammer gesetzte „neue“ ist wohl dem Umstand geschuldet, dass sich bereits nach dem bestehenden Pflichtenregime in gewissen Fällen eine Außenhaftung ergeben kann (s dazu bereits oben Pkt B 2.1.3).¹⁵¹² Beide genannten Passagen haben sich noch nicht in den Erläut zum MEntw befunden und wurden erst im RegEntw aufgenommen.¹⁵¹³ Schon im MEntw wurde aber klargestellt, dass die sich bereits aus dem Unternehmens- und Gesellschaftsrecht ergebenden Verpflichtungen der Unternehmensleitung auch für das Restrukturierungsverfahren gelten.¹⁵¹⁴ Weiters sollen die Vorschriften über die Entscheidungsprozesse im Unternehmen durch die Regelung unberührt bleiben.¹⁵¹⁵

Der ReO-Gesetzgeber war daher sichtlich bemüht (und hat dies im Zuge des Gesetzwerdungsverfahrens auch noch einmal deutlicher hervorgestrichen), § 1 Abs 3 ReO

¹⁵⁰⁶ *Alpenländischer Kreditorenverband*, parlament.gv.at (1, Stand 1. 4. 2021) („im Sinne eines umfassenden Gläubigerschutzes als positiv erachtet“); *Altenburger/Marterbauer/Klement*, Stellungnahme der KSW, parlament.gv.at (4, Stand 6. 4. 2021) (erstmalige Pflichtenregelung „sehr zu begrüßen“, würden aber „eine prominente Stelle“ verdienen); *Heiter*, Stellungnahme der IV, parlament.gv.at (10, Stand 6. 4. 2021) (Mat sollten im Sinne der Rechtssicherheit klarstellen, dass „anders als nach dem URG [...] kein neues Haftungsregime“ eingeführt wird).

¹⁵⁰⁷ *Bundeskanzleramt - Verfassungsdienst*, parlament.gv.at (2 f, Stand 2. 4. 2021) („unbestimmt“ und Klarstellung im Gesetz empfohlen, sowie Frage ob der Bestimmung „überhaupt ein über die sonstigen Bestimmungen des Gesetzes [...] hinausgehender normativer Gehalt zukommt“).

¹⁵⁰⁸ *Wolff*, Stellungnahme des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages (Referent *Stephan Riel*), parlament.gv.at (13, Stand 6. 4. 2021).

¹⁵⁰⁹ *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme der Universität Innsbruck, parlament.gv.at (20 ff, 24 f, Stand 6. 4. 2021), nach welchen die Pflichten losgelöst vom eigentlichen Restrukturierungsverfahren betrachtet werden müssten.

¹⁵¹⁰ ErläutRV 950 XXVII. GP 4; krit dazu *Arnold*, GesRZ 2021, 113 (113), nach welchem diese Konkretisierung sich im Gesetzestext gerade nicht finde. Wenn die von der RIRL geforderten Verpflichtungen ohnedies dem nationalen Rechtsbestand angehören würden, bestehe nach diesem auch keine Notwendigkeit, wortgetreu Bestimmungen einer RL zu wiederholen.

¹⁵¹¹ ErläutRV 950 XXVII. GP 4.

¹⁵¹² So auch *Wabl/Gassner* in *Konecny* (in Druck).

¹⁵¹³ Eine Klarstellung zum Charakter als Innenhaftung wurde etwa von *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme der Universität Innsbruck, parlament.gv.at (21, Stand 6. 4. 2021) im Zuge des Begutachtungsverfahrens auch entschieden gefordert.

¹⁵¹⁴ ErläutRV 950 XXVII. GP 4 sowie ErläutME 96 XXVII. GP 4.

¹⁵¹⁵ ErläutRV 950 XXVII. GP 4 sowie ErläutME 96 XXVII. GP 4.

als *gesellschaftsrechtlich* einzustufen und dabei möglichst *wenig* in die bestehenden gesellschaftsrechtlichen Vorgaben einzugreifen. Aus diesen Klarstellungen des Gesetzgebers ergibt sich aber auch, dass das bis zur ReO geltende Pflichtenregime und die dort gültigen Grundsätze (s zusammenfassend oben Pkt B 10) weiter- und grds uneingeschränkt auch für § 1 Abs 3 ReO gelten.¹⁵¹⁶ Dies wird bei der Beurteilung der einzelnen Pflichtentatbestände mitzubersichtigen sein.

Bevor daher auf die einzelnen Aspekte im Detail eingegangen wird, sei noch einmal daran erinnert, dass Art 19 RIRL keinesfalls das *business judgement* der Geschäftsleiter aushebeln möchte. Vielmehr sprechen der gesamte Kontext und die Gesetzwerdung der RIRL (inkl der ebenso untersuchten Vorarbeiten von *UNCITRAL* und auch das englische Recht) dafür, dass der Pflichtenkatalog des Art 19 RIRL zu den allgemeinen, gegenüber der Gesellschaft (im Sinne einer Innenhaftung) geschuldeten Sorgfaltspflichten gehört und der Geschäftsleitung dabei ein *safe harbour* bleiben soll (s dazu ausf oben Pkt C 7.4.1(b) u 7.4.1(c)).

7.1.1.3. Keine Differenzierung nach Verfahrensanhängigkeit

§ 1 Abs 3 ReO knüpft den Pflichtenkatalog gleich wie Art 19 RIRL (s oben Pkt C 7.4.5) *nicht* an die Verfahrensanhängigkeit eines Restrukturierungsverfahrens, sondern an die wahrscheinliche Insolvenz des Schuldners.¹⁵¹⁷ Der Pflichtenkatalog gilt daher sowohl außerhalb als auch innerhalb eines Verfahrens, und auch dann, wenn gar kein Verfahren beantragt wird.¹⁵¹⁸ Einen anderen Weg geht das SanInsFoG, das vor und während Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache unterschiedliche Pflichtenvorgaben vorsieht (s dazu noch unten Pkt 7.1.2.1).

7.1.1.4. Weitergeltung von § 22 URG

Der ReO-Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, die Haftungsregelung des § 22 URG gleich wie das URG selbst unangetastet zu lassen. Nach § 25 Abs 2 ReO entfällt eine daran geknüpfte Haftung aber unter gewissen Umständen (s dazu unten Pkt 7.5).

7.1.2. SanInsFoG

7.1.2.1. Umsetzung aufgeteilt in mehrere Normen

Im StaRUG befindet sich keine *einzelne* Bestimmung, die sämtliche Vorgaben des Art 19 RIRL adressiert. Nach den dazugehörigen Mat sollten § 1 (Krisenfrüherkennung und

¹⁵¹⁶ Dies gilt daher insb auch für im Rahmen dieser Arbeit nicht im Detail beleuchtete Aspekte wie gesellschafts- und schadenersatzrechtliche Beweislastregelungen, Schadensberechnung, Verjährungsfragen etc; s dazu auch *Wabl/Gassner in Konecny* (in Druck).

¹⁵¹⁷ In ErläutRV 950 XXVII. GP 4 wird zwar klargestellt, dass die sich bereits aus dem Unternehmens- und Gesellschaftsrecht ergebenden Verpflichtungen der Unternehmensleitung auch für das Restrukturierungsverfahren gelten. Durch die dargestellte *Konkretisierung* gesellschaftsrechtlicher Sorgfaltspflichten ist mE aber klargestellt, dass dies auch bei wahrscheinlicher Insolvenz gilt (selbst wenn kein Restrukturierungsverfahren eröffnet wird).

¹⁵¹⁸ So auch *Wabl/Gassner in Konecny* (in Druck).

Krisenmanagement bei haftungsbeschränkten Unternehmensträgern, s dazu unten Pkt 7.3.2.1) und der kurz vor Verabschiedung weggefallene § 2 StaRUG-RegEntw (Pflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit, s dazu unten Pkt 7.2.2.1) der Umsetzung des Art 19 sowie der ErwGr 70 u 71 RIRL dienen.¹⁵¹⁹ Mit den Vorgaben des Art 19 überschneiden sich aber auch die in § 32 StaRUG vorgesehenen Pflichten des Schuldners zur Betreibung der Restrukturierungssache mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Sanierungsgeschäftsführers, die gem § 43 Abs 1 StaRUG ausdrücklich auch die Geschäftsleitung treffen (s dazu unten Pkt 7.2.2.2). § 32 und § 43 StaRUG gelten nur *während* Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache und sehen im Vergleich zum Zeitraum davor verschärfte Pflichten vor.

Die im StaRUG-RefEntw und auch noch im RegEntw enthaltenen Pflichtenregelungen waren die im Gesetzwerdungsprozess mit am meisten diskutierten und haben bis zuletzt für Spannung gesorgt. Ein ursprünglich vorgesehener *shift of fiduciary duties* bei drohender Zahlungsunfähigkeit und eine während Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache vorgesehene weitgehende Außenhaftung der Geschäftsleitung wurden quasi in letzter Sekunde gestrichen (s dazu unten Pkt 7.2.2.1). In den nachfolgenden Pkten werden nicht nur die verabschiedeten Regelungen, sondern auch die Diskussionen im Zuge des Gesetzgebungsprozesses – bewusst detailliert – behandelt. Gerade diese Diskussionen unterstreichen bzw unterstützen mE die im Kontext der gegenständlichen Arbeit gewonnenen Erkenntnisse.

7.1.2.2. Diskussionen im Vorfeld des SanInsFoG

Anders als hierzulande wurde in Deutschland auch schon im Vorfeld des SanInsFoG die Umsetzung von Art 19 RIRL vielfach und mit teils unterschiedlichen Ergebnissen diskutiert. Die Bestimmung wurde als zentral und insb für das Gesellschaftsrecht von nicht zu unterschätzender Bedeutung bezeichnet.¹⁵²⁰ Das Spannungsverhältnis zwischen den RL-Vorgaben und dem nationalen Gesellschaftsrecht sei nach manchen „mit Händen zu greifen“.¹⁵²¹ Die erst im Laufe des Gesetzwerdungsprozesses in ErwGr 71 RIRL erfolgten

¹⁵¹⁹ StaRUG-RegEntw 118 (StaRUG-RefEntw 111).

¹⁵²⁰ Korch, ZGR 2019, 1050 (1050, 1052).

¹⁵²¹ Korch, ZGR 2019, 1050 (1066 ff) mit Verweis auf die Weisungsgebundenheit des GmbH-Geschäftsführers. Laut Korch bestünden aus Gesetzgebersicht iW zwei Lösungswege: (a) Kompetenzgefüge der GmbH respektieren und auch nachteilige Weisungen zulassen. Dies müsste dann aber auch eine Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft ausscheiden lassen, was insb bei von den Gesellschaftern angewiesenen bestandsgefährdenden oder sonst unzulässigen Maßnahmen mit den Zielen der RIRL (va Fokus auf KMU) widersprechen könne. Aufgrund von ErwGr 71 RIRL (nationale Vorschriften über Entscheidungsprozesse bleiben unberührt) läge aber kein Verstoß gegen den *effet utile*-Grundsatz vor. (b) Alternativ könne die Weisungsbefugnis der Gesellschafter während einer wahrscheinlichen Insolvenz beschränkt werden. Dies denkt Korch aber nicht generell an, sondern lediglich als analogen Fall der Unbeachtlichkeit nichtiger Weisungen (zB im Zusammenhang mit § 15a dInsO oder existenzvernichtender Eingriffe), wozu etwa auch das Art 19 lit c RIRL zählen könnte.

Entschärfungen seien *ganz wesentlich* gewesen.¹⁵²² Der in der RIRL vorgesehene Pflichtenkatalog wurde teilweise als „rudimentär“¹⁵²³ oder „unbestimmt und doppeldeutig“¹⁵²⁴ bezeichnet. Die Allgemeinheit der Formulierungen wurde aber auch als „sinnvoll“ erachtet, da diese eine sorgsame *Einpassung* in das nationale Recht ermöglichen würden.¹⁵²⁵

Es wurden unterschiedliche Beschreibungen wie ein reines „best effort“ zur Ergreifung von Maßnahmen,¹⁵²⁶ eine generelle „Sanierungsverantwortung“,¹⁵²⁷ „Krisen(früh)erkennungs-, Massesicherungs- und Sanierungs(vorbereitungs)plichten“,¹⁵²⁸ eine „Pflicht zur Sanierung im Interesse aller“,¹⁵²⁹ aber auch ein „Paradigmenwechsel“ von einer bloßen Insolvenzverschleppungshaftung zur „Haftung wegen unterlassener Sanierungsmaßnahmen“¹⁵³⁰ verwendet. Weitestgehend Einigkeit besteht soweit ersichtlich darüber, dass es sich um *allgemeine* Verhaltenspflichten in der Krise und nicht um spezielle, und *nur* iZm der Verhandlung über einen Restrukturierungsplan relevante Pflichten handelt.¹⁵³¹

Bei der Jahrestagung Restrukturierung in Frankfurt am 7. 5. 2019 wurden mit dem Publikum Thesen in diesem Zusammenhang entwickelt. Im Ergebnis sollten allgemeine Pflichten für Geschäftsleiter zur Krisenfrüherkennung und Sanierung gegenüber dem Unternehmen festgesetzt, die Corporate Governance im Fall der wahrscheinlichen Insolvenz sowie bei Inanspruchnahme eines präventiven Restrukturierungsrahmens aber *nicht* geändert werden.¹⁵³² Es sollte bei der Innenhaftung und daher der Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft bleiben.¹⁵³³

Die dLit ging insgesamt weitestgehend davon aus, dass die RIRL im Vergleich zum (vor dem SanInsFoG geltenden) deutschen Recht keine Pflichtenschärfung vorsehe.¹⁵³⁴ Das deutsche Recht kannte vor dem StaRUG noch keine Norm, welche Geschäftsleitern ausdrücklich konkrete Handlungs- oder Unterlassungspflichten in der vorinsolvenzlichen

¹⁵²² *Demisch in Morgen*, Restrukturierung Art 19 Rz 16; *Smid*, ZInsO 2019, 2081 titelte noch in Reaktion auf den Kommissionsvorschlag etwa krit. „Après nous de déluge“ („Hinter mir die Sintflut“); s auch *Lange/Swierczok*, BB 2019, 514 (520), nach welchem sich beim Kommissionsvorschlag noch ein Zielkonflikt mit dem deutschen Recht angebahnt hätte.

¹⁵²³ *Demisch in Morgen*, Restrukturierung Art 19 Rz 1, 3.

¹⁵²⁴ *Smid*, ZInsO 2019, 2081 (2085) (in Bezug auf Art 19 lit a).

¹⁵²⁵ *Goetker in Flöther* 273 (274) mit Verweis auf *Kayser*, ZIP 2017, 1393 (1401).

¹⁵²⁶ *Lange/Swierczok*, BB 2019, 514 (520).

¹⁵²⁷ *Korch*, ZGR 2019, 1050 (1050 ff).

¹⁵²⁸ *Goetker in Flöther* 273 (280).

¹⁵²⁹ *D. Fritz*, BB 2019, 513 (513).

¹⁵³⁰ *D. Fritz*, BB 2019, 513 (513).

¹⁵³¹ Siehe dazu *Seibt/von Treuenfeld*, DB 2019, 1190 (1193); *Goetker in Flöther* 273 (278); „ungeklärt“ hingegen *It Demisch in Morgen*, Restrukturierung Art 19 Rz 58.

¹⁵³² *Rendels*, INDat Report 5/2019, 62 (65).

¹⁵³³ *Rendels*, INDat Report 5/2019, 62 (63).

¹⁵³⁴ Siehe nur *Lange/Swierczok*, BB 2019, 514 (520).

Krise auferlegten.¹⁵³⁵ Die ständige Risikobeobachtungspflicht¹⁵³⁶ des Geschäftsleiters, die Krisenfrüherkennung und gegebenenfalls Einleitung von Sanierungsmaßnahmen gehörten aber bereits zum „Tagesgeschäft“.¹⁵³⁷ Die mit der Leitungs- und Finanzierungsverantwortung zusammenhängenden Pflichten verdichteten sich schon damals, wenn krisenhafte Entwicklungen einsetzten.¹⁵³⁸ Da diese Pflichten aber noch nicht vollends explizit geregelt waren, wären nach manchen aufgrund des Gebots einer hinreichend bestimmten, klaren und transparenten RL-Umsetzung dennoch ausdrückliche Pflichten zu regeln gewesen, wobei eine Überregulierung vermieden werden sollte.¹⁵³⁹ Auch aufgrund der rechtsformspezifisch teils unterschiedlichen gesellschaftsrechtlichen Vorgaben wurde eine „teils deklaratorische einheitliche Norm“ empfohlen.¹⁵⁴⁰

Die Ausgangslage für die Umsetzung des Art 19 RIRL schien daher insgesamt durchaus mit der österr vergleichbar.

7.2. Pflicht zur Interessenberücksichtigung

7.2.1. RIRUG

Nach § 1 Abs 3 ReO hat die Unternehmensleitung bei wahrscheinlicher Insolvenz die Interessen der Gläubiger, der Anteilsinhaber und der sonstigen Interessenträger angemessen zu berücksichtigen. Durch die Verwendung des Begriffs „*dabei*“ wird die Bestimmung ausdrücklich an den ersten HS der Bestimmung (Schritte zur Abwendung der Insolvenz und Sicherstellung der Bestandfähigkeit) geknüpft. Der Wortlaut entspricht iW Art 19 lit a RIRL, wo lediglich statt „angemessen“ der Begriff „gebührend“ verwendet wird. In den Mat selbst wird aber weiterhin der Begriff „gebührend“ verwendet,¹⁵⁴¹ weswegen mE davon auszugehen ist, dass dasselbe gemeint ist. Nach den Mat soll – gleichlautend mit ErwGr 71 RIRL – mit dieser Regelung überdies *keine* Rangfolge zwischen den verschiedenen Parteien festgelegt werden, deren Interessen gebührend berücksichtigt werden müssen.¹⁵⁴²

Bevor diese Bestimmung im Lichte der RIRL analysiert wird, wird zuerst noch ein Blick auf die im SanInsFoG erfolgte Umsetzung geworfen. Dabei ist ua zu berücksichtigen, dass das StaRUG (s oben Pkt 4) anders als die ReO (s oben Pkt 3) eine Einbeziehung der Anteilsinhaber in einen Restrukturierungsplan und daher auch einen *debt-equity-swap* gegen deren Willen ermöglicht. Wie sich zeigen wird, bringt dies in der – generell gesellschaftsrechtlich durchaus vergleichbaren – Ausgangslage im österr und deutschen

¹⁵³⁵ Siehe nur *Kranzfelder/Ressmann*, ZInsO 2021, 191 (191).

¹⁵³⁶ *Korch*, ZGR 2019, 1050 (1053).

¹⁵³⁷ *Frind*, BB 2019, 2381 (2384).

¹⁵³⁸ *Korch*, ZGR 2019, 1050 (1052); *Goetker in Flöther* 273 (274 f).

¹⁵³⁹ *Demisch in Morgen*, Restrukturierung Art 19 Rz 32, 46; *Goetker in Flöther* 273 (276, 282), nach welchem zur Vermeidung einer Überforderung der Organe eher mit Generalklauseln gearbeitet werden sollte.

¹⁵⁴⁰ *Thole*, ZIP 2017, 101 (111); ebenso für *eine* zentrale Vorschrift *Demisch in Morgen*, Restrukturierung Art 19 Rz 48 f.

¹⁵⁴¹ ErläutRV 950 XXVII. GP 4.

¹⁵⁴² ErläutRV 950 XXVII. GP 4.

Recht der GmbH und der AG im gegenständlichen Kontext entscheidende Verschiebungen der Interessenlagen und Einflussmöglichkeiten. Die deutsche Diskussion zeigt mE aber dennoch, welche Aspekte auch für das österr Recht berücksichtigt werden sollten. Daher wird sie auch bewusst umfassend dargestellt.

7.2.2. SanInsFoG

7.2.2.1. (Doch nicht erfolgter) Paradigmenwechsel (?)

Wie bereits in Pkt B 3.4.2 dargestellt, lehnte die wohl dhA einen *shift of fiduciary duties* im Vorfeld der Insolvenz ab, dies insb auch mit Blick auf das Unternehmens- bzw Gesellschaftsinteresse. Auch die RIRL sollte hier keinen Änderungsbedarf bringen.¹⁵⁴³ Dennoch sahen der StaRUG-RefEntw sowie der RegEntw noch genau einen solchen *shift* vor und kombinierten diesen bei Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache überdies mit einer Außenhaftung der Geschäftsleitung gegenüber den Gläubigern.

(a) §§ 2, 3 StaRUG-RegEntw (*shift of fiduciary duties*)

Im StaRUG-RegEntw befand sich noch ein § 2 „Pflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit“, nach dessen Abs 1 Geschäftsleiter in dieser Phase „die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger“ zu wahren gehabt hätten. Eine Pflichtverletzung sollte aber nicht vorliegen, wenn der Geschäftsleiter vernünftigerweise davon ausgehen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen die Interessen der Gläubiger zu wahren.¹⁵⁴⁴ Gem Abs 4 sollte die Geschäftsleitung „vorbehaltlich“ *dieser* Pflicht nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmungen *auch* die Interessen der am Schuldner beteiligten Personen und der sonstigen Beteiligten, deren Interessen durch ein Insolvenzverfahren über das Vermögen der juristischen Person oder der Gesellschaft berührt wurden, berücksichtigen.¹⁵⁴⁵

Gem § 2 Abs 2 StaRUG-RegEntw sollten schließlich auch Mitglieder der Überwachungsorgane über die Einhaltung dieser Pflicht der Geschäftsleiter wachen

¹⁵⁴³ Korch, ZGR 2019, 1050 (1059 f, 1081), nach welchem dies nach dem Kommissionsvorschlag sehr wohl noch geboten gewesen wäre; diesem folgend Seibt/Bulgrin, DB 2020, 2226 (2230). Aufgrund eines in der dLit teilweise bestehenden Meinungsstreits zum Unternehmensinteresse stellte Korch aber Klarstellungsbedarf in den Raum, relativierte dies aber gleichzeitig wieder, weil mangels Rangfolge in Art 19 lit a RIRL *in keinem Fall* ein Widerspruch zum deutschen Recht bestehe – sowohl ein moderater Shareholder-value-Ansatz als auch Interessenpluralismus seien mit der RL vereinbar. Da alleine aus einer Unklarheit in diesem Zusammenhang keine Behinderung der Ziele der RIRL erkennbar resultiere, bestehe daher auch keine Klarstellungspflicht des deutschen Gesetzgebers hinsichtlich des Unternehmensinteresses.

¹⁵⁴⁴ § 2 Abs 3 StaRUG-RefEntw sah noch keine Privilegierung für unternehmerische Entscheidungen vor, sondern betonte „nur“ einen Ermessensspielraum in der Begründung; s dazu auch Korch, NZG 2020, 1299 (1302).

¹⁵⁴⁵ § 2 Abs 1 u Abs 4 StaRUG-RegEntw. Dies sollte der Umsetzung von Art 19 lit a RIRL dienen, wobei im Konfliktfall den Interessen der Gläubigerschaft der Vorrang einzuräumen sei, was im Einklang mit ErwGr 71 S 6 RIRL stehe (StaRUG-RegEntw 124).

und § 2 Abs 1 entgegenstehende Beschlüsse und Weisungen der Überwachungs- und anderer Organe sollten unbeachtlich sein.¹⁵⁴⁶

§ 3 Abs 1 StaRUG-RegEntw knüpfte diese Pflichten an eine Innenhaftung¹⁵⁴⁷ der Geschäftsleitung gegenüber der Gesellschaft für den entstandenen Schaden. § 3 Abs 4 sah schließlich vor, dass ein Verzicht der Gesellschaft auf Ersatzansprüche unwirksam sein sollte, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich wäre.¹⁵⁴⁸

(b) Mat zu §§ 2, 3 StaRUG-RegEntw

Hintergrund dieser Regelungen war nach den Mat die bei drohender Zahlungsunfähigkeit immanente Gefährdung der Gläubigerinteressen.¹⁵⁴⁹ Gerade die zeitliche Überlappung mit der Überschuldung (s dazu oben Pkt 6.2) zeige, dass infolge einer Verkürzung des Prognosezeitraums bei der Überschuldung eine konkrete Gefährdung der Gläubigerinteressen gegeben sei. Die Pflicht der Geschäftsleitung zur Wahrung selbiger sei daher ein „notwendiges Korrektiv“ für die Einwirkungsmöglichkeiten auf die Befriedigungsaussichten der Gläubiger.¹⁵⁵⁰ Ansonsten drohe aufgrund der Verkürzung des Prognosezeitraums bei der Überschuldung eine Schutz- und Haftungslücke.¹⁵⁵¹ Es handle sich um ein Korrektiv für die den Geschäftsleitern zukommende Macht, Entscheidungen zu treffen, die sich zulasten der Gläubiger als Residualberechtigte am Unternehmensvermögen¹⁵⁵² auswirken.¹⁵⁵³ Diese Macht bestehe unabhängig davon, ob die Sanierung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens, des StaRUG oder außerhalb eines gerichtlichen Forums verfolgt werde.¹⁵⁵⁴ Schließlich wurde der Mangel an einer effektiven, auf die Gläubigerinteressen ausgerichteten Pflichtbindung als ein wesentlicher Grund für die nach wie vor zu späte Beantragung von Insolvenzverfahren und für durchschnittlich im einstelligen Bereich befindliche Insolvenzquoten genannt.¹⁵⁵⁵

Bei der Pflicht zur Berücksichtigung der Gläubigerinteressen sollte es sich aber weder um eine rigorose Insolvenzantragspflicht noch um ein striktes Zahlungsverbot

¹⁵⁴⁶ Abs 3 sah schließlich bei Führungslosigkeit auch mögliche Pflichten und § 3 Abs 3 auch eine mögliche Haftung des für die Bestellung der Geschäftsleitung zuständigen Organs vor.

¹⁵⁴⁷ So auch StaRUG-RegEntw 100.

¹⁵⁴⁸ Ausgenommen wurden Fälle, in denen sich der Ersatzpflichtige zur Abwendung eines Insolvenzverfahrens über sein Vermögen mit seinen Gläubigern vergleicht, wenn die Ersatzpflicht in einem Insolvenzplan geregelt wird oder wenn für den Ersatzberechtigten ein Insolvenzverwalter handelt.

¹⁵⁴⁹ StaRUG-RegEntw 97.

¹⁵⁵⁰ StaRUG-RegEntw 97.

¹⁵⁵¹ StaRUG-RegEntw 120. Dies werde besonders „augenscheinlich“, wenn unter Berufung auf die drohende Zahlungsunfähigkeit die Verfahrenshilfen des präventiven Rahmens *oder* des Insolvenzverfahrens in Anspruch genommen werden können, um Eingriffe in Gläubigerrechte vorzunehmen (StaRUG-RegEntw 97).

¹⁵⁵² Diese würden in der Übergangsphase zur Insolvenz die Anteilsinhaber in der Rolle der Residualberechtigten am Unternehmensvermögen allmählich ablösen (StaRUG-RegEntw 124).

¹⁵⁵³ StaRUG-RegEntw 120.

¹⁵⁵⁴ StaRUG-RegEntw 120.

¹⁵⁵⁵ StaRUG-RegEntw 121.

handeln. Es kennzeichne vielmehr den Zustand der drohenden Zahlungsunfähigkeit, dass unterschiedliche Krisenstadien abgedeckt seien.¹⁵⁵⁶ Mit zunehmender Vertiefung der Krise werde sich der Pflichtenkreis der Geschäftsleiter verdichten, weswegen anfangs des Prognosezeitraums eine „Vielzahl an Alternativen“ und in aller Regel ein derart breites Ermessen bestünden, „dass sich die dem Grunde nach bestehende Pflicht zur Wahrung der Gläubigerinteressen kaum jemals zu konkreten Handlungs- oder Unterlassungspflichten“ verdichten würde.¹⁵⁵⁷ Beim Übergang zur Zahlungsunfähigkeit werde sich das Ermessen jedoch *verengen*.¹⁵⁵⁸ Je näher der drohende Zahlungsausfall heranrücke, desto stärker sollte das unternehmerische Ermessen durch die Erforderlichkeit der Abwehr der Gefahren für Gläubiger eingeschränkt werden.¹⁵⁵⁹

Mit der Vorschrift trete daher an die Stelle der *binären* Unterscheidung zwischen einem außerinsolvenzlichen Bereich, in dem Geschäftsleiter nach verbreiteter Auffassung *nicht* zur Wahrung von Gläubigerinteressen verpflichtet seien, und dem Bereich der materiellen Insolvenz, in der die Interessenwahrung der Gläubigerschaft im Vordergrund stehe, ein stetiger Übergang auf der Grundlage eines sich dem Krisengrad anpassenden Pflichten- und Haftungsregimes.¹⁵⁶⁰

Beim „Ob“ und „Wie“ der Bewältigung einer drohenden Zahlungsunfähigkeit handle es sich im Kern um eine unternehmerische Entscheidung, bei der Geschäftsleitern ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum zuzubilligen sei.¹⁵⁶¹ Allerdings bringe es der auf den Schutz der Gläubigerinteressen gerichtete Schutzzweck mit sich, dass Risiken nicht mehr in demselben Maß eingegangen werden dürfen, wie dies vor Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit der Fall sei. Daher sei die Ausübung des unternehmerischen Ermessens nicht mehr am Wohl des Unternehmens aus der Perspektive der Anteilsinhaber allein, sondern an den legitimen Haftungserwartungen der Gläubigerschaft auszurichten. Deren Interessen seien im Zweifel der Vorrang einzuräumen.¹⁵⁶² Dabei gelte wie sonst auch, dass die Pflicht zur Befolgung rechtlicher Vorschriften (Legalitätspflicht) *keine* unternehmerische Entscheidung sei, die zur Disposition der Geschäftsleitung steht, und daher diesbezüglich auch kein unternehmerisches Ermessen eröffnet sein könne.¹⁵⁶³

Im Unterschied zur dBJR sei die im StaRUG-RegEntw vorgesehene Ermessensregelung aber auf die Wahrung der Interessen der Gläubiger zugeschnitten.

¹⁵⁵⁶ StaRUG-RegEntw 120.

¹⁵⁵⁷ StaRUG-RegEntw 120.

¹⁵⁵⁸ StaRUG-RegEntw 120.

¹⁵⁵⁹ StaRUG-RegEntw 2, 122 f.

¹⁵⁶⁰ StaRUG-RegEntw 121.

¹⁵⁶¹ StaRUG-RegEntw 121, mit ausdrücklichem Verweis auf ErwGr 70 RIRL.

¹⁵⁶² Es sollte sich aber um keinen *absoluten* Vorrang der Gläubigerinteressen und um keine vollständige Verdrängung der Interessen insb der Anteilsinhaber handeln, insb weil diese über weite Strecken parallel verlaufen würden (StaRUG-RegEntw 122 f).

¹⁵⁶³ StaRUG-RegEntw 122 f.

Mit Verweis auf BGH IX ZR 125/17, ZIP 2020, 1080 Rz 27 f (s zu dieser eigentlich die Insolvenzverwalterhaftung betreffenden E bereits oben Pkt B 8.5) sei der Ermessensspielraum überschritten, wenn Kosten und Risiken in Kauf genommen werden, die mit dem auf die Wahrung der Gläubigerinteressen zugeschnittenen Schutzzweck nicht mehr vereinbar wären.¹⁵⁶⁴

(c) Kritik zu §§ 2, 3 StaRUG-RegEntw

Mit Blick auf die bis dato wohl hA (s oben Pkt B 3.4.2) wurde diese Pflicht zur Berücksichtigung von Gläubigerinteressen von vielen als Paradigmenwechsel,¹⁵⁶⁵ „erhebliche“ Änderung,¹⁵⁶⁶ „Neujustierung der Sanierungspflichten“¹⁵⁶⁷ oder als „geradezu revolutionär“¹⁵⁶⁸ bezeichnet. Es wurde von einem neuen, rechtsformübergreifenden Pflichten- und Haftungsrahmen ausgegangen, den *Korch* als „schneidige Haftung“ und „gemäßigt gläubiger- und sanierungsorientierten Pflichtenrahmen“,¹⁵⁶⁹ *Seibt/Bulgrin* ähnlich als „eingeschränktes Primat des Gläubigerinteresses“¹⁵⁷⁰ oder *Brinkmann* als „Reorganisationsverschleppungshaftung“¹⁵⁷¹ bezeichneten. Gläubigerinteressen seien nunmehr vor materieller Insolvenz nicht mehr „nur“ als Teil des Unternehmensinteresses zu berücksichtigen.¹⁵⁷² Nach *Thole* hätten die neuen Regelungen zwar als ein Novum oder gar revolutionär erscheinen können,¹⁵⁷³ tatsächlich seien diese aber in dogmatischer Hinsicht stimmig, weil sie iW nur das aufnehmen würden, was im Gesellschaftsrecht ohnehin schon anerkannt sei, und es sei deswegen kein überbordendes Haftungsrisiko damit verbunden.¹⁵⁷⁴ Tatsächlich sei die Bestimmung eher als Warnsignal gemeint, die Restrukturierung „nicht als

¹⁵⁶⁴ StaRUG-RegEntw 123.

¹⁵⁶⁵ *Seibt/Bulgrin*, DB 2020, 2226 (2230, 2238) („bedeutungsschwerer Paradigmenwechsel“, noch zum StaRUG-RefEntw), insb mit Verweis auf die bestehende Annahme des moderaten Shareholder-Value-Konzepts bei der AG sowie der noch mehr auf die Gesellschafter ausgerichteten interessenmonistischen Zielsetzung bei der GmbH, jeweils mwN; *Morgen*, INDat Report 9/2020, 13 (17) (zum StaRUG-RegEntw); *Brüinkmans*, ZInsO 2021, 1 (4) (zum StaRUG-RegEntw); s auch *Gesellschaft für Restrukturierung – TMA Deutschland e.V.*, Stellungnahme zum SanInsFoG-RefEntw, tma-deutschland.org (1 f, Stand 2. 10. 2020); *Haarmeyer*, ZInsO 2020, 2368 (2369) (zum StaRUG-RefEntw); *Desch*, BB 2020, 2498 (2500, insb FN 18) (zum StaRUG-RegEntw) bezeichnet dies als *neu*, betont aber, dass auch bisher bei drohender Zahlungsunfähigkeit die Interessen der Gläubiger häufig bereits deswegen zu wahren gewesen seien, weil gleichzeitig auch eine negative Fortführungsprognose bestanden hätte.

¹⁵⁶⁶ *Morgen*, INDat Report 9/2020, 13 (14) (zum StaRUG-RegEntw).

¹⁵⁶⁷ *Korch*, NZG 2020, 1299 (1299).

¹⁵⁶⁸ *Brüinkmans*, ZInsO 2021, 1 (1, 4), dies umso mehr, weil es unabhängig davon gelten sollte, ob jemals ein Instrument nach dem StaRUG in Anspruch genommen oder überhaupt angestrebt worden wäre.

¹⁵⁶⁹ *Korch*, NZG 2020, 1299 (1299, 1301 f).

¹⁵⁷⁰ *Seibt/Bulgrin*, DB 2020, 2226 (2230 f).

¹⁵⁷¹ *Brinkmann*, ZIP 2020, 2361 (2364) (zum StaRUG-RegEntw).

¹⁵⁷² *Seibt/Bulgrin*, DB 2020, 2226 (2230, 2238), nach welchen aber trotzdem keine grds Abkehr von der interessenpluralistischen Ausrichtung erfolge; diesen folgend *Morgen*, INDat Report 9/2020, 13 (18).

¹⁵⁷³ *Thole*, ZIP 2020, 1985 (1987) (zum StaRUG-RefEntw).

¹⁵⁷⁴ *Thole*, Stellungnahme zum SanInsFoG-RegEntw, bundesrat.de (4, Stand 18. 11. 2020); ähnlich wohl *Brüinkmans*, ZInsO 2021, 125 (126); ebenso *Bea/Dressler*, NZI 2021, 67 (67, 71), nach denen die bisherige Diskussion zur vermeintlichen gesetzgeberischen Sinneswandlung im Nachhinein „heißer gekocht als gegessen“ gewesen sei und Organe von krisenbetroffenen Unternehmen keinesfalls „aufatmen“ sollten.

Freifahrtschein für die Bedienung eigener Interessen auf dem Rücken der Gläubiger zu verstehen“.¹⁵⁷⁵ Eine sonstige „Abrisskante“ zwischen dem Stadium vor und nach dem Insolvenzantrag werde dadurch vermieden.¹⁵⁷⁶

Insgesamt wurde die Betonung der Gläubigerinteressen teilweise positiv angenommen¹⁵⁷⁷ und die dahinterstehende dogmatische Begründung auch geteilt.¹⁵⁷⁸ Sie zeichne schlicht die ökonomischen Realitäten ab, weil bei Insolvenznähe der Residualwert der Gesellschafter häufig gegen Null tendiere¹⁵⁷⁹ und das Gesetz dem Umstand entgegen steure, dass Gesellschafter die Geschäftsleiter oft zu riskantem Verhalten anleiten würden.¹⁵⁸⁰ Eine solche „Degradierung“¹⁵⁸¹ und „Entrechtung“¹⁵⁸² der Gesellschafter wurde aber auch teils heftig kritisiert.¹⁵⁸³

Auch sonst gab es sowohl in der dLit als auch in Stellungnahmen im Gesetzwerdungsprozess vielfach und teils heftige Kritik:

- Die iZm einem *shift of fiduciary duties* schon bisher geäußerten Kritikpunkte wie eine Rechtsunsicherheit und die Erschwerung unternehmerischer Entscheidungen (sog *chilling effect*)¹⁵⁸⁴ seien nach Korch nach wie vor gültig.¹⁵⁸⁵
- Weiters bestünden Schwierigkeiten im Zusammenspiel mit den sonstigen gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen und den „harten“ Kapitalschutzvorschriften¹⁵⁸⁶ sowie Rechtsunsicherheit durch das Bild eines fließenden Übergangs (bei dem insb die Geschwindigkeit unklar sei).¹⁵⁸⁷
- Kritisiert wurde auch die Unbestimmtheit des Interesses der Gläubigergesamtheit¹⁵⁸⁸ und betont, dass die Gläubiger idR *keine* homogene

¹⁵⁷⁵ Thole, ZIP 2020, 1985 (1987) (zum StaRUG-RefEntw).

¹⁵⁷⁶ Thole, ZIP 2020, 1985 (1987) (zum StaRUG-RefEntw).

¹⁵⁷⁷ Gesellschaft für Restrukturierung – TMA Deutschland e.V., Stellungnahme zum SanInsFoG-RefEntw, tma-deutschland.org (1 f, Stand 2. 10. 2020) („sinnvoll und angemessen“); Thole, ZIP 2020, 1985 (1987) („aner kennenswertes Ziel“) (zum RefEntw); ders, Stellungnahme zum SanInsFoG-RegEntw, bundesrat.de (2 ff, Stand 18. 11. 2020) („zu begrüßen“, „überzeugend“).

¹⁵⁷⁸ Seibt/Bulgrin, DB 2020, 2226 (2231) mit Verweis auf frühere Expertenbefragungen, die für eine Pflichtenverschiebung zugunsten der Gläubigerinteressen sprachen, selbst jedoch offenlassend.

¹⁵⁷⁹ Brinkmans, ZInsO 2021, 1 (4); krit dazu Korch, NZG 2020, 1299 (1300 mwN).

¹⁵⁸⁰ Brinkmans, ZInsO 2021, 1 (4), hier folgend Seibt/Bulgrin, DB 2020, 2226 (2231).

¹⁵⁸¹ Korch, NZG 2020, 1299 (1300 mwN), nach dem es nicht nur zu pauschal, sondern auch grundrechtlich bedenklich sei, dass der StaRUG-RegEntw Gesellschaftsanteile bei drohender Zahlungsunfähigkeit generell als wertlos behandle.

¹⁵⁸² Müller, ZIP 2020, 2253 (2255) (zum StaRUG-RegEntw).

¹⁵⁸³ Brinkmann, ZIP 2020, 2361 (2369), nach welchem Anteilsinhaber nun vor einer Wahl zwischen „Regen und Traufe“ stehen würden (entweder freiwillige Anteilsabtretung oder *debt equity swap* im Verfahren).

¹⁵⁸⁴ Korch, NZG 2020, 1299 (1301) mit Verweis auf Klöhn, ZGR 2008, 110 (141 ff).

¹⁵⁸⁵ Korch, NZG 2020, 1299 (1301 f).

¹⁵⁸⁶ Korch, NZG 2020, 1299 (1303).

¹⁵⁸⁷ Korch, NZG 2020, 1299 (1302).

¹⁵⁸⁸ Institut der Wirtschaftsprüfer, Stellungnahme zum SanInsFoG-RefEntw, idw.de (4, Stand 2. 10. 2020); ähnlich Cranshaw/Portisch, ZInsO 2020, 2561 (2571) („höchst unklar“).

Gruppe seien.¹⁵⁸⁹ Es sei „diffus“, wie im Einzelfall Pflichtenkollisionen haftungsvermeidend aufgelöst werden könnten,¹⁵⁹⁰ und fraglich, welcher Schaden der *Gesellschaft* tatsächlich entstehen sollte.¹⁵⁹¹

- Aggressiven Gläubigern würde die Regelung neue Handlungsmöglichkeiten bringen, um erhöhten Druck auf die Geschäftsleiter auszuüben.¹⁵⁹²
- Insb mit Blick auf das bis zu zwei Jahre vorausschauende Haftungssystem wurde eine zu weitgehende, verfehlte und auch verfassungsrechtlich bedenkliche Einschränkung der unternehmerischen Freiheit um den Preis persönlicher Haftung betont.¹⁵⁹³
- Aufgrund der expliziten Berichts- und Einbindungspflichten sei das Pflichtenprogramm auch keinesfalls klar umrissen, sondern die Geschäftsleiter würden sich regelmäßig in einem Spagat zwischen Gläubiger- und Gesellschafterinteressen befinden.¹⁵⁹⁴
- Schließlich bedeute der Umstand, dass die Mat nun auch für Geschäftsleiter bei drohender Zahlungsunfähigkeit auf die BGH-Rsp zur Insolvenzverwalterhaftung verweise, eine erhebliche Einschränkung der dBJR.¹⁵⁹⁵

Aufgrund des im letzten Pkt angesprochenen Verweises auf die eigentlich Insolvenzverwalter betreffende BGH-Rsp schien die Anwendbarkeit der dBJR tatsächlich keinesfalls selbstverständlich.¹⁵⁹⁶ Tatsächlich wurden *genau* die lt BGH *gegen* eine Übertragbarkeit der dBJR auf Insolvenzverwalter angeführten Argumente (Schutzbedürftigkeit der Gläubiger, keine Eingehung übermäßiger Risiken, daher

¹⁵⁸⁹ Korch, NZG 2020, 1299 (1302 f), der darin ein wesentliches Sanierungshindernis sieht; dieser Befund wird für Österreich etwa auch durch die Erkenntnisse der empirischen Studie in Pkt B 9.4.1(i) bestätigt.

¹⁵⁹⁰ Verband Insolvenzverwalter Deutschlands, Stellungnahme zum SanInsFoG-RefEntw, vid.de (5, Stand 2. 10. 2020); ähnlich Korch, NZG 2020, 1299 (1302).

¹⁵⁹¹ Morgen, INDat Report 9/2020, 13 (18); Verband Insolvenzverwalter Deutschlands, Stellungnahme zum SanInsFoG-RefEntw, vid.de (6, Stand 2. 10. 2020); auf Beweisschwierigkeiten beim Gesamtgläubigerschaden hinweisend Brinkmann, ZIP 2020, 2361 (2364) sowie Brünkmans, ZInsO 2021, 1 (7); s dazu auch Desch, BB 2020, 2498 (2500 f).

¹⁵⁹² Brinkmann, ZIP 2020, 2361 (2369) insb mit Verweis auf Private Equity Fonds im Bereich des Erwerbs von *distressed debt* und *loan to own* Strategien.

¹⁵⁹³ Haarmeyer, ZInsO 2020, 2368 (2369) (zum StaRUG-RefEntw), nach welchem dies notwendig in Konflikt zu Art 14 dGG stehen müsse (sinnvoller und „verfassungsrechtlich tragbarer“ sei ein solcher Paradigmenwechsel beim konkreten Zeitpunkt der Einleitung eines StaRUG-Verfahrens); ebenso gegen eine zu strenge Haftungsandrohung: Heidenfelder, Stellungnahme zum SanInsFoG-RegEntw, bundesrat.de (7, Stand 23. 11. 2020) („Man sollte der Geschäftsführung diese Angst nehmen“).

¹⁵⁹⁴ Seibt/Bulgrin, DB 2020, 2226 (2232), die insb hinsichtlich der GmbH darauf verweisen, dass die Frage der Beachtlichkeit oder Nichtigkeit (wegen entgegenstehender Gläubigerinteressen gem § 2 Abs 1 S 3 StaRUG-RefEntw) von Weisungen und damit zusammenhängender Befolungsfragen erhebliche Haftungsrisiken für Geschäftsleiter mit sich bringe; ähnlich Brünkmans, ZInsO 2021, 1 (6 f), nach dem dies im Einzelfall schwer zu beantworten sei und Streitpunkte vorprogrammiert seien.

¹⁵⁹⁵ Niering, Stellungnahme zum SanInsFoG-RegEntw, bundesrat.de (3, 16, Stand 23. 11. 2020). aA Paschen, Stellungnahme zum SanInsFoG-RegEntw, bundesrat.de (5, Stand 18. 11. 2020), der sich sogar ausdrücklich für eine solche Haftungsdrohung ausspricht und eine Zentralisierung durch Verweis auf die §§ 60 bis 62 dInsO bevorzugt.

¹⁵⁹⁶ So auch Korch, NZG 2020, 1299 (1302).

eigenständiger insolvenzrechtlicher Ermessensspielraum)¹⁵⁹⁷ auch im StaRUG-RegEntw und RefEntw unter Zitierung der BGH-Rsp genannt, jedoch *ohne* die Passagen zu einer Nichtanwendbarkeit der dBJR zu zitieren.¹⁵⁹⁸ Dennoch bestand soweit ersichtlich in der dLit Einigkeit darüber, dass die dBJR an sich fortgelten würde, sich aber im Rahmen des Tatbestandsmerkmals „zum Wohle der Gesellschaft“ die Abwägungsparameter zugunsten der Gläubigerinteressen verschieben würden.¹⁵⁹⁹ In der Sache spreche nach *Korch* viel für die Anwendbarkeit der dBJR, um dringend notwendige unternehmerische Entscheidungen nicht durch einen diffusen Pflichtenmaßstab zu behindern.¹⁶⁰⁰ Auch nach *Thole* werde am (sich laufend verdichtenden) Ermessensspielraum der Geschäftsleiter *nicht* gerüttelt.¹⁶⁰¹ Bei der Auflösung zwischen dem Verhältnis des Gesellschafter- und Gläubigerinteresses und dem Risiko einer Rückschauverzerrung (*hindsight bias*) bleibe aber ein Manko, das mit Hilfe von Rsp und Lit zu lösen sei.¹⁶⁰²

(d) § 45 StaRUG-RegEntw (Außenhaftung)

Zusätzlich zu den Pflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit sah § 45 StaRUG-RegEntw (§ 43 RefEntw) vor, dass *während* Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache Verletzungen der in § 2 Abs 1 StaRUG-RegEntw genannten Pflichten (auch) zu einer Außenhaftung der Geschäftsleitung führen können.¹⁶⁰³ Diese Außenhaftung erfasste nach den Mat schließlich auch die Pflichten des Schuldners nach § 34 Abs 1 StaRUG-RegEntw (Betreiben der Restrukturierungssache mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Sanierungsgeschäftsführers sowie Wahrung der Interessen der Gläubigergesamtheit, s dazu noch unten Pkt 7.2.2.2).¹⁶⁰⁴

¹⁵⁹⁷ *Korch*, NZG 2020, 1299 (1302); s dazu bereits im Detail oben Pkt B 8.5.

¹⁵⁹⁸ *Korch*, NZG 2020, 1299 (1302) mit Verweis auf StaRUG-RegEntw 123; nach diesem lasse dies den Rückschluss zu, dass die ex-post-Kontrolle der Gerichte im gewohnten Maße beschränkt sei, zumal der StaRUG-RegEntw selbst auch auf das Risiko des *hindsight bias* hinweise.

¹⁵⁹⁹ *Seibt/Bulgrin*, DB 2020, 2226 (2231) mit Verweis auf die schon im StaRUG-RefEntw erfolgte Klarstellung, die jedoch dahingehend einzuschränken sei, dass die dBJR nur für das „Wie“ und nicht auch das „Ob“ gelten dürfe; diesen folgend *Morgen*, INDat Report 9/2020, 13 (18); so auch *Desch*, BB 2020, 2498 (2500) (zum StaRUG-RegEntw); *Korch*, NZG 2020, 1299 (1302); *Brinkmann*, ZIP 2020, 2361 (2364) („Variante der business judgment rule“, die auch bei drohender Zahlungsunfähigkeit angemessen sei, da es idR mehr als einen Weg aus der Krise geben würde); unklar *Cranshaw/Portisch*, ZInsO 2020, 2561 (2570) (Spielraum im Unterschied zur dBJR nach demjenigen des Insolvenzverwalters nach der jüngsten BGH-Rsp zu bestimmen).

¹⁶⁰⁰ *Korch*, NZG 2020, 1299 (1302).

¹⁶⁰¹ *Thole*, ZIP 2020, 1985 (1987).

¹⁶⁰² *Thole*, ZIP 2020, 1985 (1987); im Grunde zust *Morgen*, INDat Report 9/2020, 13 (18); ähnlich auch *Seibt/Bulgrin*, DB 2020, 2226 (2231).

¹⁶⁰³ In § 43 StaRUG-RefEntw war noch nicht eindeutig, ob es sich tatsächlich um eine „echte“ Außenhaftung oder nur um einen abgeleiteten Anspruch der Gesellschaft handeln sollte; *Thole*, ZIP 2020, 1985 (1987) sowie *Die Deutsche Kreditwirtschaft*, Stellungnahme zum SanInsFoG-RefEntw, die-dk.de (10, Stand 2. 10. 2020) haben sich rasch für eine Klarstellung der Regelung als echte Außenhaftung eingesetzt, was dann auch erfolgte; s dazu auch *Korch*, NZG 2020, 1299 (1302).

¹⁶⁰⁴ Die „dem Schuldner auferlegten Pflichten konkretisieren zugleich das Pflichtenprogramm seiner Geschäftsleiter“ (StaRUG-RegEntw 170).

Nach den Mat sollten sich demnach die Pflichten während Rechtshängigkeit noch einmal verdichten.¹⁶⁰⁵ Die Vorschrift des § 45 sollte dem insolvenzrechtlichen Haftungsmodell des § 60 dInsO folgen, wonach jeder Gläubiger den ihn selbst aus einer während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache begangenen schuldhaften Pflichtverletzung entstandenen Schaden unmittelbar geltend machen und Zahlung an sich selbst verlangen kann.¹⁶⁰⁶ Gläubiger sollten ihren *eigenen* Anspruch geltend machen können,¹⁶⁰⁷ wobei nicht nur anteilige Quotenschäden, sondern auch Einzelschäden angesprochen wurden.¹⁶⁰⁸

Nach dem StaRUG-RefEntw wurde die Außenhaftung durch die mit der Anzeige der Restrukturierungssache ausgelegten Außenwirkungen des Restrukturierungsvorhabens gerechtfertigt. Durch Anzeige des Restrukturierungsvorhabens und Erklärung der drohenden Zahlungsunfähigkeit würde der Schuldner eine konkrete Gefährdung der Gläubiger zum Ausdruck bringen.¹⁶⁰⁹

(e) Kritik zu § 45 StaRUG-RegEntw

Die vorgesehene Außenhaftung wurde rasch kritisiert, und es wurde vielfach gefordert, die Regelung stattdessen an das Konzept des § 93 Abs 5 S 2 dAktG anzupassen. Demnach sollte Gläubigern kein *eigener* Ersatzanspruch zukommen, sondern diese sollten zur Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs der Gesellschaft befugt sein, wenn sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können.¹⁶¹⁰ Bei einer „echten“ Außenhaftung wurde insb die Gefahr gesehen, dass einzelne Gläubigergruppen (wie etwa aktivistische *Distressed-Debt*-Investoren)¹⁶¹¹ ihr Verfolgungsrecht als Druckmittel gegenüber der Geschäftsleitung einsetzen könnten, um die eigene Verhandlungsposition zu verbessern.¹⁶¹² Ebenso hingewiesen wurde auf Schwierigkeiten bei der Schadensberechnung,¹⁶¹³ die Frage der

¹⁶⁰⁵ StaRUG-RegEntw 100.

¹⁶⁰⁶ StaRUG-RegEntw 170 f; die Parallele zur Insolvenzverwalterhaftung betonend auch *Brüinkmans*, ZInsO 2021, 1 (10).

¹⁶⁰⁷ StaRUG-RegEntw 2.

¹⁶⁰⁸ StaRUG-RegEntw 170 f; vor Anzeige des Restrukturierungsvorhabens waren Einzelinteressen der Gläubiger hingegen nicht haftungsrechtlich abgesichert, s *Brüinkmans*, ZInsO 2021, 125 (126) mit Verweis auf StaRUG-RegEntw 124.

¹⁶⁰⁹ StaRUG-RefEntw 160 f.

¹⁶¹⁰ Ebenso sollte wie im dAktG das Verfolgungsrecht auf gröbliche Pflichtverletzungen beschränkt und in der Insolvenz dem Insolvenzverwalter vorbehalten sein: s *Seibt/Bulgrin*, DB 2020, 2226 (2232); *Korch*, NZG 2020, 1299 (1302); *Gesellschaft für Restrukturierung – TMA Deutschland e.V.*, Stellungnahme zum SanInsFoG-RefEntw, tma-deutschland.org (5 f, Stand 2. 10. 2020); Stellungnahme des Bundesrates zum SanInsFoG-RegEntw, bundesrat.de (6, Stand 27. 11. 2020).

¹⁶¹¹ *Brüinkmans*, ZInsO 2021, 1 (10).

¹⁶¹² *Korch*, NZG 2020, 1299 (1303); *Gesellschaft für Restrukturierung – TMA Deutschland e.V.*, Stellungnahme zum SanInsFoG-RefEntw, tma-deutschland.org (5 f, Stand 2. 10. 2020); krit zu einer Außenhaftung auch schon in Reaktion auf die RIRL: *Goetker in Flöther* 273 (282); unklar etwa *D. Fritz*, BB 2019, 513 (513) sowie *Smid*, ZInsO 2019, 2081 (2085).

¹⁶¹³ *Morgen*, INDat Report 9/2020, 13 (18); *Korch*, NZG 2020, 1299 (1303).

Anspruchsgeltendmachung im Insolvenzverfahren¹⁶¹⁴ und die mögliche Geltendmachung von Schäden selbst bei einem Gelingen der Sanierung.¹⁶¹⁵ Strukturell wurde dieses Konzept schließlich als Parallele zur insolvenzrechtlichen Haftung der Geschäftsleiter im Insolvenzverfahren mit Eigenverwaltung bezeichnet.¹⁶¹⁶

(f) Abänderung in letzter Sekunde

Die bereits in Pkt 7.1.2.1 angesprochene Streichung der §§ 2 und 3 StaRUG-RegEntw wurden nach den Mat mit Blick auf ihr unklares Verhältnis zu den im Gesellschaftsrecht verankerten Sanierungspflichten getätigt.¹⁶¹⁷ Sie erfolgten in dem Verständnis, dass trotz Rückbildung der von der Adaptierung der Überschuldung betroffenen gläubigerschützenden Haftungsnormen *keine* Haftungslücken hinterlassen werden, weil dies durch die gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen aufgefangen werden würde.¹⁶¹⁸ Der ebenso erfolgte Wegfall der Außenhaftung wurde dabei nicht mehr weiter thematisiert.¹⁶¹⁹

Bitter bezeichnete die angeführte Argumentation als „merkwürdig“, wurde doch trotz des vorgebrachten unklaren Verhältnisses schließlich in § 43 StaRUG eine mit den gestrichenen Bestimmungen vergleichbare Norm vorgesehen.¹⁶²⁰ *Kuntz* weist darauf hin, dass es nun im Ergebnis die Geschäftsleitung in der Hand habe zu steuern, wann für sie die gläubigerbezogenen Pflichten gelten.¹⁶²¹ Der jetzt existierende Zustand sei daher europarechtswidrig weil die RIRL schon bei wahrscheinlicher Insolvenz – und nicht erst an ein Verfahren geknüpft – (auch) zur Berücksichtigung von Gläubigerinteressen verpflichtet.¹⁶²² § 43 Abs 1 StaRUG sei daher analog auch schon bei drohender Zahlungsunfähigkeit anzuwenden.¹⁶²³

Nach *Scholz* sei die Streichung der §§ 2 und 3 StaRUG-RegEntw „völlig zu Recht“ erfolgt, sei aus denselben Erwägungen etwa das Konzept eines solchen *shift* auch vom

¹⁶¹⁴ *Korch*, NZG 2020, 1299 (1303) (alleine Anspruchsgeltendmachung durch den Insolvenzverwalter sinnvoll); *ders*, ZGR 2019, 1050 (1063 f) (noch zur RIRL); ähnlich *Thole*, ZIP 2020, 1985 (1986 f); *Desch*, BB 2020, 2498 (2501).

¹⁶¹⁵ *Brinkmans*, ZInsO 2021, 1 (10) (in Bezug auf Gesamt- wie Einzelschäden).

¹⁶¹⁶ *Brinkmann*, ZIP 2020, 2361 (2368).

¹⁶¹⁷ Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) vom 16. 12. 2020, BT-Drucksache 19/25353, 6; dazu auch *Gehrlein*, BB 2021, 66 (67); *Scholz*, ZIP 2021, 219 (219 f) („in letzter Minute kassiert“ bzw „Notbremse gezogen“); *Bitter*, ZIP 2021, 321 (321 f) (aufgrund der „Aufschreie“ bzw größten Widerstände „insbesondere von Seiten der Gesellschaftsrechtler“); dazu auch *Thole*, BB 2021, 1347 (1347).

¹⁶¹⁸ Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) vom 16. 12. 2020, BT-Drucksache 19/25353, 6; dazu auch *Gehrlein*, BB 2021, 66 (67); krit *Thole*, BB 2021, 1347 (1347) („Unsicherheiten eher erhöht“); krit auch *Mohamed*, ZInsO 2021, 1262 (1266 f).

¹⁶¹⁹ *Bitter*, ZIP 2021, 321 (333) bezeichnete die Streichung als „wenig begründete Eilaktion“.

¹⁶²⁰ *Bitter*, ZIP 2021, 321 (333).

¹⁶²¹ *Kuntz*, ZIP 2021, 597 (610).

¹⁶²² *Kuntz*, ZIP 2021, 597 (610).

¹⁶²³ *Kuntz*, ZIP 2021, 597 (610), nach welchem eine Alternative eine „Aufladung“ des gesellschaftsrechtlichen Pflichtenprogramms sei.

Delaware Supreme Court bereits 2007 zurückgewiesen worden.¹⁶²⁴ Es bestehe keine Grundlage, dieses Konzept nunmehr in die gesellschaftsrechtlichen Haftungstatbestände „hineinzupinterpretieren“. ¹⁶²⁵ Nachdem die Vorgaben des Art 19 lit a RIRL bereits in den bestehenden gesellschaftsrechtlichen Regelungen abgedeckt seien, bestehe hier trotz der Streichung kein Umsetzungsdefizit.¹⁶²⁶ Nach Smid bestünden trotz dieser Abänderung keine Bedenken oder Lücken in Sachen Gläubigerschutz, sei doch auch schon vor dem SanInsFoG bei drohender Zahlungsunfähigkeit die Möglichkeit gegeben gewesen, mit einem Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in Gläubigerrechte einzugreifen.¹⁶²⁷ Nach Gehrlein wurde hingegen die Chance verpasst, die Geschäftsleiter bei heranrückender Insolvenz ausdrücklich auf die Belange der Gläubiger zu verpflichten.¹⁶²⁸ Nach anderen hätten die Streichungen schließlich Auswirkungen auf einen Konflikt zwischen Geschäftsleitern und Gesellschaftern, der durch die „Ausschaltung“ des Weisungsrechts bei drohender Zahlungsunfähigkeit etwas entschärft gewesen wäre.¹⁶²⁹

7.2.2.2. Berücksichtigung von Gläubigerinteressen während Rechtshängigkeit

(a) Sanierungsgeschäftsführung und *shift of fiduciary duties* (§§ 32 iVm 43 StaRUG)

In der verabschiedeten Fassung des StaRUG sind der generelle *shift of fiduciary duties* und die Außenhaftung während Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache wie zuvor dargestellt nicht mehr zu finden. Dennoch könnte aufgrund von § 32 (Pflichten des Schuldners) iVm § 43 StaRUG (Pflichten und Haftung der Organe) bei Rechtshängigkeit nach wie vor von einem solchen *shift* ausgegangen werden (zum

¹⁶²⁴ Scholz, ZIP 2021, 219 (219) unter Verweis auf folgendes Zitat: „[T]he need for providing directors with definitive guidance compels us to hold that no direct claim for breach of fiduciary duties may be asserted by the creditors of a solvent corporation that is operating in the zone of insolvency.“ (Delaware Supreme Court 18. 5. 2007, 2006/521, *Gheewalla*); ähnlich *Skauradszun/Amort*, DB 2021, 1317 (1317); aA *Kuntz*, ZIP 2021, 597 (610), nach welchem zwar die Streichung richtig, jedoch eine ersatzlose Streichung übereilt gewesen wäre; ähnlich *Hirschberger/Herms* in *Wolgast/Grauer*, StaRUG § 43 Rz 13 (Stand April 2021, starug.online) („bringt Rechtssicherheit“ weil ansonsten „erhebliche Haftungsrisiken“).

¹⁶²⁵ Scholz, ZIP 2021, 219 (220); ähnlich *Kuntz*, ZIP 2021, 597 (597); aA *Bitter*, ZIP 2021, 321 (322), nach welchem die Ausführungen des Rechtsausschusses „sich kaum anders verstehen“ ließen als eine gesetzgeberische Bestätigung der Lehre vom „*shift of duties*“; ähnlich *Bea/Dressler*, NZI 2021, 67 (68 f).

¹⁶²⁶ Scholz, ZIP 2021, 219 (220) mit Verweis auf die bereits von *Korch*, NZG 2020, 1299(1303) erfolgte Aufarbeitung; aA *Wolgast* in *Wolgast/Grauer*, StaRUG § 1 Rz 31 f (Stand April 2021, starug.online), nach welchem die RL nun „ungenügend“ umgesetzt sei.

¹⁶²⁷ Smid, ZInsO 2021, 117 (120)

¹⁶²⁸ *Gehrlein*, BB 2021, 66 (67), nach welchem die Praxis die Aufforderung des Gesetzgebers beherzigen solle, die Wahrung der Gläubigerinteressen insb bei der Auslegung von § 43 Abs 2 GmbHG und § 93 Abs 2 AktG zu berücksichtigen; *Kranzfelder/Ressmann*, ZInsO 2021, 191 (191) betonten hingegen, das SanInsFoG habe sich vom großen „Damoklesschwert“ distanziert.

¹⁶²⁹ *Brünkmans*, ZInsO 2021, 125 (126); ähnlich *Westpfahl* im Interview mit dem INDat Report, abgedruckt in *Reuter*, INDat Report 1/2021, 66 (67); ebenso *Thole*, BB 2021, 1347 (1347), nach welchem nun Unsicherheit herrsche, weil die Weisungsfreiheit gegenüber den Gesellschaftern Geschäftsleitern einen veritablen Freiraum eröffnet hätte.

Zeitraum vor Rechtshängigkeit s zuvor Pkt 7.2.2.1 sowie unten Pkt 7.3.2.1 zur Pflicht zur Insolvenzabwendung).

Gem § 32 Abs 1 StaRUG hat der Schuldner die Restrukturierungssache mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Sanierungsgeschäftsführers zu betreiben und dabei die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger zu wahren. Demnach hat er nach § 32 Abs 1 S 2 insb Maßnahmen zu unterlassen, welche sich mit dem Restrukturierungsziel (das als solches selbst bei der Anzeige der Restrukturierungssache gem § 31 Abs 2 Z 1 StaRUG zu beschreiben ist) nicht vereinbaren lassen oder welche die Erfolgsaussichten der in Aussicht genommenen Restrukturierung gefährden. Gem § 32 Abs 1 S 3 StaRUG ist es mit dem Restrukturierungsziel idR nicht vereinbar, Forderungen zu begleichen oder zu besichern, die durch den Restrukturierungsplan gestaltet werden sollen.

Eine Verletzung dieser Pflicht kann nicht nur zu einer Haftung der Geschäftsleitung (s sogleich), sondern in schwerwiegenden Fällen gem § 33 Abs 2 Z 3 StaRUG auch zur Aufhebung der Restrukturierungssache durch das Restrukturierungsgericht führen.¹⁶³⁰ Gem § 59 Abs 1 Z 4 StaRUG kann das Restrukturierungsgericht schließlich auch eine gewährte Stabilisierungsanordnung ua dann aufheben und beenden, wenn Umstände bekannt sind, aus denen sich ergibt, dass der Schuldner nicht bereit und in der Lage ist, seine Geschäftsführung an den Interessen der Gläubigersamtheit auszurichten.

Gem § 43 Abs 1 StaRUG haben Geschäftsleiter darauf hinzuwirken, dass der Schuldner die Restrukturierungssache mit der in § 32 Abs 1 angesprochenen Sorgfalt betreibt¹⁶³¹ und die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger wahrt. Für die Verletzung *dieser* Pflicht haften sie dem *Schuldner* gem § 43 Abs 1 S 2 in Höhe des den Gläubigern entstandenen Schadens, es sei denn sie haben die Pflichtverletzung nicht zu vertreten.¹⁶³² Über die Anwendbarkeit der dBJR wird im Gesetz keine Aussage getroffen.

Gem § 43 Abs 2 StaRUG ist ein Verzicht des Schuldners oder ein Vergleich über diese Ansprüche unwirksam, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Dies gilt nicht, wenn sich der Ersatzpflichtige zur Abwendung eines Insolvenzverfahrens über sein Vermögen mit seinen Gläubigern vergleicht, wenn die

¹⁶³⁰ Dasselbe gilt für Verletzungen von Anzeigepflichten bei wesentlichen Änderungen iZm dem Restrukturierungsvorhaben oder dem Verhandlungsstand (§ 32 Abs 2), Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (Abs 3) oder Aussichtslosigkeit der Restrukturierungssache (Abs 4) (s zu alldem *Brüinkmans*, ZInsO 2021, 1 [9 f]).

¹⁶³¹ § 43 verweist zwar nicht auf § 32 und verwendet auch statt dem Begriff „Sanierungsgeschäftsführer“ den Begriff „Geschäftsleiter“, jedoch ist wohl dasselbe gemeint. Darauf deuten auch die Mat hin, nach welchen § 43 explizit an § 32 Abs 1 anknüpft, s Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) vom 16. 12. 2020, BT-Drucksache 19/25353, 8.

¹⁶³² Nach *Kranzfelder/Ressmann*, ZInsO 2021, 191 (195) sei dies als vom Geschäftsleiter widerlegbare Vermutung einer „zumindest fahrlässigen Pflichtverletzung“ zu verstehen.

Ersatzpflicht in einem Insolvenzplan geregelt wird oder wenn für den Ersatzberechtigten ein Insolvenzverwalter handelt. Dies entspricht den Grundsätzen, denen gesellschaftsrechtliche Haftungsansprüche bei der Verletzung gläubigerschützender Pflichten unterliegen.¹⁶³³

§ 43 wurde infolge der Streichung der §§ 2, 3 StaRUG-RegEntw noch angepasst und spreche nach den Mat die aus der Legalitätspflicht folgende Selbstverständlichkeit aus, dass Geschäftsleiter haftungsbeschränkter Rechtsträger auf die Einhaltung der Pflichten des § 32 Abs 1 StaRUG hinwirken müssen.¹⁶³⁴

(b) Kritik und Einschätzungen

Der Inhalt von §§ 32 Abs 1, 43 StaRUG sei nach manchen alles andere als klar.¹⁶³⁵ Im Grundsatz folge aus der Regelung des § 32, dass der Schuldner mit Anzeige des Restrukturierungsvorhabens und der Beschreibung des Restrukturierungsziels selbst den Fahrplan formulieren könne, an dem sich das unternehmerische Handeln nunmehr ausrichten habe.¹⁶³⁶ Dieser Fahrplan dürfe aber nicht zulasten der Gläubiger gehen, weswegen durch die verabschiedete Regelung des § 43 mit Rechtshängigkeit von einem *shift of fiduciary duties* ausgegangen wird.¹⁶³⁷ Eine wichtige Funktion liege darin, die Gläubigerinteressen *überhaupt* als Bestandteil der Geschäftsleiterpflichten zu verankern.¹⁶³⁸ Weiters sei eine wichtige Funktion die

¹⁶³³ Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) vom 16. 12. 2020, BT-Drucksache 19/25353, 8. Derartige Maßnahmen seien nach *Bitter*, ZIP 2021, 321 (334) bereits deswegen irrelevant, weil jenen Organen schlicht die Verfügungsbefugnis für einen im *Gläubigerinteresse* angeordneten Anspruch fehle.

¹⁶³⁴ Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) vom 16. 12. 2020, BT-Drucksache 19/25353, 8; zust *Thole*, ZIP 2020, 1985 (1987, 1993) (noch zum StaRUG-RefEntw); ebenso *Gehrlein*, BB 2021, 66 (75); *Scholz*, ZIP 2021, 219 (222); krit *Hirschberger/Herms* in *Wolgast/Grauer*, StaRUG § 43 Rz 7 f (Stand April 2021, starug.online) (Regelung „missglückt“ und rein deklaratorischer Charakter); missverständlich *Kranzfelder/Ressmann*, ZInsO 2021, 191 (194), die von einer *eigenen* Pflicht des Geschäftsleiters sprechen und nach welchen eine Zurechnung der Pflichten auf den Schuldner „schwer vorstellbar“ sei.

¹⁶³⁵ *Kuntz*, ZIP 2021, 597 (597).

¹⁶³⁶ *Brünkmans*, ZInsO 2021, 1 (8), nach welchem aber jede Form von Verschleierung der Verhältnisse und Verzögerung oder unmittelbar gläubigerschädigende Maßnahmen haftungsbegründend seien; nach *Kuntz*, ZIP 2021, 597 (597) stelle sich aber abseits der genannten Regelbeispiele die Frage, was solche Verhaltensweisen seien; dies sei die „Kehrseite“ der weitgehenden Freiheit der eigenverantwortlichen Gestaltung und Organisation der Restrukturierungssache, s dazu auch *Wöhren* in *Wolgast/Grauer*, StaRUG § 32 Rz 6 (Stand April 2021, starug.online).

¹⁶³⁷ *Thole*, BB 2021, 1347 (1351) (*shift of duties* „klar eingetreten“); *Bea/Dressler*, NZI 2021, 67 (69); *Hirschberger/Herms* in *Wolgast/Grauer*, StaRUG § 43 Rz 12 (Stand April 2021, starug.online); nach *Morgen*, INDat Report 9/2020, 13 (25) (noch zum StaRUG-RegEntw) stelle sich bei § 32 Abs 1 StaRUG die Frage, ob die Wahrung der Interessen der Gesamtheit der Gläubiger nicht einen Widerspruch zum Ziel darstelle, nur in die Rechte der ausgewählten Planbetroffenen einzugreifen.

¹⁶³⁸ *Kuntz*, ZIP 2021, 597 (603 ff), nach welchem dies insb für die dGmbH gelte und es nicht allgemein darum gehe, im Sinne der Gläubiger zu handeln oder sie in Insolvenznähe stets vorrangig zu berücksichtigen, sondern vielmehr darum eine Missbrauchskontrolle zu etablieren. Dies werde nach diesem auch rechtsvergleichend durch das englische Recht bestätigt (unter Verweis auf die Rsp zu *BTI v Sequana*, s dazu oben Pkt C 6.3.2.2(b)), wo es es „nicht um Rosinenpicken unter *confirmation bias*“, sondern um Fälle gehe, bei denen die *directors* Interessenkonflikten unterlagen oder persönlich profitierten.

Unterbindung der Benachteiligung einzelner Gläubiger in einer Phase, in der die *par condicio creditorum* noch nicht gelte.¹⁶³⁹

Es gehe um unternehmerische Entscheidungen, weswegen bei der Ausrichtung des Restrukturierungsziels ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum gegeben sei.¹⁶⁴⁰ Die dBJR bleibe anwendbar, jedoch bleibe diese nicht gänzlich unberührt.¹⁶⁴¹ Eine neue, eigenständige „*Pre-insolvency Judgement Rule*“¹⁶⁴² werde damit aber nicht gesetzlich normiert. Mit Verweis auf die Mat sei insb entscheidend, dass die Pflicht zur Befolgung des § 32 StaRUG (Sanierungsgeschäftsführung) als Legalitätspflicht¹⁶⁴³ jedenfalls *keine*, einen Ermessensspielraum aufweisende unternehmerische Entscheidung sei.¹⁶⁴⁴ Entschieden *gegen* eine Anwendung der dBJR auf § 43 StaRUG tritt Kuntz ein, nach welchem die dBJR „keine Selbstverständlichkeit“ sei.¹⁶⁴⁵ Der vom BGH (s dazu bereits oben Pkt B 8.5) im Rahmen der Insolvenzverwalterhaftung hervorgestrichene Unterschied zwischen Ermessensspielraum und dBJR sei insb aufgrund der Wirtschaftlichkeitskontrolle im Insolvenzrecht praktisch immens bedeutsam und gelte auch im StaRUG.¹⁶⁴⁶ Die dBJR sei schließlich ausgeschlossen, weil die Geschäftsleitung angesichts der Abhängigkeit von den Anteilseignern ständig an der Grenze zum Interessenkonflikt handle.¹⁶⁴⁷

Die verabschiedete Regelung nach § 43 Abs 1 S 2 StaRUG wird trotz der Betonung der Gläubigerinteressen als *Innenhaftung* gegenüber der Gesellschaft verstanden, wonach Schäden auch nur von selbiger oder vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden können.¹⁶⁴⁸ Es geht um den Gläubigergesamtschaden,

¹⁶³⁹ Kuntz, ZIP 2021, 597 (605) ebenso mit Verweis auf englische Rsp; nach Wöhren in Wolgast/Grauer, StaRUG § 32 Rz 9 (Stand April 2021, starug.online) gehe es nicht nur um die Planbeteiligten, sondern um alle Gläubiger des Schuldners.

¹⁶⁴⁰ Brünkman, ZInsO 2021, 1 (5), hier folgend Seibt/Bulgrin, DB 2020, 2226 (2231) und Thole, ZIP 2020, 1985 (1987).

¹⁶⁴¹ Bea/Dressler, NZI 2021, 67 (71); Scholz, ZIP 2021, 219 (224) („Anleihe bei der Business Judgment Rule“, und es sei lediglich erforderlich, den Fixpunkt des Geschäftsleiterermessens zu verschieben); aA Kuntz, ZIP 2021, 597 (608 ff) u diesem folgend Thole, BB 2021, 1347 (1351).

¹⁶⁴² Aussage des MinRat Alexander Bornemann im Zuge des Webinars der Neuen Insolvenzverwaltervereinigung Deutschlands e.V. (NIVD) vom 20. 10. 2020, s dazu Reuter, INDat Report 9/2020, 76 (77).

¹⁶⁴³ Thole, BB 2021, 1347 (1351) („spezielle Legalitätspflicht“).

¹⁶⁴⁴ Smid, ZInsO 2021, 117 (120).

¹⁶⁴⁵ Kuntz, ZIP 2021, 597 (608 ff), nach welchem die dBJR nicht immer zur Verfügung stehen sollte, wenn Entscheidungen unter Unsicherheit getroffen werden; die Rechtfertigung für eine solche Regel liege auch nicht im viel zitierten *hindsight bias*, weil dies das Standardproblem jeder richterlichen Beurteilung sei und in keinem anderen Rechtsgebiet zu einer solchen Regel führen würde (Kuntz verweist diesbezüglich etwa auf Maßnahmen, die Notärzte betreffen – ein Vergleich der wohl etwas hinkt, nicht nur deswegen, weil Notärzte nicht treuhändig über fremdes Vermögen verfügen).

¹⁶⁴⁶ Kuntz, ZIP 2021, 597 (608 f) unter ausdrücklicher Ablehnung der aA von Bitter, ZIP 2021, 321 (335 FN 228).

¹⁶⁴⁷ Kuntz, ZIP 2021, 597 (608 f).

¹⁶⁴⁸ Brünkman, ZInsO 2021, 125 (128); Kranzfelder/Ressmann, ZInsO 2021, 191 (195); Scholz, ZIP 2021, 219 (224 ff); unklar Smid, ZInsO 2021, 117 (119 f, 124), nach welchem der Gesetzeswortlaut zwar für eine Innenhaftung spreche, im Ergebnis unter Verweis auf ErwGr 70 RIRL aber doch von einer Außenhaftung auszugehen sei, weil Geschäftsleiter auch eine *eigene* Pflicht gegenüber den Gläubigern treffe, Gesetze bei ihrer geschäftsleitenden Tätigkeit nicht zu missachten (ob damit etwa gemeint ist, dass § 43 StaRUG als Schutzgesetz

Gläubigereinzelschäden sind nach dieser Bestimmung hingegen *nicht* kompensierbar.¹⁶⁴⁹

Die gesellschaftsrechtliche Binnenkompetenz gelte auch bei Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache grds fort.¹⁶⁵⁰ Auch wenn in § 43 StaRUG kein dem § 2 Abs 2 StaRUG-RegEntw entsprechendes ausdrückliches Weisungsverweigerungsrecht vorgesehen werde, sei für den Geschäftsleiter eine Weisung unbeachtlich, wenn diese im Widerspruch zu den Interessen der Gesamtheit der Gläubiger stehe.¹⁶⁵¹ Die Gesellschafterversammlung könne aber über Weisungen den durch das Gläubigerinteresse gesteckten Rahmen *ausfüllen*, was insb beim Vorliegen mehrerer Restrukturierungsoptionen der Fall wäre.¹⁶⁵² Ob die Anzeige der Restrukturierungssache die vorherige Zustimmung der Anteilsinhaber erfordert, ist umstritten.¹⁶⁵³

7.2.2.3. Exkurs: Stabilisierungsanordnung und (Außen-)Haftung

Wird auf Antrag des Schuldners eine Stabilisierungsanordnung nach § 49 StaRUG in Anspruch genommen, sieht § 57 StaRUG für Geschäftsleiter eine eigene Haftungsbestimmung vor. Diese Haftungsbestimmung wurde insb deswegen aufgenommen, weil der Anordnung nach § 49 StaRUG keine vollumfängliche gerichtliche Prüfung vorangehe.¹⁶⁵⁴ Wird die Stabilisierungsanordnung aufgrund vorsätzlich oder fahrlässig unrichtiger Angaben erwirkt, ist die Geschäftsleitung den davon betroffenen Gläubigern gem § 57 S 1 StaRUG zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den diese durch die Anordnung

zu Gunsten der Gläubiger zu qualifizieren ist, wird nicht beantwortet); ansonsten hänge nach *Smid* aufgrund der Streichung der §§ 2, 3 StaRUG-RegEntw die Vorschrift des § 43 Abs 1 StaRUG „in der Luft“; ähnlich und auch auf *Smid* verweisend *Hirschberger/Herms* in *Wolgast/Grauer*, StaRUG § 43 Rz 69 (Stand April 2021, starug.online).

¹⁶⁴⁹ *Brüinkmans*, ZInsO 2021, 125 (128); *Thole*, BB 2021, 1347 (1351).

¹⁶⁵⁰ *Brüinkmans*, ZInsO 2021, 125 (128); *Scholz*, ZIP 2021, 219 (223), nach welchem die Pflicht zur Wahrung der Interessen der Gesamtheit der Gläubiger die allgemeine Geschäftsleiterverantwortung nur dort überlagere, wo Geschäftsführungsentscheidungen mit einem zweckentsprechenden Gebrauch der Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens in Konflikt geraten.

¹⁶⁵¹ *Brüinkmans*, ZInsO 2021, 125 (128); *Scholz*, ZIP 2021, 219 (224) (und zwar selbst dann, wenn ein Rechtsbruch eigentlich im Verbandsinteresse läge); ähnlich *Thole*, BB 2021, 1347 (1351 f).

¹⁶⁵² *Brüinkmans*, ZInsO 2021, 125 (128), jedoch mit dem Hinweis, dass dies nur solange gelte, solange bei allen Optionen die erforderlichen Gläubigermehrheiten erreichbar seien; eine Weisung für eine nicht mehrheitsfähige Option habe der Geschäftsleiter nicht zu befolgen; ähnlich *Thole*, BB 2021, 1347 (1352) sowie *Hirschberger/Herms* in *Wolgast/Grauer*, StaRUG § 43 Rz 35 (Stand April 2021, starug.online).

¹⁶⁵³ Für eine Zustimmungspflicht bei der GmbH, jedoch *gegen* eine solche bei der AG: *Brüinkmans*, ZInsO 2021, 125 (127) mwN zur Diskussion prä-SanInsFoG; s dazu auch *Thole*, BB 2021, 1347 (1350 f) (Zustimmungspflicht der Gesellschafter bei der GmbH und des Aufsichtsrats bei der AG); für eine Übernahme der Grundsätze zum freiwilligen Insolvenzantrag *Wolgast* in *Wolgast/Grauer*, StaRUG § 1 Rz 22 (Stand April 2021, starug.online); generell *gegen* eine Zustimmungspflicht *Gehrlein*, BB 2021, 66 (72) mit Verweis auf *Desch*, BB 2020, 2498 (2501); ebenso *Skaurszun/Amort*, DB 2021, 1317 (1319 ff), nach welchen dies Art 19 lit a RIRL gebiete und insb „Holdout-Positionen“ zu vermeiden seien.

¹⁶⁵⁴ *Gehrlein*, BB 2021, 66 (74) mit Verweis darauf, dass Gläubiger vor Erlass der Anordnung nicht gehört werden müssen, aber die Aufhebung erwirken können, wenn ein Aufhebungsgrund nach § 59 Abs 1 Z 2, 3 StaRUG eingreift.

erleiden. Dies gilt gem S 2 nicht, wenn die Geschäftsleitung kein Verschulden trifft.¹⁶⁵⁵ Gem S 3 gilt das zuvor Gesagte auch für den Ersatz des Schadens, der einem Gläubiger aus einer nicht ordnungsgemäßen Verwahrung von Erlösen nach ergangener Verwertungssperre (§ 54 Abs 2 StaRUG) entsteht.¹⁶⁵⁶

Bei dieser Regelung geht es um allfällige den betroffenen Gläubigern tatsächlich entstandene *Einzelschäden*, wobei der Differenzschaden des jeweiligen Gläubigers relevant ist.¹⁶⁵⁷ Nach der dLit solle aber nicht *jede* unrichtige Angabe zu einer Haftung führen, sondern die Stabilisierungsanordnung müsse aufgrund der unrichtigen Angaben erwirkt worden sein (haftungsbegründende Kausalität).¹⁶⁵⁸ Das Verschulden werde aufgrund der Systematik der Bestimmung („Dies gilt nicht, wenn ihn kein Verschulden trifft“) aber vermutet.¹⁶⁵⁹

§ 55 des StaRUG-RegEntw sei noch eine ähnliche Haftungsbestimmung iZm der damals noch möglichen Vertragsbeendigung vor (nach Abschnitt 4 des StaRUG-RegEntw sollten Verträge – ähnlich zu den Beendigungsmöglichkeiten im Insolvenzverfahren – auf Antrag des Schuldners mit Zustimmung des Restrukturierungsgerichts *gegen* den Willen des Vertragspartners aufgelöst werden können).¹⁶⁶⁰ Nachdem der gesamte Abschnitt 4 aufgrund heftiger Kritik kurz vor Verabschiedung des StaRUG gestrichen wurde,¹⁶⁶¹ ist auch die damit korrespondierende Haftungsbestimmung entfallen. Auch diese hätte eine Außenhaftung der Geschäftsleitung gegenüber betroffenen Gläubigern vorgesehen, wenn eine Vertragsbeendigung aufgrund vorsätzlich oder (hier: *grob*)¹⁶⁶² fahrlässig unrichtiger Angaben erwirkt wurde.¹⁶⁶³

7.2.3. Bewertung der österreichischen Umsetzung

7.2.3.1. Vorbemerkung

Die ReO und das StaRUG gehen iZm der Interessenswahrungspflicht wie gezeigt sehr unterschiedliche Wege. Anders als die ReO hat das StaRUG nicht den Wortlaut in Art 19 lit a RIRL übernommen, sondern sich umfassendere Gedanken zu einem angepassten

¹⁶⁵⁵ StaRUG-RegEntw 186.

¹⁶⁵⁶ Zu all dem auch *Desch*, BB 2020, 2498 (2501).

¹⁶⁵⁷ *Brüinkmans*, ZInsO 2021, 1 (12).

¹⁶⁵⁸ *Brüinkmans*, ZInsO 2021, 1 (12); so zu verstehen wohl auch *Morgen*, INDat Report 9/2020, 13 (19) („entscheidungserheblich“).

¹⁶⁵⁹ *Brüinkmans*, ZInsO 2021, 1 (12).

¹⁶⁶⁰ Dazu auch *Desch*, BB 2020, 2498 (2501).

¹⁶⁶¹ *Brüinkmans*, ZInsO 2021, 1 (14) („in letzter Sekunde“).

¹⁶⁶² Die Einschränkung auf grobe Fahrlässigkeit war lt StaRUG-RegEntw 180 notwendig, weil der Vertragsbeendigung ein mitunter komplexes Restrukturierungskonzept zugrunde liege, in das die Interessen aller Gläubiger einfließen würden. Eine Haftung bei einfacher Fahrlässigkeit wegen der unzutr Darstellung einzelner Bestandteile dieses Konzepts wäre demnach übermäßig gewesen. Warum diese Argumentation nur bei der Vertragsbeendigung und nicht auch bei einer Stabilisierungsanordnung (dort kann wie eben gezeigt bereits leichte Fahrlässigkeit zur Haftung führen) gelten soll, ist mE nicht wirklich einleuchtend. Aufgrund des Wegfalls der Haftungsbestimmung erübrigt sich die Diskussion aber.

¹⁶⁶³ Auch hier bedurfte es einer haftungsbegründenden Kausalität und nicht jede unrichtige Angabe hätte zu einer Haftung geführt; s *Brüinkmans*, ZInsO 2021, 1 (14).

Haftungsregime und zu einem möglichen *shift of fiduciary duties* gemacht. Dies führt dazu, dass in Zukunft das österr und das deutsche Regime zu Geschäftsleiterpflichten wohl deutlich(er) voneinander abweichen werden als bisher. Auch wenn die hinter dem StaRUG stehenden Wertungen nachvollziehbar erscheinen, zeigen die dadurch ausgelösten Diskussionen mE auch, dass eine Rückbesinnung und ein Vertrauen in das gesellschaftsrechtliche Haftungsregime zahlreiche Vorteile haben. Der vom ReO-Gesetzgeber gewählte Weg ist daher mE – jedenfalls für das österr Recht – zu bevorzugen, wobei im Folgenden noch auf die relevantesten Aspekte eingegangen wird.

7.2.3.2. Konkretisierung gesellschaftsrechtlicher Sorgfaltspflichten

(a) Anwendbarkeit der BJR

Wie in Pkt 7.2.2.2(b) dargestellt, ist sich die dLit in Reaktion auf das StaRUG uneinig, ob während Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache im Rahmen der Sanierungsgeschäftsführung¹⁶⁶⁴ die dBJR anwendbar sein soll. Indem der ReO-Gesetzgeber klargestellt hat, dass durch § 1 Abs 3 ReO die bisherigen gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltspflichten konkretisiert werden, kann mE kein Zweifel daran bestehen, dass die BJR sowohl bei wahrscheinlicher Insolvenz als auch während eines Restrukturierungsverfahrens auf unternehmerische Entscheidungen der Geschäftsleitung anwendbar bleibt.¹⁶⁶⁵

Auch ohne diese gesetzgeberische Klarstellung wäre mE aber weiterhin von einer Anwendbarkeit auszugehen. Wie in Pkt C 7.4.1(c) herausgearbeitet, entspricht die Idee der BJR auch den hinter Art 19 RIRL stehenden Wertungen, der Geschäftsleitung iZm der präventiven Restrukturierung bei Einhaltung eines objektivierbaren Prozederes einen gewissen *safe harbour* zu bieten.

Es gilt daher mE weiterhin das bereits in Pkt B 10 zur BJR und zum unternehmerischen Ermessen Gesagte. Zwingende restrukturierungsrechtliche Vorgaben sind von der Geschäftsleitung gleich wie insolvenzrechtliche als Leitplanken im Rahmen der Legalitätspflicht zu berücksichtigen. Bestehen in diesem Rahmen unternehmerische Entscheidungs- und/oder Ermessensspielräume, gilt die BJR. Die Restrukturierungsrouten werden aber naturgemäß schrittweise enger und der Ermessensspielraum weniger (s ebenso oben Pkt B 10).

Die in § 1 Abs 3 ReO genannten Interessen sind auch bei wahrscheinlicher Insolvenz keine zwingend zu befolgenden Leitplanken, sondern vielmehr Leitlinien, die nur zu berücksichtigen sind, wenn und soweit sie sich mit dem Unternehmenswohl decken.

¹⁶⁶⁴ Dieser Begriff kommt hierzulande eher am Rande vor, s etwa in BFG 27. 2. 2020, RV/7101642/2019.

¹⁶⁶⁵ Siehe auch Wabl/Gassner in Konecny (in Druck); in diese Richtung etwa auch Trenker/Lutschounig, Stellungnahme der Universität Innsbruck, parlament.gv.at (20. Stand 6. 4. 2021), nach welchen die Geschäftsleitung im Sinne und nach Vorbild der BJR ihren unternehmerischen Ermessensspielraum behalten sollte.

Die *Konkretisierung* durch die ReO hat aber zur Folge, dass die Geschäftsleitung bei der BJR im Rahmen der Entscheidungsfindung und der dazugehörigen Dokumentation wohl auch Erwägungen zu den, und Auswirkungen auf die Interessen der Gläubiger, der Anteilsinhaber und der sonstigen Interessenträger miteinzubeziehen hat, um in einem möglichen Haftungsprozess die bei der BJR geforderten Prüfschritte ausreichend nachweisen zu können.¹⁶⁶⁶ Tut sie dies und kommt im Ergebnis zu einer ex ante im Unternehmenswohl liegenden Entscheidung, hat sie die jeweiligen Interessen mE auch wie in § 1 Abs 3 ReO verlangt „angemessen“ berücksichtigt.

(b) *Keine Differenzierung nach Verfahrensanhängigkeit*

Die ReO folgt wie gezeigt anders als das StaRUG dem Vorbild des Art 19 RIRL (s insb oben C 7.4.5) und sieht generelle Pflichten bei wahrscheinlicher Insolvenz vor, die grds *unverändert* gelten, unabhängig davon, ob ein Restrukturierungsverfahren eingeleitet wurde oder nicht (s bereits oben Pkt 7.1.1.3). Dies ist mE nur systemgerecht, sieht ja auch die österr IO keine eigene Pflichtenregelung für Geschäftsleiter vor. Für deren Pflichtenregime ändert sich wie bereits in Pkt B 8 dargestellt grds nichts zu den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltspflichten, die aber durch die Leitplanken zwingender insolvenz(verfahrens-)rechtlicher Bestimmungen mitdeterminiert werden.

Für eine allenfalls im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung argumentierbare masseverwaltergleiche Haftung der eigenverwaltenden Geschäftsleitung (s dazu oben Pkt B 8.4) besteht mE hingegen schon aufgrund der im Restrukturierungsverfahren fehlenden Massebildung (wie in § 2 Abs 2 IO vorgesehen) kein Raum.¹⁶⁶⁷ Der Schuldner behält im Restrukturierungsverfahren die Kontrolle über seine Vermögenswerte und den Betrieb seines Unternehmens (§ 16 Abs 1 ReO), und allfällige gerichtliche Beschränkungen dürfen ausdrücklich *nicht* solche Beschränkungen sein, die einen Schuldner kraft Gesetzes im Konkursverfahren treffen (§ 16 Abs 2 aE ReO).

Einer wie im StaRUG vorgesehenen besonderen Pflichtenregelung bei Rechtshängigkeit bedarf es mE nicht. Der eben in Pkt (a) behandelte Ermessensspielraum verdichtet sich im *eröffneten* Restrukturierungsverfahren bereits automatisch, weil verfahrensrechtliche Leitplanken wie etwa zwingende Vorgaben iZm der Klassenbildung (§ 29 ReO) oder etwa das Kriterium des Gläubigerinteresses (§ 35 ReO) indirekt die Restrukturierungsroute und den Spielraum der Geschäftsleitung vorgeben. Das gesellschaftsrechtliche Pflichtenregime „funktioniert“ daher genauso im Restrukturierungsverfahren, wo bei dessen Nichtbefolgung aber neben einer Haftung gegenüber der Gesellschaft für eine

¹⁶⁶⁶ So auch Wabl/Gassner in *Konecny* (in Druck).

¹⁶⁶⁷ So auch Wabl/Gassner in *Konecny* (in Druck).

Sorgfaltswidrigkeit auch die Bestellung eines Restrukturierungsbeauftragten (s insb § 9 Abs 2 Z 1 u 2 ReO) und die Einstellung des Verfahrens (§ 41 Abs 2 ReO) drohen. Die „Formalität“ des Verfahrens erhöht daher auch den (Gläubiger-)Schutz.

Die gesellschaftsrechtlichen und auch im folgenden Pkt (c) dargestellten Wertungen gelten daher sowohl außerhalb als auch innerhalb eines Restrukturierungsverfahrens. Der vom ReO-Gesetzgeber gegangene Weg einer unabhängig von der Verfahrenseröffnung geltenden Pflichtenregelung ist daher mE im Vergleich zum StaRUG zu bevorzugen.

(c) *Kein shift of fiduciary duties*

Wie bereits in Pkt 7.4.2(b) dargestellt, fordert die RIRL von den MS *keine* zwingende Umsetzung eines *shift of fiduciary duties*. Für das österr Recht ist ein solcher aufgrund der bereits in den Pkten B 3.4, 5 u 10 gemachten Ausführungen mE auch nicht nötig.¹⁶⁶⁸

Ein solcher *shift* wird schließlich mit der ReO auch nicht eingeführt. Indem die ReO in § 1 Abs 3 im zweiten HS nahezu unverändert den Wortlaut von Art 19 lit a und dem dazugehörigen ErwGr 71 RIRL (*keine* Rangfolge) übernimmt (s oben Pkt 7.2.1), wird vielmehr ausdrücklich die von der RIRL gegebene Flexibilität auch in das nationale Recht übernommen. Daraus folgt, dass auch bei wahrscheinlicher Insolvenz nach bekannten Grundsätzen im Rahmen des Leitungsermessens das Unternehmenswohl den Ausschlag gibt, und die Geschäftsleitung in diesem Rahmen die davon betroffenen Interessen auszubalancieren hat (s bereits ausf oben Pkt B 5 u 10). Indem § 1 Abs 3 ReO Gläubiger, Anteilsinhaber und sonstige Interessenträger nennt, weicht er vom Katalog des § 70 Abs 1 AktG (Aktionäre, Arbeitnehmer sowie öffentliches Interesse) ab. Im Vergleich zu den in Pkt B 2.2.5.2 dargestellten gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen bringt dies mE zwar keine wesentliche Änderung, jedoch kann es Einfluss auf die zu dokumentierenden Prüfschritte im Rahmen der BJR haben (s bereits oben Pkt (a)).

§ 1 Abs 3 ReO bedeutet mE daher nicht, dass Gläubigerinteressen (oder auch die Interessen sonstiger Interessenträger) bei wahrscheinlicher Insolvenz automatisch besonders oder vorrangig zu berücksichtigen sind. Die Bestimmung bedeutet auch nicht, dass die in § 70 Abs 1 AktG genannten und in der ReO *nicht* angeführten Interessen (Arbeitnehmer und öffentliches Interesse) plötzlich gar keine Rolle mehr spielen. Es bedeutet schlichtweg, dass sich bei wahrscheinlicher Insolvenz (wie auch bisher in der Unternehmenskrise) die für das Unternehmenswohl (und daher eine Überwindung der Krise) ausschlaggebenden Interessen bewegen und neu akzentuieren. Im Einzelfall bedeutet dies wie bereits in Pkt B 5 u 10 gezeigt wohl regelmäßig, dass faktisch oft ein besonderes Augenmerk auf Gläubigerinteressen zu

¹⁶⁶⁸ So auch Wabl/Gassner in Konecny (in Druck).

legen ist, weil ohne deren verstärkte Berücksichtigung idR keine erfolgreiche Sanierung bzw Restrukturierung möglich ist.¹⁶⁶⁹ Diese Abhängigkeit des Sanierungserfolgs vom Gläubigersupport (der ja schließlich auch zu einer Annahme des Restrukturierungsplans mit den erforderlichen Mehrheiten führen soll) stellt die Gläubigerinteressen automatisch in den Vordergrund. Abgesehen davon sind Gläubigerinteressen bei wahrscheinlicher Insolvenz ohnehin – gleich wie sonst – über zwingende Gläubigerschutzvorschriften geschützt.¹⁶⁷⁰

Wie in Pkt C 6.3 u 7.4.2(b) ausf dargestellt, liegt schließlich dem englischen *shift of fiduciary duties* eine mit dem österr Recht nicht vergleichbare Rechtskultur zu Grunde. Das dazu zitierte *case law* beschäftigt sich mit Fällen, in denen im Krisen- und Insolvenzzusammenhang zu Lasten der Gläubiger (zuallererst aber auch zu Lasten des Unternehmens selbst) Vermögensverschiebungen zu den *directors*, *shareholders* oder verbundenen Unternehmen erfolgten. Solche Handlungen sind nach österr Recht ohnehin in den meisten Fällen unzulässig, und zwar nicht nur in der Krise, sondern grds immer. Dafür ist im österr Recht kein *shift* auf Ebene der Geschäftsleiterpflichten erforderlich, sondern dies wird durch die bereits mehrfach angesprochenen weitreichenden und zwingenden Gläubigerschutz- und insb Kapitalerhaltungsvorschriften sichergestellt (s insb oben Pkt B 5 u 10).¹⁶⁷¹ Diese werden mit Fortschreiten der Krise durch Regelungen wie die Insolvenzprophylaxebestimmungen (s oben Pkt B 2.5), die Regelungen des EKEG,¹⁶⁷² die an die materielle Insolvenz geknüpften Regelungen (s die Pkte B 6 u 7), die verfahrensrechtlichen Vorgaben der IO (s oben Pkt B 8) und nun auch durch die verfahrensrechtlichen Vorgaben in der ReO (s schon zuvor Pkt (b)) schrittweise weg von den Anteilsinhabern und hin zu den Gläubigern akzentuiert. Die im österr Recht vorgesehenen Leitplanken sind daher bereits vielfach mit Gläubigerinteressen „aufgeladen“.¹⁶⁷³ Die im deutschen Gesetzgebungsprozess zum StaRUG betonte stetige Verdichtung des Geschäftsleiterermessens zur Vermeidung einer sonst befürchteten „Abrisskante“ (s oben Pkt 7.2.2.1)¹⁶⁷⁴ ist somit im geltenden österr Recht mE bereits umfassend und ausreichend adressiert.

¹⁶⁶⁹ So auch Wabl/Gassner in Konecny (in Druck).

¹⁶⁷⁰ Arnold, GesRZ 2021, 113 (113) kritisierte etwa ausdrücklich, dass die gleichrangige Nennung von Gläubigern den Gläubigerschutzbestimmungen nicht entspreche. Diese Kritik unterstreicht mE nur, dass Gläubigerinteressen eben bereits durch den gesellschaftsrechtlichen zwingenden Gläubigerschutz besonders adressiert sind. Die Kritik ist im Bereich des § 1 Abs 3 ReO mE aber unberechtigt, weil es hier um das von Gläubigerschutz- und sonstigen zwingenden Regelungen flankierte Leitungsermessens geht.

¹⁶⁷¹ So auch Wabl/Gassner in Konecny (in Druck); ähnlich zum deutschen Recht Kuntz, ZIP 2021, 597 (602 f), nach welchem die Ausgangslage im englischen Recht schlicht eine andere sei, weil der dortige *shift* eine Ergänzungsfunktion zu den teils engen *wrongful trading* Bestimmungen habe, der für ein Rechtssystem wie das deutsche nicht in gleicher Weise zutreffe.

¹⁶⁷² Auch diese dienen „ohne Zweifel“ (auch) dem Schutz der Gläubiger (s nur Trenker in Konecny [2021] 161 [163 f]).

¹⁶⁷³ Ähnlich K. Schmidt, ZIP 2018, 853 (855) (noch zum Kommissionsvorschlag).

¹⁶⁷⁴ Thole, ZIP 2020, 1985 (1987).

Der österr Gesetzgeber setzt aber genauso andere Akzentuierungen, indem etwa durch das IESG oder nun die Ausnahme von Arbeitnehmerforderungen vom Restrukturierungsverfahren (§ 3 Abs 1 Z 1 ReO) Arbeitnehmerinteressen bevorzugt behandelt werden. Solche und andere gesetzliche Vorgaben dienen dem Schutz der vom Gesetzgeber als schützenswert und schutzbedürftig identifizierten Interessen und führen automatisch zu einer gezielten Akzentuierung des Handelns von Geschäftsleitern. Dass solche Akzentuierungen auch in der Realität eine gewisse Wirkung zeigen, legen die Ergebnisse der empirischen Studie nahe (s insb oben Pkt B 9.3.3.2(b)).¹⁶⁷⁵

An dieser Stelle sei schließlich kurz darauf hingewiesen, dass die zuvor gemachten Ausführungen anders als im deutschen Recht gleichermaßen für die GmbH und die AG gelten. Bei der dGmbH ist die Position der Gesellschafter im Vergleich zur öGmbH deutlich dominanter, weil die dortigen Gläubigerschutz- und Kapitalerhaltungsvorschriften im Vergleich zur dAG deutlich gelockert sind.¹⁶⁷⁶ Aus diesem Grund stellen sich viele in der dLit anlässlich des StaRUG zur dGmbH diskutierten Fragen (s dazu noch Pkt 7.4.2.2) für die öGmbH gerade *nicht* (s dazu auch noch unten Pkt 7.4.3).

Welche Schwierigkeiten ein Abweichen von den in dieser Arbeit umfassend dargestellten homogenen gesellschaftsrechtlichen Prinzipien hin zu einem *shift of fiduciary duties* mit sich bringen kann, zeigt schließlich das in Pkt 7.2.2.1 aus dargestellte Gesetzwerdungsverfahren zum SanInsFoG. Während ein solcher *shift* für die Gläubiger keinen erhöhten Schutz bietet (s dazu sogar die auf Klarstellung des SanInsFoG-Gesetzgebers aE des Gesetzwerdungsprozesses in Pkt 7.2.2.1(f)), bringt er für die Geschäftsleitung potentiell (Rechts-)Unsicherheit, weil sich diese mit einem vagen Konzept konfrontiert sieht, das nur schwer mit dem etablierten gesellschaftsrechtlichen Regime in Einklang zu bringen ist. Die in Pkt 7.2.2.1(c) zusammengefasste Kritik der dLit zu den §§ 2, 3 StaRUG-RegEntw lässt sich dabei mE weitestgehend auch auf das österr Recht umlegen. Hinzu kommt schließlich, dass es *die* Gläubiger im Sinne eines Interessengleichklangs idR nicht gibt (dies bestätigen auch die Ergebnisse der empirischen Studie lt Pkt B 9.4.1(i)).

- (d) *Exkurs: Tatsächlich relevante Frage – Dürfen Anteilsinhaber eine im Interesse der Gläubiger liegende Restrukturierung verhindern?*

Die Gesetzwerdung zum StaRUG zeigt aber noch umso deutlicher, dass es in einem deutsch-/österr Rechtsverständnis bei den Diskussionen zum *shift of fiduciary duties* tatsächlich gar nicht primär um Geschäftsleiterpflichten geht. Im Vordergrund stand

¹⁶⁷⁵ Gleichzeitig legen die Ergebnisse aber auch nahe, dass solche Akzentuierungen alleine für eine Verhaltenssteuerung nicht ausreichen, weil um die eigene Existenz kämpfende Geschäftsleiter teils auch explizite gesetzliche Vorgaben (bewusst oder unbewusst) nicht beachten (s insb oben Pkt B 9.4.1(d) u 9.4.1(g)).

¹⁶⁷⁶ Gem § 30 dGmbHG steht bei der GmbH etwa tatsächlich „nur“ der Schutz des Stammkapitals im Vordergrund (s dazu nur RIS-Justiz RS0105518).

dort vielmehr das Spannungsverhältnis zwischen Geschäftsleitern und anderen Gesellschaftsorganen (insb der Anteilsinhaber), weswegen etwa § 2 StaRUG-RegEntw neben dem besprochenen *shift* auch noch vorsah, dass den Gläubigerinteressen widersprechende Weisungen von der Geschäftsleitung *nicht* zu befolgen sind (s oben Pkt 7.2.2(a)).

Die Streichung des *shifts* wurde sodann in der dLit zuallererst deswegen bedauert und kritisiert, weil dieser das Spannungsverhältnis zwischen Geschäftsleitern und Anteilsinhabern lösen und etwa Fragen wie Zustimmungs- und Weisungsrechte der Anteilsinhaber iZm der Einleitung eines StaRUG-Verfahrens klären hätte können.¹⁶⁷⁷ Die dahinterstehende Kernfrage ist: *Will man verhindern, dass Anteilsinhaber die Beantragung und Umsetzung eines im Interesse der Gläubiger (und idR auch des Unternehmens selbst) liegenden Restrukturierungsverfahrens blockieren können, und wenn ja, wie?*

Dass oft ein Spannungsverhältnis zwischen den Interessen der Gläubiger und der Anteilsinhaber besteht, ist unbestritten, nichts Neues¹⁶⁷⁸ (s dazu schon oben Pkt B 3.3 u 3.4) und wurde auch vom RIRL-Gesetzgeber durch das in Art 12 RIRL vorgesehene Obstruktionsverbot (s oben Pkt C 2.8) erkannt. Der Versuch, dieses Spannungsverhältnis auf dem Rücken der Geschäftsleiter zu lösen, ist mE aber nicht nur untauglich (wie eben in Pkt (c) dargestellt, führt auch ein solcher *shift* zu keiner Verbesserung der Situation), sondern auch abzulehnen.¹⁶⁷⁹ In einem durch explizite gesetzgeberische Leitplanken akzentuierten Rechtssystem wie dem österr führen nicht dazu passende und vage Konzepte wie ein *shift of fiduciary duties* lediglich dazu, dass Geschäftsleiter in Krisensituationen mit noch mehr Verunsicherung konfrontiert sind als ohnehin schon. Die Pflichten der Geschäftsleiter als Korrektiv¹⁶⁸⁰ für einen fehlenden gesetzgeberischen Willen oder gar dessen Untätigkeit zu nutzen, ist daher zusätzlich auch sanierungsfeindlich. Will man Anteilsinhabern bei wahrscheinlicher Insolvenz oder im Restrukturierungsverfahren Einflussrechte nehmen, sollte dies (wenn dann) durch explizite Regelungen bzw Einschränkungen (wie etwa Einschränkungen der Weisungsrechte, ähnlich wie in § 2 StaRUG-RegEntw auch vorgesehen) erfolgen. Solche Regelungen sind dem österr Recht auch

¹⁶⁷⁷ Siehe dazu die bereits in Pkt 7.2.2(f) aE zitierten Quellen: *Brünkman*, ZInsO 2021, 125 (126); ähnlich *Westpfahl* im Interview mit dem INDat Report, abgedruckt in *Reuter*, INDat Report 1/2021, 66 (67), nach welchem bei „richtiger“ Interpretation die Geschäftsleiter danach in Insolvenznähe das Recht und die Pflicht gehabt hätten, den präventiven Rahmen auch *ohne* Zustimmung der Gesellschafter in Anspruch zu nehmen; ähnlich *Thole*, BB 2021, 1347 (1347), nach welchem nun Unsicherheit herrsche, weil Geschäftsleiter durch die Weisungsfreiheit gegenüber den Gesellschaftern einen veritablen Freiraum erhalten hätten.

¹⁶⁷⁸ Aus österr Sicht unzut mE daher die Ansicht von *Kuntz*, ZIP 2021, 597 (609, 611), nach welchem ein sog „Dienen-vieler-Herren-Problem“ (*too many masters*-Problem) erst durch die RIRL in die nationalen Rechtsordnungen hineingetragen worden sei.

¹⁶⁷⁹ Vom Gedanken nach ähnlich: *Korch*, ZGR 2019, 1050 (1072), nach welchem trotz eines aus deutscher Perspektive allenfalls bestehenden Ungleichgewichts zugunsten des Schuldners „nicht mithilfe der Geschäftsleitungsverantwortung und -haftung versucht werden [dürfe], die Vorgaben der Richtlinie zu unterlaufen.“

¹⁶⁸⁰ So wurde dies sogar noch ausdrücklich im StaRUG-RegEntw (S 96) bezeichnet (Verpflichtung zur Berücksichtigung von Gläubigerinteressen als Korrektiv für die Möglichkeit zum Eingriff in deren Rechte).

nicht fremd; zu denken ist etwa an den zwingenden gesetzlichen Gläubigervorbehalt im GmbHG und AktG (s dazu oben Pkt B 2.4.2). Ob § 37 ReO zur Lösung dieses Spannungsverhältnisses beiträgt, ist mE zwar zu bezweifeln,¹⁶⁸¹ ist im Rahmen der gegenständlichen Arbeit aber nicht weiter zu untersuchen.

Im Rahmen dieser Arbeit ist aber noch einmal zu unterstreichen, dass die zweifellos bestehenden Ziel- und Interessenskonflikte zwischen Gläubiger- und Anteilsinhaberinteressen nicht auf dem Rücken der Geschäftsleitung ausgetragen werden sollten, sondern durch explizite, an den Wurzeln des Konflikts ansetzende gesetzliche Vorgaben aufzulösen sind. Die Geschäftsleitung hat sich im Rahmen der dadurch vorgegebenen Leitplanken am Unternehmenswohl zu orientieren, was durch § 1 Abs 3 ReO wie gezeigt auch sichergestellt ist.

(e) *Keine Außenhaftung*

Auch mit § 1 Abs 3 ReO bleibt es beim Grundsatz der gesellschaftsrechtlichen Innenhaftung (s dazu die bereits in Pkt 7.1.1.2 zitierte Klarstellung in den ErläutRV zur ReO). Dies entspricht auch den Wertungen des RIRL-Gesetzgebers (s oben Pkt C 7.4.1(b)).

Welche Komplikationen im gegenständlichen Kontext eine Außenhaftung (insb gegenüber den Gläubigern) mit sich bringen kann, zeigt wiederum die iZm dem StaRUG geführte Diskussion, wo wie gezeigt die ursprünglich vorgesehene Außenhaftung kurz vor Verabschiedung aufgrund heftiger Kritik noch gestrichen wurde (s oben Pkt 7.2.2(e)). Die dort insb kritisch angeführten Pkte wie etwa Erpressungspotential aggressiver Gläubiger, Probleme mit der Gläubigergleichbehandlung, der Aktivlegitimation im Insolvenzverfahren und der Schadensberechnung gelten mE genauso für das österr Recht.¹⁶⁸² Eine Außenhaftung der Geschäftsleitung erfolgt daher auch weiterhin (nur) bei Hinzukommen besonderer Umstände wie etwa der Verletzung eines Schutzgesetzes (s zu möglichen Fällen aus oben Pkt B 2.1.3). Wie bereits zuvor in Pkt (b) angemerkt, ist schließlich anders als im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung mangels Massebildung auch keine Außenhaftung aufgrund einer „masseverwaltergleichen“ Haftung argumentierbar (auch wenn der Restrukturierungsbeauftragte selbst gem § 12 ReO ähnlich einem Insolvenzverwalter haftet).

Exkurs: „Sympathie“ könnte man uU für das in § 57 StaRUG vorgesehene Konzept einer „selektiven Außenhaftung“ bei Gewährung einer Stabilisierungsanordnung haben, das im StaRUG-RegEntw auch noch vergleichbar für gerichtlich erzwungene Vertragsauflösungen vorgesehen war (s oben Pkt 7.2.2.3). Beschränkt man eine

¹⁶⁸¹ Zu dieser Bestimmung ausf Wabl/Gassner in Konecny (in Druck).

¹⁶⁸² Krit zu einer Außenhaftung im Zuge des Begutachtungsverfahrens etwa auch Trenker/Lutschounig, Stellungnahme der Universität Innsbruck, parlament.gv.at (21. Stand 6. 4. 2021) („wohl nicht zielführend“).

Außenhaftung nach diesem Konzept auf diejenigen Gläubiger, in deren Rechte der Schuldner im Rahmen des Restrukturierungsverfahrens durch Entscheidungen der Geschäftsleitung *unmittelbar* und aktiv eingreift, stellen sich die oben angeführten Probleme iZm einer generellen Außenhaftung nicht. Die ReO sieht eine solche Bestimmung zwar nicht vor, sollte sich aber zukünftig in der Praxis zeigen, dass Gläubiger vielfach Einzelschäden erleiden, weil Schuldner etwa aufgrund (schuldhaft) unrichtiger Angaben Vollstreckungssperren erwirken, könnte man im Zuge einer Evaluierung der ReO *de lege ferenda* über eine solche selektive Außenhaftung zumindest nachdenken.

7.2.3.3. Gesamteinschätzung

Vor dem Hintergrund der teils weitreichenden Diskussionen zur deutschen Umsetzung der RIRL kann die in § 1 Abs 3 ReO erfolgte Umsetzung des Art 19 lit a RIRL insgesamt als gelungen bezeichnet werden. Indem der RL-Wortlaut und auch die dazugehörigen ErwGr übernommen wurden, erspart sich das österr Recht viele der in Deutschland geführten Diskussionen. Die Vorgaben der RIRL fügen sich bestens in das bestehende gesellschaftsrechtliche Regime ein.

Der in der ReO gewählte Ansatz führt aber auch zum Ergebnis, dass ein rechtsformübergreifender Pflichtentatbestand geschaffen wurde, der auch für Unternehmen und *va* Unternehmer gilt, für welche der Wortlaut der Bestimmung nur bedingt passt (Einzelunternehmer haben idR keine „Anteilsinhaber“) und bei denen es auch keine etablierten gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltspflichten gibt, die „konkretisiert“ werden können. Durch die bereits in Pkt 5.3 vorgeschlagene teleologische Reduktion auf Geschäftsleiter haftungsbeschränkter Rechtsträger könnten Unstimmigkeiten aber vermieden werden.

Im gegenständlich relevanten Recht der GmbH und AG wird der Pflichtenmaßstab der Geschäftsleitung zusammenfassend wie auch bisher nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen mit Blick auf das Unternehmenswohl, die BJR und die Legalitätspflicht beantwortet. Werden zu Lasten des Unternehmenswohls Partikularinteressen verfolgt oder Gläubigerinteressen ohne sachlichen Grund ignoriert, kann dies wie bereits angemerkt als Überschreitung des Leitungsermessens zur Haftung führen, insb weil ein unausgewogener Planentw idR keine Mehrheit findet und dies das Risiko des Scheiterns erhöht.¹⁶⁸³ Ein *shift of fiduciary duties* ist aber nicht gegeben und auch nicht notwendig. Das bestehende System aus situations- und gesellschaftsbezogenen *Leitlinien* und zwingenden *Leitplanken* (s dazu ausf oben Pkt B 5 u 10) bleibt sowohl bei wahrscheinlicher Insolvenz als auch im Restrukturierungsverfahren weiterhin gültig. Die im Restrukturierungsverfahren verfahrensrechtlich vorgegebenen Leitplanken verringern aber automatisch das Leitungsermessen der Geschäftsleitung (s oben Pkt 7.2.3.2(b)). Weil diese mit

¹⁶⁸³ Siehe bereits oben Pkt B 5; s auch für Deutschland: Korch, ZGR 2019, 1050 (1066, 1071) sowie Seibt/Bulgrin, DB 2020, 2226 (2230), insb mit Verweis auf Seibt/v Treuenfeld, DB 2019, 1190 (1192).

Gläubigerinteressen „aufgeladen“ sind (s oben Pkt 7.2.3.2(c)), erhöhen sie automatisch auch den Gläubigerschutz.

7.3. Pflicht zur Insolvenzabwendung¹⁶⁸⁴

7.3.1. RIRUG

Die Unternehmensleitung hat gem § 1 Abs 3 ReO bei einer wahrscheinlichen Insolvenz Schritte einzuleiten, um die Insolvenz abzuwenden (und die Bestandfähigkeit sicherzustellen, s dazu noch in Pkt 7.4). Auch hier lehnt sich die ReO sehr an den Wortlaut des Art 19 lit b RIRL an. Welche Schritte tatsächlich erwartet werden, beantworten die Mat, die wortgleich den bereits in ErwGr 70 RIRL enthaltenen „Handungsleitfaden“ übernehmen.¹⁶⁸⁵

Auch hier gilt die bereits in Pkt 7.1.1.2 angesprochene, vom ReO-Gesetzgeber bezweckte *Konkretisierung* bestehender gesellschaftsrechtlicher Sorgfaltspflichten. Vor einer Analyse der österr Umsetzung wird wiederum ein Blick nach Deutschland geworfen.

7.3.2. SanInsFoG

7.3.2.1. Krisenfrüherkennung und Krisenmanagement (§ 1 StaRUG)

Das StaRUG setzt Art 19 lit b RIRL nicht wortwörtlich, aber im Ergebnis sehr ähnlich zu den RL-Vorgaben um.¹⁶⁸⁶ Die in § 1 StaRUG gemachten Vorgaben zu Krisenfrüherkennung und Krisenmanagement haben sich bereits nahezu unverändert im StaRUG-RefEntw und im RegEntw befunden. Gem § 1 Abs 1 S 1 StaRUG sollen Geschäftsleiter (s zur Definition bereits oben Pkt 5.2.1) fortlaufend über Entwicklungen, welche den Fortbestand der juristischen Person gefährden können, wachen (*Krisenfrüherkennung*). Erkennen sie solche Entwicklungen,¹⁶⁸⁷ ergreifen sie gem S 2 geeignete Gegenmaßnahmen (*Krisenmanagement*) und erstatten den zur Überwachung der Geschäftsleitung berufenen Organen (*Überwachungsorganen*) unverzüglich Bericht. Gem S 3 haben Geschäftsleiter unverzüglich auf die Befassung anderer Organe hinzuwirken, wenn deren Zuständigkeit bei den zu ergreifenden Maßnahmen berührt ist. § 1 Abs 3 StaRUG stellt schließlich klar, dass sich aus anderen Gesetzen ergebende weitergehende Pflichten unberührt bleiben.¹⁶⁸⁸

¹⁶⁸⁴ Ein ähnlicher Begriff einer „Insolvenzabwendungspflicht“ wird vereinzelt auch von *Smid*, ZInsO 2019, 2081 (2086) verwendet (zur Abgrenzung zu einer Insolvenzverfahrensabwendungspflicht).

¹⁶⁸⁵ ErläutRV 950 XXVII. GP 4.

¹⁶⁸⁶ Dazu auch *Scholz*, ZIP 2021, 219 (229).

¹⁶⁸⁷ Nach *Scholz*, ZIP 2021, 219 (229) als *bei* Auftreten solcher Entwicklungen zu verstehen.

¹⁶⁸⁸ Siehe StaRUG-RegEntw 120, wo ausdrücklich etwa § 91 Abs 2 dAktG und § 25a Abs 1 S 3 KWG, Einberufungspflichten bei Verlust der Hälfte des gezeichneten Kapitals nach § 49 Abs 3 dGmbHG bzw § 92 Abs 1 dAktG, aber auch die Pflichten im Stadium der Insolvenzreife (§§ 15a f dInsO) genannt werden.

§ 1 StaRUG dient nach den Mat der Umsetzung des Art 19 sowie der ErwGr 70 u 71 RIRL.¹⁶⁸⁹ Die Bestimmung repräsentiert eine allgemeine und rechtsformübergreifende Regelung zu Krisenfrüherkennungs- und Reaktionspflichten der Geschäftsleiter haftungsbeschränkter Rechtsträger.¹⁶⁹⁰ Solche können nach den Mat zwar bereits dem geltenden Recht entnommen werden, seien aber nur punktuell im Gesetz geregelt. Die Vorschrift präsentiere sich damit als *Ausformung* dieser Pflichten und beschränke sich insofern darauf, das geltende Recht im Interesse an Rechtsklarheit für die Rechtsanwender einer positiven Regelung zuzuführen. Daher bleibe es, was Einzelfragen insb hinsichtlich der Folgen von Pflichtverletzungen angeht, bei den rechtsformspezifischen Regelungen und Grundsätzen.¹⁶⁹¹

Um auf die individuellen Bedürfnisse des jeweiligen Unternehmens eingehen zu können, wird im StaRUG-RegEntw zu § 1 Abs 1 StaRUG klargestellt, dass die konkrete Ausformung und Reichweite der *Krisenfrüherkennungspflicht* von der Größe, Branche, Struktur und auch der Rechtsform des jeweiligen Unternehmens abhängig ist.¹⁶⁹² Beim *Krisenmanagement* steht Geschäftsleitern bei der Auswahl und der Durchführung der nach § 1 Abs 1 S 2 StaRUG zu ergreifenden geeigneten Gegenmaßnahmen der Beurteilungsspielraum zu, der ihnen nach Maßgabe der spezialgesetzlichen Regelungen für Maßnahmen der Geschäftsführung zuzubilligen ist.¹⁶⁹³ Das Krisenmanagement ist nach dem Gesetzeswortlaut schließlich *nicht* an die drohende Zahlungsunfähigkeit geknüpft, sondern an Entwicklungen, welche den Fortbestand der juristischen Person gefährden können.

7.3.2.2. Kritik und Einschätzungen

§ 1 StaRUG wurde deutlich weniger diskutiert und kritisiert als andere Regelungen zu Geschäftsleiterpflichten (wie insb der zuvor Pkt 7.2.2.1 behandelte *shift of fiduciary duties*). In der dLit wurden die Argumente des Gesetzgebers im Grundsatz geteilt und wurde insb betont, dass § 1 StaRUG bereits den bisherigen Organpflichten im Innenverhältnis zur Gesellschaft entsprechen würde.¹⁶⁹⁴ Sie werden als organrechtliche Hauptpflichten für Geschäftsleiter bezeichnet.¹⁶⁹⁵ Die angesprochenen Pflichten seien Ausfluss der

¹⁶⁸⁹ StaRUG-RegEntw 118 f (StaRUG-RefEntw 111 f) (auch noch bezugnehmend auf die weggefallenen §§ 2 u 3 StaRUG-RegEntw).

¹⁶⁹⁰ StaRUG-RegEntw 118 f (StaRUG-RefEntw 111 f). § 1 Abs 2 StaRUG dehnt dies auch auf „unechte Personengesellschaften“ nach deutschem Recht aus.

¹⁶⁹¹ Siehe zu alldem StaRUG-RegEntw 118 f (StaRUG-RefEntw 111 f).

¹⁶⁹² StaRUG-RegEntw 119.

¹⁶⁹³ StaRUG-RegEntw 119.

¹⁶⁹⁴ Scholz, ZIP 2021, 219 (230) („nichts Neues“); Thole, ZIP 2020, 1985 (1986) (zum StaRUG-RefEntw); ebenso Morgen, INDat Report 9/2020, 13 (17) (zum StaRUG-RegEntw); Desch, BB 2020, 2498 (2500) (zum StaRUG-RegEntw); ebenso Verband Insolvenzverwalter Deutschlands, Stellungnahme zum SanInsFoG-RefEntw, vid.de (4, Stand 2. 10. 2020), wo aber kritisiert wurde, dass die Bestimmung als der kleinste gemeinsame Nenner bereits bestehender Pflichten Rechtsunsicherheit bringe; Kranzfelder/Ressmann, ZInsO 2021, 191 (192); Wolgast in Wolgast/Grauer, StaRUG § 1 Rz 27 f (Stand April 2021, starug.online) („Haftung nach allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regelungen“).

¹⁶⁹⁵ Skauradszun/Amort, DB 2021, 1317 (1318) mwN, nach welchen § 1 Abs 1 StaRUG daher keinesfalls als „soft law“ zu qualifizieren sei.

Haftungsbeschränkung¹⁶⁹⁶ und hätten va deklaratorische Bedeutung.¹⁶⁹⁷ Dies entspricht auch den Reaktionen zu Art 19 lit b RIRL, der nach der dLit bereits von der Sanierungspflicht nach geltendem Recht abgedeckt war.¹⁶⁹⁸ Thole weist aber darauf hin, dass eine Sanierungspflicht nicht automatisch bedeutet, dass Sanierung *stets* Vorrang vor Liquidation hätte.¹⁶⁹⁹

In Sachen Krisenfrüherkennung als „organrechtlicher Dauerpflcht“¹⁷⁰⁰ stehe der Geschäftsleitung wie schon nach geltendem Recht bei der konkreten Ausgestaltung eines in § 1 Abs 1 S 1 StaRUG genannten Überwachungssystems („Wie“), *nicht* aber bezüglich des Bestehens („Ob“) ein unternehmerischer Ermessensspielraum zu.¹⁷⁰¹ Dasselbe gelte im Grundsatz auch für das Krisenmanagement. Auch hier komme der Geschäftsleitung wie auch bereits in den Mat betont beim „Wie“ (daher der Auswahl und Durchführung der zu treffenden Gegenmaßnahmen) ein Beurteilungsspielraum zu,¹⁷⁰² nicht jedoch beim „Ob“.¹⁷⁰³

Aus diesem Spielraum folgt auch, dass es *keine* Pflicht zur Einleitung eines StaRUG-Verfahrens ähnlich einer Insolvenzantragspflicht gibt.¹⁷⁰⁴ Das weite unternehmerische Ermessen dürfte sich etwa kaum einmal dahin verdichten, dass zwingend ein

¹⁶⁹⁶ Gehrlein, BB 2021, 66 (67).

¹⁶⁹⁷ Seibt/Bulgrin, DB 2020, 2226 (2229); diesen folgend Gehrlein, BB 2021, 66 (67); dennoch wurde schon im Vorfeld etwa vom IDW eine explizite gesetzliche Planungspflicht gefordert, da dies eine zwingende Voraussetzung für eine funktionsfähige Krisenfrüherkennung sei (*Institut der Wirtschaftsprüfer*, IDW fordert explizite Planungspflicht für Unternehmen, idw.de [Stand 29. 10. 2020]).

¹⁶⁹⁸ Seibt/von Treuenfeld, DB 2019, 1190 (1193); Goetker in Flöther 273 (274); Korch, ZGR 2019, 1050 (1050 ff) („Sanierungsverantwortung“); Thole, BB 2021, 1347 (1348) („Sanierungspflicht“).

¹⁶⁹⁹ Thole, BB 2021, 1347 (1348), nach welchem dies erst recht keinen Freifahrtschein bedeute, trotz Insolvenzreife noch um jeden Preis Sanierungsmaßnahmen zu versuchen.

¹⁷⁰⁰ Skauradszun/Amort, DB 2021, 1317 (1318).

¹⁷⁰¹ Seibt/Bulgrin, DB 2020, 2226 (2229) insb auch mit Verweis auf den analog auch für die dGmbH geltenden § 91 Abs 2 dAktG, der bereits Vorstände auffordert, ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden; diesem folgend Brünkman, ZInsO 2021, 1 (2); diesem folgend Hirschberger/Herms in Wolgast/Grauer, StaRUG § 43 Rz 20 (Stand April 2021, starug.online); Scholz, ZIP 2021, 219 (229) (erheblicher Beurteilungsspielraum).

¹⁷⁰² Seibt/Bulgrin, DB 2020, 2226 (2229), mit Verweis auf Seibt/v. Treuenfeld, DB 2019, 1190 (1192) sowie Korch, ZGR 2019, 1050 (1053 f) (mwN); s auch Brünkman, ZInsO 2021, 1 (3) („weites unternehmerisches Ermessen“); Wolgast in Wolgast/Grauer, StaRUG § 1 Rz 17 (Stand April 2021, starug.online).

¹⁷⁰³ Hirschberger/Herms in Wolgast/Grauer, StaRUG § 43 Rz 22 (Stand April 2021, starug.online); Seibt/Bulgrin, DB 2020, 2226 (2229) unter Betonung der bestehenden „Sanierungspflicht“ sowie mit Verweis auf Seibt/v. Treuenfeld, DB 2019, 1190 (1192); ähnlich Brünkman, ZInsO 2021, 1 (3) sowie Brinkmann, ZIP 2020, 2361 (2364).

¹⁷⁰⁴ Thole, BB 2021, 1347 (1348); Skauradszun/Amort, DB 2021, 1317 (1323 f) (aber „Restrukturierungsverschleppungshaftung“ gegenüber der Gesellschaft bei Unterlassen der für die Befriedigungsaussichten der Gläubiger besseren Alternative); s schon in Reaktion auf die RIRL: Seibt/von Treuenfeld, DB 2019, 1190 (1192 f); Demisch in Morgen, Restrukturierung Art 19 Rz 57; missverständlich Smid, ZInsO 2019, 2081 (2084), der die verspätete Beantragung eines Restrukturierungsrahmens als besonderen Fall der Vertiefung eines existenzvernichtenden Eingriffs bezeichnet und angelehnt an § 15a dInsO eine angemessene dreiwöchige Überlegungsfrist empfiehlt. Aufgrund einer möglichen Obstruktionsgefahr durch die Gesellschafter und eines daraus entstehenden Zielkonflikts wurde damals aber auch die Schaffung einer „harten Sanierungspflicht“ vertreten: s Hölzle, ZIP 2020, 585 (591 f), jedoch mit dem gleichzeitigen Hinweis darauf, dass eine harte Handlungspflicht in Anlehnung an die Insolvenzantragspflicht wohl nicht umsetzbar sei, weil die RIRL insb das Restrukturierungsverfahren als Chance und nicht als Pflicht ansehe; ähnlich U. Gruber, EuZW 2019, 181 (185).

Restrukturierungsverfahren eingeleitet oder gar ein bestimmter Restrukturierungsplan vorgelegt werden müsste.¹⁷⁰⁵ Vielmehr bringe das StaRUG eine weitere Option bei der im Rahmen der Sanierungspflicht zu treffenden Auswahlentscheidung.¹⁷⁰⁶

Auch wenn weder das StaRUG noch die dazugehörigen Mat dies ausdrücklich festhalten, sei mit der schon davor bestehenden dhA wohl davon auszugehen, dass bei der Auswahl der konkreten Gegenmaßnahmen die dBJR anzuwenden ist.¹⁷⁰⁷

Nachdem Gläubigerinteressen im Rahmen der nun klargestellten Sanierungspflicht ohnehin zu berücksichtigen seien, habe nach manchen Stimmen der Wegfall der §§ 2, 3 StaRUG (s oben Pkt 7.2.2.1) schließlich nicht viel an der Pflichtenlage der Geschäftsleiter geändert.¹⁷⁰⁸ Insb weil bei gesellschaftsrechtlichen Haftungstatbeständen die Schadensberechnung zum „Gesellschaftsschaden“ prozessual schwierig sein könne, wird vorsichtig auch über eine Außenhaftung gegenüber den Gläubigern nachgedacht.¹⁷⁰⁹

Schließlich sei auch die in § 1 Abs 1 S 2 StaRUG vorgesehene unverzügliche „Berichtspflicht“¹⁷¹⁰ zwar erstmals ausdrücklich spezifiziert, spiegle aber ebenso die bereits bestehende gesetzliche Pflichtenlage wider.¹⁷¹¹ Dasselbe gelte für die in § 1 Abs 1 S 3

¹⁷⁰⁵ Müller, ZIP 2020, 2253 (2255 mwN) zum StaRUG-RegEntw (noch zum nicht verabschiedeten § 2 Abs 1 S 2, jedoch ist dies wohl auch für die Gegenmaßnahmen in § 1 gültig), auch mit Verweis auf den Umstand, dass bei personalistischen Gesellschaften nicht mehr genehme Geschäftsleiter abberufen werden könnten; diesem folgend Gehrlein, BB 2021, 66 (71); s auch Korch, ZGR 2019, 1050 (1074) (kein abstraktes Rangverhältnis zwischen den zur Verfügung stehenden Verfahren); aA Seibt/Bulgrin, DB 2020, 2226 (2229) (zum StaRUG-RefEntw), die zwar ebenso auf den weiten Ermessensspielraum hinweisen, jedoch aufgrund der Vorteile des StaRUG idR eine besondere Begründungslast fordern, wenn ein Geschäftsleiter bei drohender Zahlungsunfähigkeit anstelle eines präventiven Restrukturierungsverfahrens ein Insolvenzverfahren einleitet, und daher von einem grds Primat der außergerichtlichen Sanierung ausgehen; ähnlich bereits Seibt/Treuenfeld, DB 2019, 1190 (1192 f), die noch vor dem StaRUG von einem abstrakten Rangverhältnis zugunsten der außergerichtlichen Sanierung ausgingen; ähnlich ebenso Janjuah in Morgen, Restrukturierung Art 7 Rz 2, die aufgrund des Ruhens der Insolvenzantragspflicht nach Art 7 RIRL von einem faktischen Vorrang des Restrukturierungsverfahrens ausging.

¹⁷⁰⁶ Siehe bereits in Reaktion auf die RIRL: Korch, ZGR 2019, 1050 (1055, 1073); so auch Seibt/von Treuenfeld, DB 2019, 1190 (1192 f); Frind, BB 2019, 2381 (2384).

¹⁷⁰⁷ Scholz, ZIP 2021, 219 (229); Seibt/von Treuenfeld, DB 2019, 1190 (1192 f); Korch, ZGR 2019, 1050 (1074); Wolgast in Wolgast/Grauer, StaRUG § 1 Rz 19 (Stand April 2021, starug.online); wohl auch Thole, BB 2021, 1347 (1348).

¹⁷⁰⁸ Thole, BB 2021, 1347 (1348), nach welchem es grds beim gesellschaftsrechtlichen Rahmen und dessen Ausrichtung auf den Schutz der Gesellschaft bleibt; Brünkmans, ZInsO 2021, 125 (126) mit Verweis auf § 43 Abs 2 dGmbHG und § 93 dAktG, jedoch gleichzeitig betonend, dass im frühen Zeitraum die Sanierungspflicht und allgemeine Pflichten mit Gläubigerinteressenwahrungspflicht identisch seien und ein Konflikt später insb bei der Auswahl der Handlungsoption entstehen könne; ähnlich Bea/Dressler, NZI 2021, 67 (67, 71), nach denen die bisherige Diskussion zur vermeintlichen gesetzgeberischen Sinneswandlung im Nachhinein „heißer gekocht als gegessen“ gewesen sei und Organe von krisenbetroffenen Unternehmen keinesfalls „aufatmen“ sollten; s auch Wolgast in Wolgast/Grauer, StaRUG § 1 Rz 20 (Stand April 2021, starug.online), nach dem die Gläubigerinteressen bei der Entscheidung über Sanierungsmaßnahmen trotzdem zu berücksichtigen seien.

¹⁷⁰⁹ Siehe dazu nur Skauradszun/Amort, DB 2021, 1317 (1325 f), die über § 1 Abs 1 StaRUG als Schutzgesetz iSd § 823 Abs 2 dBGB nachdenken, im Ergebnis aber aufgrund des Gesetzwerdungsprozesses von keiner solchen Qualifikation ausgehen; auf den schwierigen Nachweis eines kausalen Schadens hinweisend auch Wolgast in Wolgast/Grauer, StaRUG § 1 Rz 29 (Stand April 2021, starug.online).

¹⁷¹⁰ Seibt/Bulgrin, DB 2020, 2226 (2229).

¹⁷¹¹ Thole, ZIP 2020, 1985 (1986); Seibt/Bulgrin, DB 2020, 2226 (2229 f).

StaRUG vorgesehene „Einbindungspflicht“.¹⁷¹² Diese Pflichten bestehen daher dann, wenn die von der Geschäftsleitung erwogenen Maßnahmen die Zuständigkeit anderer Organe betreffen.¹⁷¹³

Auch wenn es der Gesetzestext nicht ausdrücklich sagt, soll nach der dLit schließlich auch das Krisenmanagement bei drohender Zahlungsunfähigkeit ausgelöst werden.¹⁷¹⁴

7.3.3. Bewertung der österreichischen Umsetzung

7.3.3.1. Vorbemerkung

Auch wenn die Bestimmung des § 1 Abs 1 StaRUG deutlich detaillierter als die relevante Passage des § 1 Abs 3 ReO ist und explizit auch die „Krisenfrüherkennung“ mitadressiert, gehen hier beide Gesetzgeber im Ergebnis ähnliche Wege. Es wurde an bereits bestehende gesellschaftsrechtliche Pflichten angeknüpft, jedoch anstatt einer Anpassung der relevanten Materiengesetze eine rechtsformübergreifende Norm geschaffen. Man könnte daher meinen, dass sich hier, anders als im Bereich der Interessenberücksichtigung, die beiden Regime auch in Zukunft relativ ähneln werden. Nachdem die Pflichtenvorgaben aber nicht isoliert voneinander betrachtet werden können, sondern die Interessenberücksichtigung *gerade* bei den Schritten zur Abwendung der Insolvenz und der Sicherung der Bestandfähigkeit zu berücksichtigen ist (sie ist somit kein „Selbstzweck“, was § 1 Abs 3 ReO auch durch die Verknüpfung mit dem Begriff „dabei“ unterstreicht), strahlen die in Pkt 7.2 aufgezeigten Pflichtenvorgaben auch auf die Pflicht zur Insolvenzabwendung aus.

7.3.3.2. Finanzielle Schwierigkeiten und „Insolvenz“

(a) Finanzielle Schwierigkeiten

Durch wortgleiche Übernahme des ErwGr 70 RIRL (und des darin enthaltenen Handlungsleitfadens) hat der ReO-Gesetzgeber in den Mat auch die dortige Anknüpfung an den Begriff der „finanziellen Schwierigkeiten“ übernommen. In § 1 Abs 3 ReO selbst knüpft die Pflicht zur Abwendung der Insolvenz aber an die wahrscheinliche Insolvenz. Nachdem die ReO-Mat auch an sonstiger Stelle den Begriff der finanziellen Schwierigkeiten nennen,¹⁷¹⁵ liegt nahe, dass selbiger bewusst verwendet wird.

¹⁷¹² *Seibt/Bulgrin*, DB 2020, 2226 (2229 f).

¹⁷¹³ *Scholz*, ZIP 2021, 219 (230).

¹⁷¹⁴ Siehe nur *Skauradszun/Amort*, DB 2021, 1317 (1319) (*jedenfalls* bei drohender Zahlungsunfähigkeit) mwN; auf die fehlende Regelung verweisend auch *Wolgast in Wolgast/Grauer*, StaRUG § 1 Rz 13 f (Stand April 2021, starug.online), der zwischen Krisenüberwachung als laufende Pflicht und Krisenabwendung unterscheidet, bei Letzterer sei auf gesellschaftsrechtliche Grundsätze zurückzugreifen, jedoch für das StaRUG auf die drohende Zahlungsunfähigkeit abzustellen.

¹⁷¹⁵ ErläutRV 950 XXVII. GP 1, 26 als allgemeinen Hinweis iZm den Zielen der RIRL (Rettung von Unternehmen in finanziellen Schwierigkeiten und Wiederherstellung deren Bestandfähigkeit), sowie S 3 mit Verweis auf ErwGr 22 RIRL u S 7, 10 mit Verweis auf ErwGr 30 RIRL.

Auf Basis der Wertungen der RIRL (s dazu oben Pkt C 7.3 u 7.4.3(b)) ist mE davon auszugehen, dass „finanzielle Schwierigkeiten“ *früher* ansetzen als wahrscheinliche Insolvenz. Für das österr Recht und die Konkretisierung gesellschaftsrechtlicher Sorgfaltspflichten macht dies mE aber keinen Unterschied. Einerseits entspricht dies dem bereits geltenden Recht, wonach die Geschäftsleitung generell auf Krisensymptome aller Art reagieren muss, und es im Rahmen der Sanierungsverantwortung gerade *keinen* einzelnen pflichtauslösenden Zeitpunkt gibt (s dazu oben Pkt B 3.2). Andererseits sind die in den ReO-Mat vom Handlungsleitfaden vorgegebenen Schritte bei wahrscheinlicher Insolvenz (und daher bei fortgeschrittener Krise) erst recht zu berücksichtigen.¹⁷¹⁶

(b) „Insolvenz“

Im Einklang mit den bereits in Pkt 6.3.2 vor dem Hintergrund der Vorgaben der RIRL (s oben Pkt C 7.3) gewonnenen Erkenntnissen zur Auslegung des Begriffs der wahrscheinlichen Insolvenz bedeutet „Insolvenz“ auch hier nicht etwa die Abwendung einer Insolvenzantragstellung oder eines Insolvenzverfahrens, sondern die Abwendung der materiellen Insolvenz.¹⁷¹⁷ Daher sind Schritte zu setzen, sowohl die Zahlungsunfähigkeit und grds auch die Überschuldung abzuwenden (die sich iZm Letzterem ergebenden Schwierigkeiten und Inkonsistenzen wurden bereits ausf oben in Pkt 6.3 behandelt).

Da diese Pflicht ab deren Eintritt als „Dauerpflicht“ zu qualifizieren ist und auch die Überwindung der Insolvenz miteinschließt (s sogleich Pkt (c)), gilt sie mE aber erst recht, wenn Insolvenz bereits eingetreten ist.

7.3.3.3. Konkretisierung gesellschaftsrechtlicher Sorgfaltspflichten

(a) Anwendbarkeit der BJR

Hier kann iW bereits auf das in Pkt 7.2.3.2(a) Gesagte verwiesen werden. Die Geschäftsleitung behält bei der Auswahl der *ex ante richtigen* Restrukturierungsmaßnahmen (daher dem „Wie“) im Einklang mit geltendem Gesellschaftsrecht ihren unternehmerischen Ermessensspielraum und die BJR ist anwendbar.¹⁷¹⁸ Für das „Ob“ gilt dies grds nicht (die in Pkt 7.4.2.2 zitierten Einschätzungen in der dLit lassen sich mE auch auf das österr Recht umlegen). Dies ist aber noch dahingehend zu präzisieren, dass hier – anders als etwa bei der Krisenüberwachung¹⁷¹⁹ – theoretisch auch das *Nichtergreifen* insolvenzabwendender

¹⁷¹⁶ So auch Wabl/Gassner in Konecny (in Druck).

¹⁷¹⁷ So auch für Deutschland Smid, ZInsO 2019, 2081 (2086); diesem folgend Korch, ZGR 2019, 1050 (1074) auch mit Verweis auf die Differenzierung zwischen Insolvenz und den Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in ErwGr 24 RIRL.

¹⁷¹⁸ So auch Trenker/Lutschounig, Stellungnahme der Universität Innsbruck, parlament.gv.at (20, Stand 6. 4. 2021), die im Begutachtungsverfahren eine diesbezügliche Klarstellung in den Mat vorschlugen; s auch Wabl/Gassner in Konecny (in Druck).

¹⁷¹⁹ Siehe auch zur Einrichtung eines IKS: Kalss in MüKo AktG I⁵ § 93 Rz 391 (s auch oben Pkt B 2.5.2).

Schritte eine zulässige unternehmerische Entscheidung sein kann, wenn (im zugegebenermaßen wohl sehr seltenen Fall) auch ohne aktive Gegenmaßnahmen eine Überwindung der Krise gelingen kann (wie in Pkt B 2.2.6.3 angemerkt kann nämlich auch eine bewusste *Nichtentscheidung* eine der BJR unterliegende unternehmerische Entscheidung sein).

(b) *Keine „Restrukturierungsantragspflicht“*

Aus der Anwendbarkeit gesellschaftsrechtlicher Grundsätze und auch vor dem Hintergrund der RIRL (s dazu bereits ausf oben Pkt C 7.4.3(c)) ergibt sich, dass es *keine* mit der Insolvenzantragspflicht vergleichbare unbedingte Pflicht und auch *keinen* Automatismus zu Gunsten eines Restrukturierungsverfahrens nach der ReO gibt.¹⁷²⁰ Vielmehr wird das Repertoire an Instrumenten in Zukunft weiter vergrößert, und der Geschäftsleitung stehen daher zB bei drohender Zahlungsunfähigkeit uU gleichzeitig (i) ein Restrukturierungsverfahren, (ii) ein vereinfachtes Restrukturierungsverfahren, (iii) ein Reorganisationsverfahren und (iv) ein Sanierungsverfahren nach der IO zur Verfügung.¹⁷²¹

(c) *Insolvenzabwendung als „Dauerpflicht“*

Als Ausfluss der gesellschaftsrechtlichen Verantwortung ist die Pflicht zur Insolvenzanwendung (anders als die Insolvenzantragspflicht) auch keine *einmalige* Pflicht, die etwa mit dem Antrag auf Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens erfüllt ist.¹⁷²² Die Pflicht zur Abwendung der Insolvenz gilt solange, bis die Insolvenz tatsächlich abgewendet ist (unabhängig davon, ob dies über ein Restrukturierungsverfahren oder auf anderem Wege erfolgt). Sollte Insolvenz bereits vorliegen (wie in Pkt 6.1.4 u 6.3.5 dargestellt. steht das Restrukturierungsverfahren grds auch überschuldeten Unternehmen offen), umfasst die Pflicht daher mE auch die *Überwindung* der Insolvenz.

(d) *Einzelne Schritte*

Durch wortgleiche Übernahme des Handlungsleitfadens aus ErwGr 70 RIRL übernimmt die ReO nicht nur die Wertungen der RIRL, sondern indirekt auch die dazu führenden Wertungen von *UNCITRAL* (s dazu oben Pkt C 7.4.3(c) und **Annex 6**). Daraus ergibt sich einerseits, dass diese Schritte nicht in jedem Fall und unbedingt zu setzen sind, sondern es stets bei einer Einzelfallbetrachtung bleibt (dies wird auch durch die Verwendung der Formulierung „wie zum Beispiel“ bestätigt). Andererseits soll einer Geschäftsleitung, die sich an diesen Schritten orientiert und

¹⁷²⁰ So bereits *Wabl*, ZIK 2019, 178 (185) (noch zur RIRL selbst); diesem folgend *Wabl/Gassner* in *Konecny* (in Druck).

¹⁷²¹ Ähnlich *Wabl/Gassner* in *Konecny* (in Druck) sowie auch *Mohr*, ZIK 2021, 82 (83); s zur Vergrößerung des „Werkzeugkastens“ auch bereits die in Pkt 7.3.2.2 zitierte dLit.

¹⁷²² Siehe auch ErläutRV 950 XXVII. GP 4, wonach die unternehmens- und gesellschaftsrechtlichen Pflichten auch für das Restrukturierungsverfahren gelten.

diese in Erwägung zieht, im Falle des Scheiterns ein *safe harbour* bleiben, der sich mE weitestgehend mit den Wertungen der BJR deckt (s dazu bereits oben Pkt 7.1.1.2).

Wenn ein Unternehmen in finanzielle Schwierigkeiten gerät, sollte die Unternehmensleitung nach den ErläutRV Schritte einleiten, um Verluste möglichst gering zu halten und eine Insolvenz abzuwenden. Beispielhaft („wie zum Beispiel“) werden die nachfolgenden Pkte aufgelistet. Dass diese bereits im bestehenden österr Recht angelegt sind, soll eine jeweilige Gegenüberstellung mit den in Pkt B analysierten Regelungen bestätigen.¹⁷²³

- *Inanspruchnahme professioneller Beratung unter anderem zu Restrukturierung und Insolvenz, etwa durch Nutzung von Frühwarnsystemen, soweit vorhanden;*

Wie bereits in Pkt B 2.2.7 dargestellt, gebietet die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters im Einzelfall auch die Beiziehung externer Berater, insb wenn der notwendige Sachverstand unternehmensintern nicht vorliegt (was lt OGH beispielhaft etwa bei „größeren Umstrukturierungen“ angenommen wird).¹⁷²⁴

Das österr Recht kennt weiters bereits eine Vielzahl von Frühwarnsystemen. Beispielhaft seien die Pflicht zur Einführung eines IKS nach § 22 GmbHG bzw § 82 AktG (s oben Pkt B 2.5.2), Pflichten iZm der Finanzgebarung (s oben Pkt B 2.5.2), Insolvenzprophylaxebestimmungen wie etwa §§ 28a, 36 Abs 2 GmbH bzw §§ 81, 83 AktG (s oben Pkt B 2.5.3), aber auch die in diesem Rahmen nicht weiter behandelte Redepflicht des Abschlussprüfers nach § 273 Abs 2 UGB genannt.

- *Schutz der Vermögenswerte des Unternehmens, um einen möglichst hohen Wert zu sichern und den Verlust wesentlicher Vermögenswerte zu verhindern;*

Der Schutz der Vermögenswerte und die Sicherung des Unternehmenswerts sind mE Kern des Unternehmenswohls und als solche Ausgangspunkte des Leitungsermessens und der BJR (s bereits oben Pkt B 2.2.5.2). Wesentliche Vermögenswerte nicht zu verlieren, liegt ebenso regelmäßig im Unternehmenswohl. Solche Vorgaben werden schließlich durch die im gegenständlichen Kontext aber nicht im Detail adressierten Anfechtungstatbestände wie etwa iZm einer Vermögensverschleuderung (§ 28 Z 4 IO) und unentgeltlichen Verfügungen (§ 29 IO) flankiert.

Diese Vorgabe darf mE aber nicht so verstanden werden, dass Vermögenswerte in *jedem* Fall zu behalten sind. Werden als Teil einer aussichtsreichen Restrukturierung etwa einzelne Unternehmensbereiche geschlossen und die dazugehörigen Vermögenswerte (zB eine nicht mehr benötigte und daher auch *nicht mehr* wesentliche Maschine) veräußert, ist dies nicht nur zulässig, sondern

¹⁷²³ Siehe für eine vergleichbare Gegenüberstellung auch Wabl/Gassner in Konecny (in Druck).

¹⁷²⁴ OGH 6 Ob 198/15h NZ 2016, 413 (Brugger) (zur GmbH).

zur Umsetzung der Restrukturierung (und damit Abwendung der Insolvenz) regelmäßig auch geboten.

- *Analyse der Struktur und der Funktionen des Unternehmens, um die Bestandfähigkeit zu prüfen und die Ausgaben zu senken;*

Wissen um die Struktur, die Funktionen und die Bestandfähigkeit des Unternehmens ist ein Kern der stets bestehenden Geschäftsleiterpflichten iZm der Finanzgebarung (s oben Pkt B 2.5.2). Besondere Pflichten ergeben sich im Krisenzusammenhang und insb bei der Insolvenzprüfung (s oben Pkt B 6.3.1), wo lt OGH im Rahmen der Erstellung einer Fortbestehensprognose mit Hilfe sorgfältiger Analysen von Verlustursachen, eines Finanzierungsplans sowie der Zukunftsaussichten der Gesellschaft die Wahrscheinlichkeit der künftigen Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu prüfen ist (s dazu auch oben Pkt B 6.2.3.3).¹⁷²⁵

- *keine Vornahme der Arten von Transaktionen für das Unternehmen, die Gegenstand einer Insolvenzanfechtungsklage werden könnten, es sei denn, es gibt einen triftigen wirtschaftlichen Grund dafür;*

Die Insolvenzanfechtungstatbestände der §§ 28 ff IO sind von der Geschäftsleitung im Rahmen ihrer Sorgfaltspflicht zu berücksichtigen (s dazu bereits zuvor zum Schutz der Vermögenswerte). Ausnahmen wie insb die Haftungsbefreiung für zur Unternehmensfortführung notwendige Zahlungen iZm dem Zahlungsverbot (s oben Pkt B 7.3.2)¹⁷²⁶ stellen mE auch sicher, dass Transaktionen mit einem „triftigen wirtschaftlichen Grund“ weiter möglich sind.

Hier ist aber zu betonen, dass Sanierungs- und Restrukturierungsmaßnahmen in den allermeisten Fällen potentiell „anfechtungsbehaftet“ sind. Genau aus diesem Grund sieht die RIRL in Art 18 auch einen gewissen Anfechtungsschutz für mit der Restrukturierung im Zusammenhang stehende Transaktionen vor (s oben Pkt C 2.7). In diesem Kontext ist daher mE auch die Klarstellung zum „triftigen wirtschaftlichen Grund“ zu lesen. Diese Vorgabe darf daher mE nicht so interpretiert werden, dass die Geschäftsleitung „gelähmt“ wird und gerade notwendige und sinnvolle Sanierungs- und Restrukturierungsmaßnahmen unterlässt, weil sie Gegenstand einer Insolvenzanfechtungsklage werden könnten.

- *Fortsetzung der Geschäftstätigkeit, wenn dies unter den gegebenen Umständen sinnvoll ist, um einen möglichst hohen Wert als fortgeführtes Unternehmen zu sichern;*

Hier ist iW auf das bereits in den vorigen Pkten zum Unternehmenswohl Gesagte zu verweisen. Dem vom OGH unter dem Unternehmenswohl verstandenen

¹⁷²⁵ Siehe auch stRsp RIS-Justiz RS0064962, jüngst OGH 6 Ob 19/15k RdW 2015, 372 (zur GmbH); OGH 1 Ob 655/86 wbl 1987, 74 (zust *Wilhelm*); OLG Graz 3 R 75/16y.

¹⁷²⁶ Siehe auch OGH 6 Ob 164/16k GES 2017, 367 = *Trenker*, JBl 2018, 354, 434 = *Gassner/Wabl*, ecolex 2018, 908.

Bestand und der dauerhaften Rentabilität des Unternehmens¹⁷²⁷ (s dazu oben Pkt B 2.2.5.2) entspricht es mE selbstverständlich auch, die Geschäftstätigkeit fortzusetzen und dadurch einen möglichst hohen Unternehmenswert zu sichern.

- *Führung von Verhandlungen mit den Gläubigern und Einleitung präventiver Restrukturierungsverfahren.*

Dieser Schritt entspricht mE der bereits nach geltendem Recht bestehenden Sanierungs- und Krisenverantwortung (s oben Pkt B 3). Der Umstand, dass hier nicht von *dem* Restrukturierungsverfahren, sondern generell von präventiven Restrukturierungsverfahren gesprochen wird, unterstreicht, dass es eben *keinen* Automatismus für ein bestimmtes Verfahren gibt (s bereits zuvor Pkt (b)).

7.3.3.4. Gesamteinschätzung

Die kurze und knappe Umsetzung der RIRL-Vorgaben in § 1 Abs 3 ReO und deren Einbettung in das bestehende Gesellschaftsrecht ist mE auch hinsichtlich Art 19 lit b RIRL grds gut gelungen. Durch das Vertrauen in gesellschaftsrechtliche Grundsätze ist klargestellt, dass die Entscheidung über die „richtige“ Restrukturierungsrouten auch weiterhin der Geschäftsleitung im Rahmen ihres unternehmerischen Ermessens obliegt. Es gibt daher *keine* „Restrukturierungsantragspflicht“ (s oben Pkt (b)). Die Geschäftsleitung muss aber nicht erst bei wahrscheinlicher Insolvenz, sondern bereits bei finanziellen Schwierigkeiten Schritte und Gegenmaßnahmen einleiten (so oben Pkt 7.3.3.2). Die Pflicht zur Insolvenzabwendung endet erst, wenn die Insolvenz tatsächlich abgewendet bzw überwunden ist (s Pkt (c)).

Etwas unglücklich ist mE aber die unveränderte Übernahme des Leitfadens aus ErwGr 70 RIRL in die Erläut zur ReO. Der Geschäftsleitung einen beispielhaften Leitfaden in die Hand zu geben, an dem sie sich festhalten und auf den sie sich in einem möglichen Haftungsprozess im Rahmen der BJR auch stützen kann, ist zwar zu begrüßen, die im übernommenen Leitfaden verwendeten Formulierungen und Begriffe passen aber teilweise nicht wirklich zur österr „Rechtssprache“ (bestes Beispiel sind Formulierungen wie „triftiger wirtschaftlicher Grund“). Auch wenn sich die dahinterstehenden Wertungen wie gezeigt mE bereits im bestehenden Recht wiederfinden, muss die Geschäftsleitung – will sie sich auf den *safe harbour* der BJR stützen können – diesen Leitfaden bei ihren unternehmerischen Entscheidungen zukünftig wohl „abarbeiten“.¹⁷²⁸ Um hier wiederum Rechtsunsicherheit und unnötige rechtliche „Übersetzungsarbeit“ zu vermeiden, wäre es wünschenswert gewesen, den im Ergebnis weitestgehend aus der englischen Sprache stammenden Leitfaden (s oben Pkt C 7.4.3(c) und **Annex 6**) an das österr Recht und dessen Rechtstermini anzupassen.

¹⁷²⁷ OGH 22. 5. 2003, 8 Ob 262/02s (zum AR einer Bank-AG).

¹⁷²⁸ So auch Wabl/Gassner in Konecny (in Druck).

7.4. Pflicht zur Sicherstellung der Bestandsfähigkeit

7.4.1. RIRUG

Neben den eben behandelten Schritten zur Abwendung der Insolvenz hat die Unternehmensleitung gem § 1 Abs 3 ReO bei wahrscheinlicher Insolvenz ebenso Schritte einzuleiten, um die Bestandsfähigkeit sicherzustellen. Auch hier gilt „dabei“ die in Pkt 7.2 behandelte Pflicht zur Interessenberücksichtigung. Der Begriff der Bestandsfähigkeit wird, wie bereits in Pkt 6.1.4 angemerkt, in der ReO nicht definiert, jedoch in den Mat mit der OGH-Rsp zum iZm der Überschuldungsprüfung entwickelten Begriff der „Lebensfähigkeit“ verknüpft.

Anders als bei der Pflicht zur Interessenberücksichtigung und zur Insolvenzabwendung weicht der Gesetzestext der ReO hier doch deutlich(er) vom Wortlaut des Art 19 lit c RIRL ab. Insb die dortige Beschränkung auf vorsätzliche oder grob fahrlässige Handlungen wurde in § 1 Abs 3 ReO nicht übernommen (s dazu ausf oben Pkt C 7.4.4). Indem in den ReO-Mat aber wie nachfolgend in Pkt 7.4.3.3 noch analysiert) exakt der Wortlaut des ErwGr 71 RIRL (inkl der Beschränkung auf vorsätzliche oder grob fahrlässige Handlungen) übernommen wird, fließen die Wertungen der RIRL auch hier in die ReO mit ein.

Vor einer weiteren Analyse der österr Umsetzung erfolgt wiederum ein Blick auf das SanInsFoG.

7.4.2. SanInsFoG

7.4.2.1. Bestanderhaltung nach dem StaRUG

Weder das StaRUG noch die Mat sprechen eine dem Art 19 lit c RIRL ähnliche Pflicht an. Ebenso wenig befinden sich dort Definitionen zu Begriffen wie Bestandsfähigkeit¹⁷²⁹ oder Bestandsgefährdung. Auf das Konzept der Bestandsfähigkeit wird aber vielfach etwa in § 1 Abs 1 StaRUG zur Krisenfrüherkennung (s zuvor Pkt 7.3.2.1) oder § 14 (Erklärung zur Bestandsfähigkeit) sowie auch in den Mat Bezug genommen.

Nach § 14 Abs 1 StaRUG¹⁷³⁰ ist dem Restrukturierungsplan eine begründete Erklärung zu den Aussichten darauf beizufügen, dass die drohende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners durch den Plan beseitigt und die Bestandsfähigkeit des Schuldners sicher- oder wiederhergestellt wird. Die Mat erwähnen die Bestandsfähigkeit schließlich im Kontext der Überschuldungsprüfung, wonach eine fehlende Bestandsfähigkeit Voraussetzung für eine negative Fortführungsprognose sei und daher bei Vorliegen einer Überschuldung als gegeben vorausgesetzt werden könne.¹⁷³¹

¹⁷²⁹ Im StaRUG wird der Begriff wiederum gleich wie in der RIRL mit einem Binnen-„s“ geschrieben.

¹⁷³⁰ Dessen Abs 1 dient nach den Mat insb auch der Umsetzung von Art 8 Abs 1 lit h S 1 RIRL (StaRUG-RegEntw 139).

¹⁷³¹ StaRUG-RegEntw 169.

Sieht man die Erklärung zur Bestandsfähigkeit nach § 14 Abs 1 StaRUG in Kontext mit dem vom Schuldner bei Anzeige des Restrukturierungsvorhabens zu beschreibenden Restrukturierungsziel (§ 31 Abs 2 Z 1 StaRUG), ist die Brücke zu den Geschäftsleiterpflichten geschlagen. Indem die Geschäftsleitung gem §§ 32 Abs 1 iVm 43 Abs 1 StaRUG im Rahmen der Sanierungsgeschäftsführung (s oben Pkt 7.2.2(a)) Maßnahmen zu unterlassen hat, die sich mit dem Restrukturierungsziel nicht vereinbaren lassen oder welche die Erfolgsaussichten der in Aussicht genommenen Restrukturierung gefährden, scheinen auch die Erfordernisse des Art 19 lit c RIRL erfüllt. Nachdem das StaRUG nur dann zur Verfügung steht, wenn die Bestandsfähigkeit sicher- oder wiederhergestellt wird (s zuvor zu § 14 Abs 1), ist dies automatisch auch Teil des von der Geschäftsleitung zu verfolgenden und zu schützenden Restrukturierungsziels. Dasselbe gilt für die drohende Zahlungsunfähigkeit, die nicht nur Eingangsvoraussetzung, sondern deren nachhaltige Beseitigung gem § 29 Abs 1 StaRUG ebenso ausdrückliches Verfahrensziel ist.

7.4.2.2. Kritik und Einschätzungen

Die Umsetzung des Art 19 lit c RIRL wurde in der dLit großteils schon im Vorfeld des StaRUG diskutiert. Die diesbezüglichen RL-Vorgaben wurden im Grundsatz als Selbstverständlichkeit bezeichnet¹⁷³² und von *Korch* mit dem Überbegriff „Bestanderhaltungsgebot“¹⁷³³ versehen. Dieser bezeichnete die Bestimmung als Öffnungsklausel, wonach bestandsgefährdende Risiken nur bei Vorliegen sachlicher Gründe eingegangen werden dürfen.¹⁷³⁴ Die Vorschrift umfasse insb jene Fälle, die der Diskussion zum *shift of fiduciary duties* zugrunde lägen, nämlich eine massive Ausweitung des unternehmerischen Risikos.¹⁷³⁵ Die dBJR bleibe auch beim in der Krise unvermeidbaren Eingehen existenzgefährdender Risiken anwendbar,¹⁷³⁶ jedoch müsse die von selbiger bezweckte Evidenzkontrolle bei wahrscheinlicher Insolvenz zum Verbot einer sachgrundlosen Bestandsgefährdung „erstarken“. ¹⁷³⁷ Bei Verfolgung sachfremder Interessen oder einer Risikoerhöhung bei grob fahrlässiger Unkenntnis von einem bestehenden Gefährdungspotential sei die Berufung auf die dBJR erfolglos.¹⁷³⁸

¹⁷³² *Goetker* in *Flöther* 273 (280); ähnlich *Smid*, ZInsO 2019, 2081 (2087); aA wohl *Demisch* in *Morgen*, Restrukturierung Art 19 Rz 61, der die Bestimmung mit einer Haftung für den Quotenschaden in Zusammenhang bringt und – aber ohne weitere Begründung – einen Anpassungsbedarf der Insolvenzeröffnungsgründe anspricht.

¹⁷³³ *Korch*, ZGR 2019, 1050 (1061); dieser weist dabei auch darauf hin, dass die etwas seltsam anmutende Formulierung des Gesetzeswortlauts als Ergebnis einer Kompromissuche in englischer Sprache zu verstehen sei.

¹⁷³⁴ *Korch*, ZGR 2019, 1050 (1061 f), mit Verweis auf die Selbstverständlichkeit, dass eine vorsätzliche Bestandsgefährdung ohne sachlichen Grund hingegen stets unzulässig sein solle.

¹⁷³⁵ *Korch*, ZGR 2019, 1050 (1062) mit Verweis auf ErwGr 71 RIRL, nach welchem es aber keine Hinweise darauf gebe, dass die Sorgfaltsanforderungen an Geschäftsleiter allgemein verschärft werden sollten.

¹⁷³⁶ *Korch*, ZGR 2019, 1050 (1064 mwN)

¹⁷³⁷ *Korch*, ZGR 2019, 1050 (1065, 1080), nach welchem dies entweder durch eine gesetzgeberische Konkretisierung der Leitungspflichten oder hilfsweise mittels richtlinienkonformer Auslegung erreicht werden könne.

¹⁷³⁸ *Korch*, ZGR 2019, 1050 (1062, 1065) mit Verweis auf *Seibt*, ZIP 2013, 1597 (1599) (regelmäßig Ermessensüberschreitung, wenn Geschäftsleiter Risiko erhöht, dass Sanierungskonzept scheitert).

Scholz diskutiert ein mögliches Umsetzungsdefizit in Bezug auf Art 19 lit c RIRL infolge der Streichung der §§ 2, 3 StaRUG-RegEntw. Das deutsche Recht kenne dadurch auch nach Inkrafttreten des SanInsFoG eine der Anteilseignerdisposition entzogene Insolvenzverursachungshaftung nur unter besonderen Voraussetzungen wie einer Existenzvernichtungshaftung. Ein Spekulieren auf Kosten der Gläubiger werde hingegen nicht erfasst, was insb bei der im GmbH-Recht mit Billigung der Gesellschafter möglichen Haftungsfreiheit problematisch sein könne.¹⁷³⁹ Mit Verweis auf das Trilogverfahren, in welchem Art 18 lit d des Kommissionsvorschlags mehrfach umformuliert und abgeschwächt wurde (s dazu oben Pkt C 7.4.4 sowie **Annex 4**), spricht er von Auslegungsschwierigkeiten, die vom EuGH zu entscheiden seien.¹⁷⁴⁰ Die erheblichen Unsicherheiten über die Auslegung von Art 19 lit c RIRL bringe aufgrund des im GmbH-Recht möglichen Spekulierens auf Kosten der Gläubiger im Einverständnis mit den Gesellschaftern zumindest einen „Vorbehalt eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art 267 AEUV.“¹⁷⁴¹ Ein Umsetzungsdefizit könnte durch eine richtlinienkonforme Auslegung und eine analoge Anwendung des § 93 Abs 5 S 3 dAktG zum für dAG geregelten Gläubigervorbehalt erfolgen.¹⁷⁴²

Schließlich wurde iZm der RIRL noch die Unklarheit des Begriffs der Bestandsfähigkeit als problematisch bezeichnet¹⁷⁴³ und stattdessen etwa ein Abstellen auf die Rentabilität des Unternehmens im Sinne einer (branchen-)angemessenen Eigenkapitalquote,¹⁷⁴⁴ ein wie vom BGH verlangtes schlüssiges Sanierungskonzept¹⁷⁴⁵ oder eine wie im Schutzschirmverfahren gem § 270b Abs 1 dInsO verlangte Expertenbescheinigung¹⁷⁴⁶ angedacht.

7.4.3. Bewertung der österreichischen Umsetzung

7.4.3.1. Vorbemerkung

Im StaRUG befindet sich wie gezeigt keine explizite Umsetzung des Art 19 lit c RIRL. Die dLit setzt Art 19 lit c in das Verhältnis zur Pflicht zur Interessenberücksichtigung und das sich dort stellende Spannungsverhältnis zwischen den Interessen der Anteilsinhaber und der Gläubiger. Die diesbezüglich in der dLit diskutierten möglichen Umsetzungsdefizite im

¹⁷³⁹ Scholz, ZIP 2021, 219 (221) mit Verweis auf Korch, ZGR 2019, 1050 (1067); aA Thole, BB 2021, 1347 (1349) (Unionsrechtswidrigkeit „lässt sich kaum ernsthaft behaupten“).

¹⁷⁴⁰ Scholz, ZIP 2021, 219 (221) wonach sich die Frage stelle, ob man der in Art 19 RIRL generell verlangten „gebührenden Berücksichtigung“ oder der in lit c genannten „Notwendigkeit“ den Vorrang einräumen müsse, wobei einiges für die strengere Auslegungsvariante spreche, dies auch mit Verweis auf Korch, ZGR 2019, 1050 (1061 f) (ansonsten habe nämlich die „Notwendigkeit“ keinerlei Bedeutung).

¹⁷⁴¹ Scholz, ZIP 2021, 219 (222).

¹⁷⁴² Scholz, ZIP 2021, 219 (222), nach welchem alternativ auch eine analoge Anwendung des § 43 Abs 3 S 2, 3 dGmbHG mögliche wäre; ähnlich Korch, ZGR 2019, 1050 (1068 f); auch Kuntz, ZIP 2021, 597 (610) weist auf eine ansonsten bestehende „empfindliche Regelungslücke“ hin.

¹⁷⁴³ Backes/Blankenburg in Morgen, Restrukturierung Art 10 Rz 114 (mit Verweis auf Rz 38).

¹⁷⁴⁴ Backes/Blankenburg in Morgen, Restrukturierung Art 10 Rz 114 (mit Verweis auf Rz 38).

¹⁷⁴⁵ Knapp in Morgen, Restrukturierung Art 10 Rz 62 mit Verweis auf die dazugehörige BGH-Rsp (zB BGH IX ZR 22/15 ZIP 2018, 1794 = NZI 2018, 840 = EWIR 2018, 755 [Egerlandt]).

¹⁷⁴⁶ Siepmann in Morgen, Restrukturierung Art 4 Rz 37 ff; so auch Boss/Luttmann in Morgen, Restrukturierung Art 6 Rz 49; Knapp in Morgen, Restrukturierung Art 10 Rz 61 geht hingegen davon aus, dass die Vorgaben der RIRL zur Bestandsfähigkeit über die Anforderungen des § 270b Abs 1 dInsO hinausgehen würden.

Recht der dGmbH sind mE für das österr Recht nicht relevant, weil der Gläubigerschutz bei der öGmbH im Vergleich zur dGmbH deutlich weiter geht (s bereits den Hinweis oben in Pkt 7.2.3.2(c) zur Kapitalerhaltung, dasselbe gilt aber für den in Pkt B 2.4.2 für die öGmbH dargestellten Gläubigervorbehalt, der im öRecht sogar weiter geht als derjenige bei der öAG, in § 43 dGmbHG hingegen im Vergleich zur dAG beschränkt ist).

7.4.3.2. Bestandfähigkeit

Dem Begriff der Bestandfähigkeit kommt in der ReO erhebliche Bedeutung zu. Diese ist gem § 1 Abs 3 ReO von der Unternehmensleitung sicherzustellen. Die Sicherstellung ist dabei neben der Abwendung der Zahlungsunfähigkeit gem § 1 Abs 1 ReO *das* Ziel eines Restrukturierungsverfahrens. Wenn der Schuldner nicht bereits bei Verfahrenseinleitung einen Restrukturierungsplan inkl (bedingter und) die Gewährleistung der Bestandfähigkeit bestätigender Fortbestehensprognose (§ 27 Abs 2 Z 8 ReO) vorlegt, ist gemeinsam mit dem Restrukturierungskonzept gem § 7 Abs 2 ReO auch darzulegen, dass mit selbigem die Bestandfähigkeit des Unternehmens erreicht werden kann. Wird die Bestandfähigkeit durch den Restrukturierungsplan *nicht* gewährleistet, hat das Gericht dem Plan die Bestätigung zu versagen (§ 34 Abs 4 ReO) und das Verfahren generell einzustellen, wenn selbiges bereits früher offensichtlich ist (§ 41 Abs 2 Z 8 ReO). Dieser in der ReO gesetzte Schwerpunkt überrascht vor dem Hintergrund der RIRL nicht. Auch dort kommt dem Konzept der *viability* wie in Pkt C 7.4.4(a) gezeigt erhebliche Bedeutung zu. Bestandfähige Unternehmen sollen so früh und rasch wie möglich restrukturiert werden können, nicht bestandfähige Unternehmen ohne Überlebenschance hingegen so früh wie möglich abgewickelt werden (so ausdrücklich ErwGr 3 RIRL).

Insb aufgrund der Relevanz des Begriffs ist es bedauerlich, dass er in der ReO nicht (klarer) definiert wird. Der Verweis auf den insolvenzrechtlichen Begriff der „Lebensfähigkeit“ scheint insofern konsequent, weil die ReO als Grundhypothese scheinbar davon ausgeht, dass Schuldner im Verfahren idR insolvenzrechtlich überschuldet sein können und bleiben (s dazu ausf oben Pkt 6.2.3 u 6.3.5). Warum sonst muss zwingend jedem Restrukturierungsplan eine positive Fortbestehensprognose beigelegt werden? Indem man der Bestandfähigkeit explizit einen insolvenzrechtlichen „Anstrich“ gibt, rückt man das Verfahren automatisch nahe an die materielle Insolvenz und schränkt gleichzeitig den Anwendungsbereich des Begriffs deutlich ein. Gleichzeitig wirft man mit dem Begriff der „Lebensfähigkeit“ einen weiteren unbestimmten Rechtsbegriff in den ohnehin schon unübersichtlichen „Begriffsmix“ (s bereits ausf oben Pkt 6.3.1). Intuitiv könnte man die Bestandfähigkeit schließlich auch als „Gegenteil“ einer Bestandsgefährdung und der durch selbige definierten wahrscheinlichen Insolvenz ansehen (s schon oben Pkt 6.1.2). Durch

deren (im Rahmen der ReO) weite Bedeutung könnte die Bestandfähigkeit aber doch auch einen breiteren und „insolvenzferneren“ Anwendungsbereich bekommen.¹⁷⁴⁷

Eine weitere Analyse dieser Fragestellung obliegt anderen. Indem die Sicherstellung, Gewährleistung und daher auch (Wieder-)Herstellung der Bestandfähigkeit ausdrückliches Verfahrensziel der ReO ist,¹⁷⁴⁸ reicht mE aus Sicht der Geschäfts- bzw Unternehmensleitung in diesem Kontext die Klarstellung, dass selbige diese für eine Zielerreichung nach den verfahrensrechtlichen Vorgaben der ReO sicherstellen muss (s dazu noch in den folgenden Pkten). Nachdem § 1 Abs 3 ReO wie bereits mehrfach erwähnt aber nicht an das Restrukturierungsverfahren, sondern generell an die wahrscheinliche Insolvenz geknüpft ist, gilt dieses zu verfolgende Ziel auch außerhalb eines ReO-Verfahrens (der Weg dorthin ist dann aber nicht durch die verfahrensrechtlichen Vorgaben der ReO determiniert).

7.4.3.3. Konkretisierung gesellschaftsrechtlicher Sorgfaltspflichten

- (a) Auch schlichte Sorgfaltswidrigkeiten erfasst und Anwendbarkeit der BJR

Wie bereits angemerkt, schränkt der Wortlaut des Art 19 lit c RIRL die statuierten Pflichten auf vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten ein. Ein ähnlicher Verweis befindet sich auch in den Mat zur ReO.¹⁷⁴⁹ Indem in den Mat gleichzeitig aber auch klargestellt wird, dass pflichtwidriges (also fahrlässiges oder vorsätzliches) Verhalten, das die Bestandfähigkeit des Unternehmens gefährdet, nach allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regelungen (insb § 84 AktG u § 25 GmbHG) zu einer Haftung führen kann,¹⁷⁵⁰ ist klargestellt, dass auch weiterhin die gesellschaftsrechtlichen Grundprinzipien zur Sorgfaltspflicht gelten, wonach grds auch bereits schlichte Sorgfaltswidrigkeiten zu einer Haftung führen können (s bereits oben Pkt B 2.2.3).¹⁷⁵¹

Vorsätzliche oder grob fahrlässige, und daher *schwerwiegendere* Verstöße unterliegen überdies potentiell den in dieser Arbeit nicht näher behandelten strafrechtlichen Delikten (etwa Untreue nach § 153 StGB und Kridadelikte).

¹⁷⁴⁷ In diese Richtung uU auch *Wolff*, Stellungnahme des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages (Referent *Stephan Riel*), parlament.gv.at (15 f, Stand 6. 4. 2021), der im Begutachtungsverfahren etwa einen Verweis auf die URG-Kennzahlen empfahl. *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme der Universität Innsbruck, parlament.gv.at (13 f, Stand 6. 4. 2021) sprachen sich hingegen für eine Klarstellung aus, dass Bestandfähigkeit gegeben ist, „wenn der Schuldner nicht zahlungsunfähig ist und auch keine (solche) insolvenzrechtliche Überschuldung vorliegt, die durch den avisierten Restrukturierungsplan nicht beseitigt werden kann.“ Zielvorgabe des Verfahrens müsste nach diesen aber gar die langfristige Sicherstellung des Nichteintritts von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung sein, wofür diese einen Prognosezeitraum von ein bis drei Jahren vorschlugen.

¹⁷⁴⁸ *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme der Universität Innsbruck, parlament.gv.at (13, Stand 6. 4. 2021) bezeichneten sie im Begutachtungsverfahren als „Dreh- und Angelpunkt der ReO“.

¹⁷⁴⁹ ErläutRV 950 XXVII. GP 4.

¹⁷⁵⁰ ErläutRV 950 XXVII. GP 4.

¹⁷⁵¹ Siehe insb auch jüngst OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.4 aE (zum AR einer AG), nach welchem lt OGH für die Annahme, die BJR reduziere die Sorgfaltspflicht auf grobe Fahrlässigkeit, *kein* hinreichender Anhaltspunkt im Gesetz bestehe.

Darüber hinaus kann an dieser Stelle iW bereits auf das in den Pkten 7.2.3.2(a) u 7.3.3(a) Gesagte verwiesen werden. Die BJR gilt auch hier. Auch wenn dies im GmbHG und AktG nicht ausdrücklich vorgesehen ist, ist selbstverständlich auch die Sicherung der Bestandsfähigkeit des Unternehmens Teil der gesellschaftsrechtlichen Pflicht zur Förderung des Unternehmenswohls,¹⁷⁵² das vom OGH etwa als der Bestand und die dauerhafte Rentabilität des Unternehmens verstanden wird¹⁷⁵³ (s dazu bereits ausf oben Pkt B 2.2.5.2). Gleichzeitig ist aber zu betonen, dass auch bestandsgefährdende Risiken in einer auf Wettbewerb basierten Wirtschaft dazugehören und im Einzelfall auch unausweichlich sein können. Auch für diese gilt grds die BJR (s dazu bereits oben Pkt B 2.2.6.3 und die dort dargestellte Diskussion).¹⁷⁵⁴

(b) Sicherstellung und Gewährleistung inkludiert auch Wiederherstellung

Insb bei bereits insolvenzrechtlich überschuldeten Unternehmen kann zum Zeitpunkt der Einleitung bzw Umsetzung eines Restrukturierungsverfahrens die Bestandsfähigkeit nicht nur (vorübergehend) gefährdet, sondern ebenso (vorübergehend) weggefallen sein. Gerade die Wiederherstellung der Bestandsfähigkeit potentiell bestandfähiger Unternehmen ist auch Hauptzweck der RIRL.¹⁷⁵⁵ Diesfalls ist die Geschäftsleitung selbstverständlich genauso dazu verpflichtet, Schritte zur Wiederherstellung selbiger zu setzen. IdS ist auch diese Pflicht gleich wie die Pflicht zur Insolvenzabwendung als „Dauerpflicht“ zu verstehen (s bereits oben Pkt 7.3.3(c)).

(c) Einzelne Schritte

Die ReO-Mat übernehmen wortgleich den in ErwGr 71 RIRL enthaltenen Handlungsleitfaden.¹⁷⁵⁶ Dass die dortigen Wertungen bereits im bestehenden österr Recht angelegt sind, soll auch hier eine jeweilige Gegenüberstellung mit den in Pkt B analysierten Regelungen bestätigen.¹⁷⁵⁷

- *Bei wahrscheinlicher Insolvenz¹⁷⁵⁸ kommt es auch darauf an, die berechtigten Interessen der Gläubiger vor Managemententscheidungen zu schützen, die sich*

¹⁷⁵² So auch Wabl/Gassner in Konecny (in Druck).

¹⁷⁵³ OGH 22. 5. 2003, 8 Ob 262/02s (zum AR einer Bank-AG); ähnlich OGH 1 Ob 144/01k, *Intercontinentale*, RdW 2002, 342 (zum AR einer GmbH) („Gewinn- und Bestandinteresse“).

¹⁷⁵⁴ So auch Wabl/Gassner in Konecny (in Druck), sowie die stRsp zu „gewagten Geschäften“ RIS-Justiz RS0049458, jüngst OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b Pkt 1.4 (zum AR einer AG).

¹⁷⁵⁵ Siehe auch ErläutRV 950 XXVII. GP 1 mit Verweis auf die RIRL. Der Hinweis auf ders S der ErläutRV „Trotz Bestandsgefährdung muss Bestandsfähigkeit gegeben sein“ ist daher mE so zu verstehen, dass zumindest potentielle Bestandsfähigkeit bestehen und selbige daher zumindest durch den Restrukturierungsplan wiederherstellbar sein muss. (Dafür spricht etwa auch S 6 der ErläutRV, wonach bei Annahme des Restrukturierungsplans Bestandsfähigkeit *erlangt* werden muss).

¹⁷⁵⁶ ErläutRV 950 XXVII. GP 4.

¹⁷⁵⁷ Siehe für eine vergleichbare Gegenüberstellung auch Wabl/Gassner in Konecny (in Druck).

¹⁷⁵⁸ Die ErläutRV 950 XXVII. GP 4 sprechen hier gleich wie die RIRL von „Insolvenz droht“. Es ist davon auszugehen ist, dass der Begriff „ungefiltert“ von der RIRL übernommen wurde, wo mE aber „wahrscheinliche Insolvenz“ gemeint ist (s insb bereits die Pkte C 7.4.4 u 6.3).

auf die Zusammensetzung des Schuldnervermögens auswirken können, insbesondere wenn diese Entscheidungen eine weitere Wertminderung des Vermögens bewirken könnten, das für Restrukturierungsmaßnahmen oder für die Verteilung an die Gläubiger zur Verfügung steht.

Die „berechtigten“ Interessen der Gläubiger sind nicht nur bei wahrscheinlicher Insolvenz, sondern generell immer durch zwingende Gläubigerschutzvorschriften geschützt. Diese sind von der Geschäftsleitung im Rahmen der Legalitätspflicht gleich wie sonstige gesetzliche Vorgaben stets zu berücksichtigen. Ein darüber hinausgehender Gläubigerschutz wird von der RIRL mE nicht verlangt (diesbezüglich kann bereits auf die in Pkt 7.2.3.2(c) gemachten Ausführungen verwiesen werden).

- *Es ist daher notwendig, sicherzustellen, dass die Unternehmensleitung es unter diesen Umständen vermeidet, vorsätzliche oder grob fahrlässige Handlungen vorzunehmen, die auf Kosten der Interessenträger¹⁷⁵⁹ zu persönlichen Vorteilen führen, (...).*

Die Gewährung persönlicher Vorteile liegt idR nicht im Unternehmenswohl und ist daher grds bereits über die diesbezüglich geschuldeten Pflichten abgedeckt (s oben Pkt B 2.2.5.2). Lässt sich die Geschäftsleitung von persönlichen Vorteilen und daher sachfremden Interessen lenken, scheitert überdies die Berufung auf die BJR (s oben Pkt B 2.2.6.1(b)). Flankiert werden diese Vorgaben durch die organschaftliche Treuepflicht (s oben Pkt B 2.3 u 3.4), die im gegenständlichen Kontext nicht weiter im Detail behandelten Einschränkungen bei Insichgeschäften (§ 25 Abs 4 GmbHG, § 97 AktG) sowie die Beschränkungen der bereits mehrfach angesprochenen – und wie gezeigt anders als in Deutschland für GmbH und AG gleichermaßen gültigen – strengen Kapitalerhaltungsvorschriften (sollte die Geschäftsleitung gleichzeitig Anteile am Unternehmen halten). Auch in diesem Pkt sind die RL-Vorgaben daher erfüllt.

- *(...) und vermeidet, Transaktionen unter Marktwert zuzustimmen (...).*

Unter Marktwert liegende Transaktionen liegen grds nicht im Unternehmenswohl, wobei hier bereits auf das in Pkt 7.3.3(d) zur Vermeidung potentiell einer Insolvenzanfechtung unterliegenden Transaktionen verwiesen werden kann. Diese Bestimmung darf mE aber nicht so verstanden werden, dass solche Transaktionen *jedenfalls* zu unterlassen sind. Gerade im Krisen- und Insolvenzzusammenhang sind sog „fire sales“ alles andere als unüblich. Aufgrund des erhöhten Zeitdrucks und aufgrund der aus Sicht des schuldnereischen Unternehmens oft geschwächten Verhandlungsposition kommen Veräußerungen zu einem „Krisen- bzw Insolvenzdiscount“ (wo etwa Käufer

¹⁷⁵⁹ Die ErläutRV 950 XXVII. GP 4 sprechen hier gleich wie die RIRL von „Anteilsinhaber“, was ebenso „ungefiltert“ von ErwGr 71 RIRL übernommen wurde. Wie bereits in Pkt C 7.4.4 und **Annex 4** gezeigt, sind eigentlich Interessenträger gemeint.

versuchen, ein mit der Transaktion verbundenes Anfechtungsrisiko oder die fehlende Zeit für eine ausf *Due Diligence* einzupreisen) tatsächlich sogar regelmäßig vor. Solche Veräußerungen sind in vielen Fällen etwa zur Gewinnung von Liquidität unvermeidbar, können dann auch im Unternehmenswohl liegen und sind als Teil des Sanierungskonzepts mit den Gläubigern oft auch abgestimmt.

- (...) oder Maßnahmen zu treffen, die eine unfaire Bevorzugung eines oder mehrerer Interessenträger zur Folge haben.

Hier kann iW auf das in Pkt 7.2.3.2(c) Gesagte verwiesen werden, wonach das Verfolgen von Partikularinteressen idR nicht im Unternehmenswohl liegt.¹⁷⁶⁰ Ein Missbrauch des unternehmerischen Ermessens etwa durch einseitige Bevorzugung widerstreitender Interessen kann lt OGH sorgfaltswidrig sein.¹⁷⁶¹ Dies bedeutet aber *keine* automatische Vorverlegung der an die materielle Insolvenz geknüpften *par condicio creditorum* (s dazu oben Pkt B 6.1) auf den Zeitpunkt der wahrscheinlichen Insolvenz. Die tatsächliche und durch das Zahlungsverbot sowie das Insolvenzanfechtungsrecht flankierte *par condicio creditorum* gilt weiterhin erst bei materieller Insolvenz.¹⁷⁶² Davor und daher auch bei wahrscheinlicher (aber noch nicht materieller) Insolvenz ist eine Sorgfaltswidrigkeit nach den in Pkt 7.2.3.2(c) dargestellten Grundsätzen an gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen und dem Unternehmenswohl zu messen.

Im Restrukturierungsverfahren verdichtet sich der Gläubigerschutz aber und die Gläubigergleichbehandlung wird durch Vorgaben iZm der Klassenbildung (§ 29 ReO), des Kriteriums des Gläubigerinteresses (§ 35 ReO) oder des klassenübergreifenden Cramdowns (§ 36 ReO) indirekt gewährleistet (s dazu bereits oben Pkt 7.2.3.2(b) u 7.2.3.3).

7.4.3.4. Gesamteinschätzung

Die Pflicht zur Sicherung der Bestandfähigkeit ist eng mit der Pflicht zur Interessenberücksichtigung und der Insolvenzabwendung zu sehen. IZm der Bestandfähigkeit und deren *zentraler* Bedeutung als Verfahrensziel der ReO (s oben Pkt 7.4.3.2) zeigt sich mE aber am deutlichsten, worum es bei § 1 Abs 3 ReO insgesamt eigentlich geht.

Die Geschäfts- bzw Unternehmensleitung muss als Ausfluss (bzw in Konkretisierung) ihrer bereits bestehenden gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltspflichten

¹⁷⁶⁰ Dazu auch Wabl/Gassner in Konecny (in Druck).

¹⁷⁶¹ RIS-Justiz RS0049482.

¹⁷⁶² Der Umstand, dass § 30 IO selbige uU um bis zu 60 Tage vorverlegt, sei an dieser Stelle aber der Vollständigkeit halber erwähnt (s dazu König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 1.2. mwN).

- auf finanzielle Schwierigkeiten und eine wahrscheinliche Insolvenz durch Einleitung von Gegenmaßnahmen reagieren (Schritte zur Insolvenzabwendung gem Pkt 7.3), *um*
- die Lebensfähigkeit und daher den Fortbestand des Unternehmens zu gewährleisten (die in diesem Pkt behandelte Sicherung der Bestandfähigkeit);
- *dabei* hat sie die für das Erreichen dieser beiden (im *ureigensten* Unternehmenswohl liegenden) Ziele erforderlichen Interessen(träger) miteinzubeziehen und die Zielerreichung nicht durch das Verfolgen von Partikularinteressen oder in sonstiger Weise zu gefährden (angemessene Berücksichtigung der Gläubiger, Anteilsinhaber und sonstigen Interessenträger gem Pkt 7.2).

Innerhalb des Restrukturierungsverfahrens werden alle drei Aspekte durch entsprechende verfahrensrechtliche Vorgaben und Schutzvorkehrungen unterstützt. Indem § 1 Abs 3 ReO die diesbezüglichen Pflichten aber bereits an die wahrscheinliche Insolvenz knüpft, könnten die Pflichten etwa hinsichtlich der Auslegung der Begriffe „Insolvenz“ und „Bestandfähigkeit“ (indirekt daher hinsichtlich des „Restrukturierungsziels“) auch außerhalb eines Verfahrens in gewisser Hinsicht mit den verfahrensrechtlichen Vorgaben der ReO „aufgeladen“ werden. Die verfahrensrechtlichen (Gläubiger-)Schutzvorkehrungen erhalten aber mE außerhalb eines ReO-Verfahrens keine „Allgemeingültigkeit“, weil hier ja gerade diejenigen Eingriffe in (Gläubiger-)Rechte, die von der ReO ermöglicht werden, *nicht* zur Verfügung stehen.

Was aber sowohl außerhalb als auch innerhalb eines Restrukturierungsverfahrens gilt ist, dass die Geschäftsleitung bei der Einleitung von Gegenmaßnahmen eine aussichtsreiche Sanierungs- bzw Restrukturierungsrouten festlegen muss, die ex ante zur Abwendung der Insolvenz und zur Sicherstellung der Bestandfähigkeit geeignet ist. Bei der Umsetzung dieser Route ist alles (inkl „Seitenschwenker“) zu unterlassen, was selbiger widerspricht oder die Erreichung des Restrukturierungs- bzw Sanierungsziels gefährdet. Vom Gedanken entspricht dies daher auch dem im Rahmen der Sanierungsgeschäftsführung nach dem StaRUG zu verfolgenden Restrukturierungsziel (s zuvor Pkt 7.4.2.1). Gemessen wird dies nach österr Recht aber nicht an einem wie im StaRUG bei Rechtshängigkeit vorgesehenen *shift of fiduciary duties* (s oben Pkt 7.2.2(a)), sondern – mE erfreulicher Weise – an den wohletablierten gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltspflichten, der Legalitätspflicht und der BJR.

Die von der RIRL vorgesehene Einschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ist dabei wie gesagt nicht so zu verstehen, dass leicht fahrlässige Verstöße generell zulässig sind (s bereits oben Pkt 7.4.3.3(a)). Wie bereits in Pkt C 7.4.4(b) zur RIRL ausgeführt, ist dies vielmehr im Kontext mit dem von der RIRL intendierten *safe harbour* zu sehen, der aber selbstverständlich *nicht* zur Verfügung stehen soll, wenn die Unternehmensleitung durch eigennütziges Handeln oder in sonstiger Weise grob fahrlässig oder vorsätzlich den Erfolg einer aussichtsreichen Restrukturierung gefährdet. Hier schließt sich daher wiederum der Kreis zur BJR und zu den schon in Pkt 7.2.3.2(c) gemachten Ausführungen.

Auch in diesem Pkt wäre schließlich wünschenswert gewesen, dass der ReO-Gesetzgeber bei Übernahme des ErwGr 71 RIRL die teils nicht wirklich zur österr Rechtssprache passenden Formulierungen (wie etwa „unfaire Bevorzugung“) in das österr Recht „übersetzt“ hätte (s dazu bereits oben Pkt 7.3.3.4 zur Insolvenzabwendung).¹⁷⁶³

7.5. Verhältnis zum URG

Wie bereits in Pkt B 4.3.2.2 dargestellt, wurde die Haftungsbestimmung des § 22 URG in der Vergangenheit vielfach kritisiert und teils auch als verfassungswidrig bezeichnet. Anders als die Pflichten des § 1 Abs 3 RIRL lässt sich § 22 URG gerade *nicht* in das bestehende gesellschaftsrechtliche Regime einordnen. Dieses wird durch § 22 URG gerade *nicht* konkretisiert. Die Bestimmung ist wie insb in Pkt B 5 dargestellt vielmehr ein Fremdkörper, welcher den auch von der RIRL intendierten *safe harbour* der Geschäftsleitung aufgrund von Beweislasterschwerungen beschränkt, und welcher aufgrund der in Pkt B dargestellten empirischen Studie (s insb Pkt 9.4.1(d)) auch keinen praktischen Nutzen zu haben scheint. Die Entscheidung, § 22 URG beizubehalten, ist mE daher nur schwer nachzuvollziehen. Selbiger hätte entweder isoliert, oder – wie im Begutachtungsverfahren auch gefordert (s dazu oben Pkt 3) – gemeinsam mit dem URG aufgehoben werden sollen.¹⁷⁶⁴

Nachdem § 22 URG vorerst bestehen bleibt, ist es zumindest zu begrüßen, dass § 25 Abs 2 ReO das Verhältnis der beiden Gesetze adressiert. Die Haftung nach § 22 Abs 1 URG entfällt demnach, wenn Mitglieder des vertretungsbefugten Organs unverzüglich nach Erhalt des Berichts des Abschlussprüfers über das Vorliegen der Voraussetzungen für die Vermutung eines Reorganisationsbedarfs (§ 22 Abs 1 Z 1 URG) die Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens beantragt und das Restrukturierungsverfahren gehörig fortgesetzt haben. Mit dieser Regelung soll nach den Mat die Möglichkeit eröffnet werden, *statt* eines Reorganisationsverfahrens ein Restrukturierungsverfahren wählen zu können.¹⁷⁶⁵ Mit Blick auf die OGH-Rsp, wonach im Einzelfall genauso alternative Sanierungsmaßnahmen zulässig (bzw sogar geboten sein) und zu einem Haftungsentfall nach § 27 URG führen können¹⁷⁶⁶ (s dazu auch ausf oben Pkt B 4.5), ist diese Aussage eine Selbstverständlichkeit und die zitierte OGH-Rsp gilt auch weiterhin.¹⁷⁶⁷ Aus Sicht der Geschäftsleitung ist die Klarstellung dennoch zu begrüßen. Die Beweislast liegt aber wohl analog zu §§ 26, 27 URG (s dazu oben Pkt B 4.4 u 4.5) auch weiterhin beim betroffenen Mitglied des vertretungsbefugten Organs.

Anders als die Positionierung in § 25 ReO vermuten lässt, ist dieser Haftungsentfall (anders als jener iZm dem Zahlungsverbot, s dazu noch unten Pkt 8.1.2) nicht an die Vollstreckungssperre geknüpft. Nachdem § 25 Abs 2 ReO tatsächlich *vor* Einleitung eines

¹⁷⁶³ Dazu auch Wabl/Gassner in Konecny (in Druck).

¹⁷⁶⁴ Für eine Aufhebung des URG und insb dessen § 22 aus Anlass der ReO etwa auch Arnold, GesRZ 2021, 113 (114); dazu auch Wabl/Gassner in Konecny (in Druck).

¹⁷⁶⁵ ErläutRV 950 XXVII. GP 15.

¹⁷⁶⁶ OGH 6 Ob 269/05k GesRZ 2006, 92 (zur GmbH).

¹⁷⁶⁷ So auch Wabl/Gassner in Konecny (in Druck).

Restrukturierungsverfahrens anknüpft, hätte er besser zu den Pflichten bei wahrscheinlicher Insolvenz gepasst.¹⁷⁶⁸

Schließlich ist zu betonen, dass die etwas unglückliche Anknüpfung der „vermuteten wahrscheinlichen Insolvenz“ an die URG-Kennzahlen (s dazu bereits oben Pkt 6.3.4) keinesfalls zu einer Erweiterung oder Verschärfung der Haftung nach § 22 URG führt. Diese Vermutung hat ausschl Auswirkungen auf die in § 1 Abs 3 ReO konkretisierten gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltspflichten und die demnach ohnehin schon gesellschaftsrechtlich bestehende Verpflichtung der Geschäftsleitung, auf das Vorliegen der Kennzahlen zu reagieren und möglichen Sanierungsbedarf zu prüfen (s oben Pkt B 3.2). Mit der Haftungsbestimmung des § 22 URG hat dies nichts zu tun, selbige gilt auch weiterhin ausschl nach den dort festgeschriebenen Bedingungen und nur für Organe prüfpflichtiger juristischer Personen.

8. Ruhen der Insolvenzantragspflicht

8.1. RIRUG

8.1.1. Ruhen der Insolvenzantragspflicht

Nach § 24 Abs 1 ReO *ruht* die Verpflichtung des Schuldners, die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens wegen Überschuldung zu beantragen, während einer Vollstreckungssperre. Gem Abs 2 ist gleichzeitig über einen auf Überschuldung gestützten Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nicht zu entscheiden. Infolge eines auf Zahlungsunfähigkeit gestützten (idR wohl Gläubiger-)Antrags ist gem Abs 3 ebenso kein Insolvenzverfahren zu eröffnen, wenn die Eröffnung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nicht im allgemeinen Interesse der Gläubiger ist, worüber das Restrukturierungsgericht zu entscheiden hat.

Nach den Mat sollen mit diesen Bestimmungen Art 7 Abs 1 bis 3 RIRL umgesetzt werden. Die Vollstreckungssperre soll auch eine Insolvenzsperre bewirken.¹⁷⁶⁹ Letztere gilt unabhängig davon, *wann* – also ob vor oder nach Einleitung des Restrukturierungsverfahrens oder Bewilligung der Vollstreckungssperre – die Überschuldung eingetreten ist.¹⁷⁷⁰ Ebenso kommt es *nicht* darauf an, ob die Sperre gegenüber einzelnen oder allen Gläubigern gewährt wurde.¹⁷⁷¹

¹⁷⁶⁸ So auch Wabl/Gassner in Konecny (in Druck).

¹⁷⁶⁹ ErläutRV 950 XXVII. GP 14; ErläutME 96 XXVII. GP 11.

¹⁷⁷⁰ ErläutRV 950 XXVII. GP 14. Diese Klarstellung wurde erst mit dem RegEntw ergänzt.

¹⁷⁷¹ ErläutRV 950 XXVII. GP 14. Dies entspricht auch den Vorgaben des ErwGr 38 RIRL. Krit dazu Wolff, Stellungnahme des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages (Referent *Stephan Riel*), parlament.gv.at (9, Stand 6. 4. 2021), wonach aufgrund des Zugangs auch für materiell insolvente (überschuldete) Unternehmen die Vollstreckungssperre „in Wahrheit gar nicht vom Schutz gegen Exekutionen, sondern vom „Schutz“ vor der Insolvenzantragspflicht“ handle, weswegen auch klarer gesagt werden sollte, worum es wirklich geht, nämlich um einen „Schutz“ vor der Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung.

8.1.2. Ausschluss der Haftung iZm dem Zahlungsverbot

Nach § 25 Abs 1 ReO entfällt während der Vollstreckungssperre (bzw nach § 21a Abs 1 ReO-MEntw noch während „die Insolvenzantragspflicht ruht“) auch die an die Überschuldung anknüpfende Haftung gem § 84 Abs 3 Z 6 AktG und § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG.

Nach den Mat solle bei einem Ruhen der Insolvenzantragspflicht mangels Pflichtverletzung auch keine Haftung vorliegen. Es können daher solche Zahlungen weiterhin geleistet werden, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind, was auch nach Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens die Unternehmensfortführung möglich mache.¹⁷⁷² In diesem Rahmen seien – wie auch derzeit bei einer außergerichtlichen Restrukturierung innerhalb der Sanierungsfrist – zumindest jene neuen Geschäfte zulässig, die zur Unternehmensfortführung notwendig sind. Eine Gläubigerbevorzugung ist aber dennoch unzulässig.¹⁷⁷³ Zum Beurteilungsspielraum des Geschäftsführers könne auf die bestehende Jud zurückgegriffen werden.¹⁷⁷⁴

Ausgenommen vom Haftungsausschluss ist gem § 25 Abs 2 S 2 ReO aber eine Haftung für Zahlungen an betroffene Gläubiger sowie von Forderungen, für die eine Vollstreckungssperre gilt. Dieser Satz wurde erst mit dem RegEntw eingefügt, weil Zahlungen an vom Restrukturierungsplan betroffene Gläubiger zur Verletzung der Gläubigergleichbehandlung führen würden.¹⁷⁷⁵ Eine Vollstreckungssperre solle auch durch freiwillige Zahlungen nicht „ausgehebelt“ werden können, weswegen auch insoweit keine Haftungsbefreiung erfolge. Zahlungen an solche Gläubiger, die ihre Ansprüche zwangsweise durchsetzen könnten, sollen aber möglich sein, da ansonsten dem Schuldner nur ein zusätzlicher Schaden in Höhe der angelaufenen Prozess- und Exekutionskosten entstehen würde.¹⁷⁷⁶

¹⁷⁷² ErläutRV 950 XXVII. GP 14; ErläutME 96 XXVII. GP 11.

¹⁷⁷³ ErläutRV 950 XXVII. GP 14; ErläutME 96 XXVII. GP 11.

¹⁷⁷⁴ ErläutRV 950 XXVII. GP 14; ErläutME 96 XXVII. GP 11.

¹⁷⁷⁵ ErläutRV 950 XXVII. GP 15 mit Hinweis darauf, dass dem folgend die Befriedigung einzelner Gläubiger gem § 9 Abs 2 Z 5 ReO auch einen Grund für die Bestellung eines Restrukturierungsbeauftragten bildet. Eine solche oder ähnliche Klarstellung wurde im Begutachtungsverfahren etwa von *Wolff*, Stellungnahme des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages (Referent *Stephan Riel*), parlament.gv.at (11, Stand 6. 4. 2021) sowie *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme der Universität Innsbruck, parlament.gv.at (53, Stand 6. 4. 2021) vorgeschlagen.

¹⁷⁷⁶ ErläutRV 950 XXVII. GP 15. Wenn dies vom Plan betroffene Gläubiger sind, wird (und muss) sich der Schuldner wohl idR über eine Vollstreckungssperre vor einer zwangsweisen Durchsetzung betroffener Forderungen schützen.

8.2. SanInsFoG

8.2.1. Insolvenzanzeigepflicht (§ 42 StaRUG)

8.2.1.1. Regelung

Wie bereits in Pkt C 7.5 dargestellt, erfordert Art 7 Abs 1 RIRL von den MS ein Ruhen der Insolvenzantragspflicht *während* einer genehmigten Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen. Art 7 Abs 3 ermöglicht aber eine Ausnahme für den Fall der Zahlungsunfähigkeit. Über diese Vorgaben geht der deutsche Gesetzgeber zweifach hinaus, indem einerseits nach § 42 StaRUG (Anzeige von Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung; Strafvorschrift) während der *gesamten* Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache die Antragspflicht ruht, und dies andererseits bei Zahlungsunfähigkeit *und* Überschuldung gilt (Abs 1 S 1).¹⁷⁷⁷ Nach den Mat sollte damit für Rechtsklarheit gesorgt und insb dem adversen Anreiz entgegengewirkt werden, dass der Schuldner allein aus diesem Grund auf den Erlass einer Stabilisierungsanordnung hinwirkt.¹⁷⁷⁸

Die Antragspflichtigen sind jedoch angehalten, dem Restrukturierungsgericht den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder einer Überschuldung ohne schuldhaftes Zögern *anzuzeigen* (§ 42 Abs 1 S 2 StaRUG). Korrespondierend dazu sieht § 32 Abs 3 StaRUG eine Verpflichtung des Schuldners vor, eine solche Anzeige an das Restrukturierungsgericht *unverzüglich* zu tätigen.¹⁷⁷⁹ Der StaRUG-Gesetzgeber war sich dabei bewusst, dass die RIRL keine solche Anzeigepflicht vorsieht, betonte aber, dass selbige eine solche auch nicht ausschließe.¹⁷⁸⁰ In § 42 Abs 3 StaRUG befindet sich eine Strafbestimmung, die zur insolvenzrechtlichen Strafbestimmung des § 15a Abs 4 dInsO gespiegelt wurde. Gem § 42 Abs 4 StaRUG leben die gesetzlichen Insolvenzantragspflichten wieder auf, wenn die Anzeige der Restrukturierungssache nach § 31 Abs 4 StaRUG ihre Wirkung verliert.

Infolge einer solchen Anzeige ist gem § 33 Abs 2 Z 1 StaRUG die Restrukturierungssache vom Gericht aufzuheben, es sei denn (i) die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens würde mit Blick auf den erreichten Stand in der Restrukturierungssache offensichtlich nicht im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger liegen oder (ii) die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung resultiert aus der Kündigung oder sonstigen Fälligstellung einer Forderung, die nach dem angezeigten Restrukturierungskonzept einer Gestaltung durch den Plan

¹⁷⁷⁷ Verwiesen wird hier nicht nur auf die in § 15a Abs 1 bis 3 dInsO, sondern auch die in § 42 Abs 2 dBGB für Vereine vorgesehene Antragspflicht.

¹⁷⁷⁸ StaRUG-RegEntw 169.

¹⁷⁷⁹ Gem § 42 Abs 2 gilt die Stellung eines dem § 15a dInsO genügenden Insolvenzantrags als rechtzeitige Erfüllung dieser Anzeigepflicht.

¹⁷⁸⁰ StaRUG-RegEntw 169, wonach die Anzeigepflicht der Herstellung der Transparenz diene und nicht geeignet sei, den Zweck des präventiven Rahmens zu beeinträchtigen.

unterworfen werden soll, sofern die Erreichung des Restrukturierungsziels überwiegend wahrscheinlich ist.¹⁷⁸¹

Um das Spannungsverhältnis zum auch im deutschen Recht vorgesehenen Zahlungsverbot etwas zu lockern, gilt gem § 89 Abs 3 StaRUG im Falle einer pflichtgemäßen Anzeige der Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung bis zur Aufhebung der Restrukturierungssache jede Zahlung im ordnungsgemäßen Geschäftsgang als mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar.¹⁷⁸² Dies gilt aber gem § 89 Abs 3 S 2 *nicht* für Zahlungen, die bis zu der absehbar zu erwartenden Entscheidung des Restrukturierungsgerichts zurückgehalten werden können, ohne dass damit Nachteile für eine Fortsetzung des Restrukturierungsvorhabens verbunden sind. Nach den Mat soll durch diese Regelung sichergestellt werden, dass Geschäftsleiter in den seltenen Fällen, in denen die Insolvenzureife anzeigt, aber das Gericht die Restrukturierungssache nicht aufhebt, für Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang nicht der Haftung wegen Verstoßes gegen Zahlungsverbote unterliegen.¹⁷⁸³ Schon aufgrund des Gesetzeswortlauts gilt die Privilegierung daher nicht, wenn pflichtwidrig keine Anzeige durch die Geschäftsleitung erfolgt.¹⁷⁸⁴

8.2.1.2. Einschätzungen in der dLit

Die dLit bezeichnet § 42 StaRUG als „Anzeigerverschleppungshaftung“,¹⁷⁸⁵ durch welche klargestellt sei, dass die Geschäftsleitung auch während eines Ruhens der Insolvenzantragspflicht dauerhaft den Eintritt eines zwingenden Insolvenzgrundes genau zu überwachen habe.¹⁷⁸⁶ Gleich wie die Insolvenzantragspflicht wird auch die Insolvenzanzeigespflicht als Schutzgesetz iSv § 823 Abs 2 dBGB qualifiziert.¹⁷⁸⁷

¹⁷⁸¹ Lt StaRUG-RegEntw 169 sei auch die Entscheidung des Gerichts über eine Fortführung der Restrukturierungssache oder Beendigung im Interesse der Gläubiger von der RIRL gedeckt, weil Art 7 Abs 3 RIRL das ausdrücklich für die Zahlungsunfähigkeit vorsehe und Art 4 Abs 3 RIRL (im StaRUG-RegEntw irrtümlich zitiert als Art 4 Abs 2) eine Bestandsfähigkeitsprüfung ermögliche, die einer positiven Fortführungsprognose bei der Überschuldung entspreche (eine negative Fortführungsprognose habe idR die fehlende Akzeptanz des Vorhabens bei den betroffenen Gläubiger als Ursprung, was nach Art 6 Abs 9 lit a RIRL ebenso die Beendigung einer Aussetzung rechtfertige).

¹⁷⁸² Dies gilt nach dem Gesetzestext insb für Zahlungen, die für die Fortführung der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit und die Vorbereitung und Umsetzung des angezeigten Restrukturierungsvorhabens erforderlich sind.

¹⁷⁸³ StaRUG-RegEntw 213 f.

¹⁷⁸⁴ Desch, BB 2020, 2498 (2501).

¹⁷⁸⁵ Brinkmann, ZIP 2020, 2361 (2368); Brückmans, ZInsO 2021, 1 (10) mit Verweis auf Thole, ZIP 2020, 1985 (1991).

¹⁷⁸⁶ Desch, BB 2020, 2498 (2501); Kranzfelder/Ressmann, ZInsO 2021, 191 (193).

¹⁷⁸⁷ Brinkmann, ZIP 2020, 2361 (2368); Brückmans, ZInsO 2021, 1 (10) mit Verweis auf Thole, ZIP 2020, 1985 (1991); Kranzfelder/Ressmann, ZInsO 2021, 191 (193 f) (Schutzgesetz sowohl gegenüber Alt- als auch Neugläubigern, jedoch mit dem Hinweis auf Widersprüche zur Innenhaftung nach § 43 StaRUG); Bitter, ZIP 2021, 321 (333) („identische Rechtsfolgen“ bei Sonerform der „Anzeigerverschleppung“).

Die Anzeige hat ohne schuldhaftes Zögern zu erfolgen, jedoch ist keine Maximalfrist vorgesehen.¹⁷⁸⁸

Im Falle einer Aufhebung oder sonstigen Beendigung der Restrukturierungssache sollen nach der dLit Insolvenzantragspflichten *sofort* wieder aufleben bzw eintreten und keine Insolvenzantragsfrist mehr zur Verfügung stehen.¹⁷⁸⁹

Auch wenn die Insolvenzanzeigespflicht zwar nach dem Wortlaut nur bei Insolvenzeintritt *während* Rechtshängigkeit gelte, müsse diese aber erst Recht gelten, wenn der Schuldner schon bei Anzeige der Restrukturierungssache überschuldet oder zahlungsunfähig war.¹⁷⁹⁰ Ebenso habe das Ruhen der Insolvenzantragspflicht nur eine Wirkung *ex nunc*, weswegen eine bereits davor verwirklichte Insolvenzverschleppung dadurch nicht nachträglich geheilt werden könne.¹⁷⁹¹

Auch im Vorfeld des StaRUG wurde das in der RIRL vorgesehene Ruhen der Insolvenzantragspflicht im Grundsatz als sachgerecht,¹⁷⁹² jedoch insb aufgrund einer befürchteten Aufweichung der *par condicio creditorum* krit angesehen.¹⁷⁹³ Aufgrund der Relevanz einer zeitnahen Entscheidung des Gerichts über die Beibehaltung oder Aufhebung eines Moratoriums sprach sich *Janjuah* für eine Anzeigepflicht des Schuldners bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit gegenüber dem zuständigen Gericht aus.¹⁷⁹⁴ Diese Gedanken haben womöglich zur nun im StaRUG vorgesehenen Regelung beigetragen.

Gleichzeitig wurde schon im Vorfeld des StaRUG auch das Spannungsverhältnis zum Zahlungsverbot angesprochen und ein (auch im Falle des Scheiterns der Restrukturierung sichergestellter) Haftungsausschluss empfohlen.¹⁷⁹⁵ Im Grundsatz wurde von einer Weitergeltung des Zahlungsverbots ausgegangen, weil die dort bereits bestehenden Exkulpationsmöglichkeiten *gerade* auch Konstellationen wie erfolgsversprechende Sanierungshandlungen vor Augen hätten.¹⁷⁹⁶

¹⁷⁸⁸ Im Gesetzgebungsverfahren wurde noch ersucht, aus Bestimmtheitsgründen entsprechend § 15a dInsO eine Höchstfrist für die Insolvenzanzeigespflicht zu prüfen; s Stellungnahme des Bundesrates zum SanInsFoG-RegEntw, bundesrat.de (9, Stand 27. 11. 2020).

¹⁷⁸⁹ Brückmans, ZInsO 2021, 1 (14) mit Verweis auf Thole, ZIP 2020, 1985 (1991); in diese Richtung auch schon Janjuah in Morgen, Restrukturierung Art 7 Rz 65 noch iZm der RIRL (bedarf wohl „einer besonderen Begründung“).

¹⁷⁹⁰ Brückmans, ZInsO 2021, 1 (9) mit Verweis auf Thole, ZIP 2020, 1985 (1991).

¹⁷⁹¹ Thole, ZIP 2020, 1985 (1991); diesem folgend Brückmans, ZInsO 2021, 1 (6) sowie Hirschberger/Herms in Wolgast/Grauer, StaRUG § 42 Rz 3 (Stand April 2021, starug.online).

¹⁷⁹² Thole, ZIP 2017, 101 (105 f).

¹⁷⁹³ Thole, ZIP 2017, 101 (105 f); Janjuah in Morgen, Restrukturierung Art 7 Rz 34 ff mwN, 49 f, 67.

¹⁷⁹⁴ Janjuah in Morgen, Restrukturierung Art 7 Rz 50.

¹⁷⁹⁵ Janjuah in Morgen, Restrukturierung Art 7 Rz 42, 69, nach welchem dies auch geboten sei, weil Art 19 lit b RIRL die geschäftsführenden Organe dazu anleite, Schritte zur Vermeidung einer Insolvenz einzuleiten; ähnlich wohl Demisch in Morgen, Restrukturierung Art 19 Rz 55 f.

¹⁷⁹⁶ Bork in Morgen, Restrukturierung Art 17 Rz 18 ff, 53 f in Bezug auf das im deutschen Anfechtungsrecht vorgesehene Sanierungsprivileg, der insb mit Blick auf das Bargeschäftsprivileg des § 142 dInsO keinen Umsetzungsbedarf in Deutschland sah.

8.2.2. Änderungen der dInsO¹⁷⁹⁷

8.2.2.1. Verlängerung der Insolvenzantragsfrist bei Überschuldung

Im SanInsFoG befinden sich auch über die Insolvenzanzeigepflicht hinausgehende Neuregelungen, die auch für Geschäftsleiter relevant sind.

Mit Art 5 Z 8 SanInsFoG wird § 15a Abs 1 dInsO derart geändert, dass für die Überschuldung zukünftig eine Insolvenzantragsfrist von höchstens *sechs* (statt bisher drei) Wochen gilt. Die Verlängerung soll es dem Schuldner ermöglichen, laufende Sanierungsbemühungen außergerichtlich noch zu einem erfolgreichen Abschluss zu bringen oder gegebenenfalls eine Sanierung im präventiven Restrukturierungsrahmen oder auf der Grundlage eines Eigenverwaltungsverfahrens ordentlich und gewissenhaft vorzubereiten.¹⁷⁹⁸ Bei der Zahlungsunfähigkeit bleibt es bei drei Wochen. In der dLit wurde diese Verlängerung teils krit betrachtet,¹⁷⁹⁹ jedoch teils auch zumindest im Grundsatz begrüßt.¹⁸⁰⁰

8.2.2.2. Neuregelung des Zahlungsverbots

Weiters wird mit Art 5 Z 9 SanInsFoG ein neuer § 15b dInsO (Zahlungen bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung) eingefügt, mit welchem das bisher in anderen Materiengesetzen enthaltene Zahlungsverbot neu und gebündelt geregelt wird.¹⁸⁰¹

Gem § 15b Abs 1 S 2 dInsO gilt das Zahlungsverbot *nicht* für Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind. Dies wird gem Abs 2 S 1 für Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, und insb solche Zahlungen, die der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs dienen, vermutet.¹⁸⁰² § 15b Abs 1 S 2 dInsO präzisiert jedoch, dass dies im Rahmen des für eine rechtzeitige Antragstellung maßgeblichen Zeitraums *nur* gilt, solange die Antragspflichtigen Maßnahmen zur nachhaltigen Beseitigung der Insolvenzreife oder zur Vorbereitung eines Insolvenzantrags mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters betreiben.¹⁸⁰³ Gem § 15b Abs 3 dInsO sind umgekehrt Zahlungen *nach* Auslaufen der Antragsfrist idR *nicht* mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar. Abs 4 stellt schließlich klar, dass bei juristischen Personen die Antragspflichtigen selbiger zur Erstattung verpflichtet sind, jedoch beschränkt sich die Ersatzpflicht auf den Ausgleich des der Gläubigerschaft der juristischen Person entstandenen

¹⁷⁹⁷ Die Änderungen der dInsO hinsichtlich der drohenden Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung wurden bereits oben in Pkt 6.2 behandelt.

¹⁷⁹⁸ SanInsFoG-RegEntw 228.

¹⁷⁹⁹ Gehrlein, BB 2021, 66 (79, 81).

¹⁸⁰⁰ Bitter, ZIP 2021, 321 (324).

¹⁸⁰¹ Ausf dazu Bitter, ZIP 2021, 321; ebenso auch Brinkmann, ZIP 2020, 2361 (2366); Kranzfelder/Ressmann, ZInsO 2021, 191 (196) („dahin verlagert, wohin es thematisch gehört, nämlich zur Insolvenzantragspflicht“).

¹⁸⁰² Gehrlein, BB 2021, 66 (78) spricht trotz des Gesetzeswortlauts („vermutet“) gar von einer „Suspendierung“ der Haftung.

¹⁸⁰³ Schließlich gelten gem S 3 die zwischen Antragstellung und Verfahrenseröffnung mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters vorgenommenen Zahlungen als zulässig.

Schadens.¹⁸⁰⁴ In letzter Sekunde wurde in Abs 8 schließlich noch eine Regelung zu steuerrechtlichen Zahlungspflichten in der Phase zwischen Insolvenzreife und Verfahrenseröffnung getroffen.¹⁸⁰⁵

Nach der dLit stelle der neue § 15b dInsO eine bedeutsame Änderung dar, die nach teils heftiger Kritik des bisherigen Regimes sehr zu begrüßen sei¹⁸⁰⁶ und ein erhebliches Abweichen von der bislang strengen BGH-Rsp bedeute.¹⁸⁰⁷ Mit der Änderung nähert sich das deutsche Recht nach der dLit der Qualifizierung des Zahlungsverbots als Schadenersatznorm nach österr Recht (s dazu oben Pkt B 7) an.¹⁸⁰⁸

8.2.2.3. Exkurs: Verwaltergleiche Haftung der eigenverwaltenden Geschäftsleitung

Gem Art 5 Z 41 lit b SanInsFoG wird nun in § 276a Abs 2 und Abs 3 dInsO klargestellt, dass eigenverwaltende Geschäftsleiter im vorläufigen, gleich wie im eröffneten Insolvenzverfahren wie Insolvenzverwalter haften. Dadurch werde die haftungsrechtliche Lücke geschlossen, welche die geltende Fassung im Falle der Eigenverwaltung von haftungsbeschränkten Rechtsträgern gelassen habe.¹⁸⁰⁹ Die Klarstellung wurde in der dLit vor dem Hintergrund der diesbezüglichen Diskussion (s dazu bereits oben Pkt B 8.4) begrüßt.¹⁸¹⁰

¹⁸⁰⁴ Schließlich wird in Abs 4 noch klargestellt, dass die Ersatzpflicht nicht durch eine Weisung der Gesellschafter ausgeschlossen wird und auch ein Verzicht der, oder ein Vergleich mit der juristischen Person unwirksam ist. Gleich wie bei § 43 StaRUG gilt dies aber nicht, wenn der Erstattungs- oder Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung des Insolvenzverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht, wenn die Erstattungs- oder Ersatzpflicht in einem Insolvenzplan geregelt wird oder wenn ein Insolvenzverwalter für die juristische Person handelt.

¹⁸⁰⁵ Ausf zu den dahinterstehenden Beweggründen s den Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) vom 16. 12. 2020, BT-Drucksache 19/25353, 11 ff. Die Regelung dient demnach dazu, die Pflichtenkollision von Geschäftsführern im Zeitraum vom Eintritt der Insolvenzreife bis zur Verfahrenseröffnung aufzulösen. Demnach liegt nach Abs 8 S 1 keine Verletzung steuerrechtlicher Zahlungspflichten vor, wenn Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis in dieser Phase nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt werden. Entlastet werden sollen nach den Mat aber nur diejenigen Geschäftsleiter, die ihren Verpflichtungen aus § 15a dInsO nachkommen, daher entweder einen Insolvenzantrag stellen oder die Antragsfristen ausnutzen, um Maßnahmen zur nachhaltigen Beseitigung der Insolvenzreife oder zur Vorbereitung eines Insolvenzantrags mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu betreiben. Nach *Brüinkmans*, ZInsO 2021, 125 (130) sei dadurch die bisherige Kollision von Massesicherungspflicht und Steuerabführungspflicht iW zugunsten der Massesicherungspflicht aufgelöst worden; dazu auch *Schmittmann*, ZInsO 2021, 211.

¹⁸⁰⁶ *Brinkmann*, ZIP 2020, 2361 (2367) mwN zur bisherigen Kritik; *Gehrlein*, BB 2021, 66 (79) („erfreulicherweise“). *Bitter*, ZIP 2021, 321 (324) kritisiert den Verweis auf die „antragspflichtigen“ Mitglieder, weil dies implizieren könne, dass nicht mehr auf den Zeitpunkt der Insolvenzreife, sondern auf das Ende der Antragsfrist Bezug genommen werde.

¹⁸⁰⁷ *Kranzfelder/Ressmann*, ZInsO 2021, 191 (196); ähnlich *Bitter*, ZIP 2021, 321 (326).

¹⁸⁰⁸ *Bitter*, ZIP 2021, 321 (328) mit zust Verweis auf die in Pkt B 7 ebenso diskutierte OGH Rsp; zurückhaltend *Thole*, BB 2021, 1347 (1353).

¹⁸⁰⁹ SanInsFoG-RegEntw 248 mit Verweis auf die diesbezügliche Diskussion und BGH-Rsp.

¹⁸¹⁰ *Brüinkmans*, ZInsO 2021, 1 (20); *Brinkmann*, ZIP 2020, 2361 (2367 f); *Bitter*, ZIP 2021, 321 (335).

8.3. Bewertung der österreichischen Umsetzung

8.3.1. Vorbemerkung

Die beiden analysierten Rechtsordnungen sind hier in mehrfacher Hinsicht sehr unterschiedliche Wege gegangen. Während in der ReO die Vorgaben des Art 7 RIRL mehr oder weniger unverändert in das österr Recht übernommen wurden, hat der SanInsFoG-Gesetzgeber die RIRL-Vorgaben zum Anlass genommen, nicht nur das System der Insolvenzgründe (s dazu oben Pkt 6.2), sondern auch die an die materielle Insolvenz geknüpften Pflichten (Insolvenzantragspflicht und Zahlungsverbot) zu adaptieren und mit dem StaRUG zu verschränken. Wie im Folgenden gezeigt, erspart sich das StaRUG dadurch mE viele iZm der ReO aufkommende Inkonsistenzen und Herausforderungen.

8.3.2. Ruhen der Insolvenzantragspflicht

8.3.2.1. Hintergrund des Art 7 RIRL

Dass § 24 ReO die Insolvenzsperre an die Vollstreckungssperre knüpft, ist nicht überraschend, entspricht dies doch exakt dem, was Art 7 Abs 1 bis 3 RIRL den MS vorschreibt. Art 7 RIRL ist an die in Art 6 RIRL vorgesehene Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen geknüpft, die Schuldner *zur Unterstützung der Verhandlungen über einen Restrukturierungsplan* in Anspruch nehmen können (s dazu bereits ausf oben Pkt C 2.5). Der Umstand, dass die RIRL die in Art 7 vorgesehene Insolvenzsperre an die Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen knüpft, ist mE im Umkehrschluss so zu verstehen, dass selbige davon ausgeht, dass *ohne* Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen auch *keine* Insolvenzsperre nötig ist.

Auf den ersten Blick leuchtet dies auch ein. Warum sollte man eine Insolvenzsperre benötigen, wenn keine Gläubiger Druck ausüben und etwa durch Vollstreckungsmaßnahmen Anlass für eine Aussetzung nach Art 6 RIRL geben? Woran der RIRL-Gesetzgeber aber mE sehr wahrscheinlich *nicht* vordergründig gedacht hat ist, dass etwa in Ländern wie Österreich (aber auch Deutschland) Insolvenzgründe wie die Überschuldung bestehen, die Schuldner und deren Organe auch zur Insolvenzantragstellung verpflichten können, wenn (noch) *keine* Gläubiger Anlass dazu geben. Wie bereits dargestellt, überlässt die RIRL die Definition des Begriffs der Insolvenz gem Art 2 Abs 2 lit a ausdrücklich den MS. Aus den Mat zur RIRL ergibt sich weiters, dass die RIRL dabei neben der sog *cash flow insolvency* auch die sog *balance sheet insolvency* mitberücksichtigte und den MS hier ausdrücklich Flexibilität lassen wollte (s ausf oben Pkt C 7.3). Art 6 u 7 RIRL kann mE aber dennoch nur so verstanden werden, dass der RIRL-Gesetzgeber mit selbigen eine stabile Plattform zur Verhandlung und Umsetzung des Restrukturierungsvorhabens schaffen wollte, die Einzelvollstreckungsmaßnahmen, Insolvenzanträge (sowohl schuldner- als auch gläubigerseitig) oder auch die Beendigung zentraler Verträge (s ebenso oben Pkt C 2.5) vermeiden soll (so auch ErwGr 32 RIRL, wonach durch die Aussetzung „der Schuldner

während der Verhandlungen seinen Betrieb fortsetzen oder zumindest den Wert seines Vermögens erhalten [sollen] kann“).

Hätte der RIRL-Gesetzgeber gewusst, dass auch *ohne* Vorliegen der Voraussetzungen für eine Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen die Stabilität der Plattform durch dennoch bestehende Insolvenzantragspflichten gefährdet wäre, hätte er wohl entweder die Voraussetzungen geändert oder die Insolvenzsperre generell an den Restrukturierungsrahmen geknüpft. In den Erläut zum Kommissionsvorschlag wurde auch ausdrücklich festgehalten, dass „allfällige Insolvenzantragspflichten [...] für die Dauer eines formellen Restrukturierungsprozesses aufgehoben sein sollten, da ansonsten das erklärte Ziel gefährdet wäre“ (s dazu oben Pkt C 4.3.4.2(b)).¹⁸¹¹ Dass dies nicht erfolgt ist, könnte man durchaus kritisch anmerken (andere Maßnahmen wie etwa der Anfechtungsschutz nach Art 17, 18 RIRL gelten generell „im Zusammenhang mit der Restrukturierung“, und sind nicht an eine Aussetzung geknüpft). Aufgrund des modularen Ansatzes der RIRL (s bereits oben Pkt C 2.3), der gar keine formelle „Verfahrenseröffnung“ des Restrukturierungsrahmens vorsieht, ist die Anknüpfung an die gerichtlich gewährte Aussetzung umgekehrt aber wohl auch systemgerecht.

In der RIRL ist diese Beobachtung mE insofern (noch) nicht problematisch, weil die Voraussetzungen für die Gewährung einer Aussetzung nach Art 6 RIRL flexibel sind und daher etwa die Erlangung der in Art 7 RIRL vorgesehenen Folgen (neben der Insolvenzsperre etwa auch die Einschränkung von *ipso facto* Klauseln) auch möglich ist, wenn eine Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen ieS (also zur tatsächlichen Abwendung von Vollstreckungsmaßnahmen iSd Definition in Art 2 Abs 1 Z 4 RIRL) gar nicht erforderlich ist, weil es solche vl gar nicht gibt. Problematisch kann es mE werden, wenn die Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen in solchen Fällen nicht zur Verfügung steht oder verweigert werden kann. Zu einem solchen Ergebnis könnte die in Art 6 Abs 1 S 2 RIRL vorgesehene Umsetzungsoption führen, wonach die MS die Gewährung einer Aussetzung verweigern können, wenn sie nicht „erforderlich“ ist. Von dieser Umsetzungsoption hat der ReO-Gesetzgeber Gebrauch gemacht, wodurch sich die im Folgenden dargestellten Herausforderungen ergeben.

8.3.2.2. Mögliche RIRL-Widrigkeit der Insolvenzsperre nach der ReO

Unstr ist, dass Voraussetzung für die Insolvenzsperre die Bewilligung einer Vollstreckungssperre ist.¹⁸¹² Nach § 19 Abs 2 Z 1 ReO hat das Gericht den Antrag auf Bewilligung einer Vollstreckungssperre abzuweisen, wenn sie zur Erreichung des Restrukturierungsziels nicht „erforderlich“ ist. Selbige ist gem § 22 Abs 1 ReO nur für die Dauer zu bewilligen, die zur Erreichung des Restrukturierungsziels „unerlässlich“ ist. Gem § 23 Abs 1 Z 2 ReO hat das Gericht die Vollstreckungssperre schließlich etwa auf Antrag

¹⁸¹¹ KOM (2016) 723 endg, 7 (in Deutsch) u 6 (in Englisch).

¹⁸¹² Siehe auch *Mohr*, ZIK 2021, 82 (89).

eines Gläubigers aufzuheben, wenn oder soweit sie einen oder mehrere Gläubiger oder eine oder mehrere Gläubigerklassen in unangemessener Weise beeinträchtigt.

Man könnte argumentieren, dass etwa auch das Ruhen der Insolvenzantragspflicht gem § 24 Abs 1 ReO und eine dadurch erzielte „Stabilität“ des Restrukturierungsverfahrens isoliert betrachtet zur Erreichung des Restrukturierungsziels „erforderlich“ und „unerlässlich“ ist. Selbst wenn ein Schuldner das Gericht von diesem – mE wohl nicht zutr – Argument überzeugen könnte, müsste er aber noch immer entweder gem § 19 Abs 3 ReO einzelne Gläubiger oder Gläubigerklassen nennen, für deren Forderungen die Vollstreckungssperre begehrt wird, oder gem § 44 ReO ein „Europäisches Restrukturierungsverfahren“ beantragen, um eine allgemeine Vollstreckungssperre zu erreichen (§ 44 Abs 3 ReO).

Gibt es *keine* einzelnen Gläubiger, deren Verhalten eine gegenüber selbigen gewährte Vollstreckungssperre rechtfertigt (etwa durch eine Androhung der Exekution oder etwa auch eine Androhung der Kündigung eines für die Fortführung wichtigen Vertrags; eine solche Situation mag zwar nicht der Regelfall sein, kann aber in Einzelfällen durchaus vorkommen),¹⁸¹³ führt dies mE zu einer mit den RIRL-Vorgaben nur mehr schwer zu vereinbarenden Situation. Eine individuelle Vollstreckungssperre gegenüber einzelnen Gläubigern wäre diesfalls wohl unzulässig, weil diese iSd § 23 Abs 1 Z 2 ReO „unangemessen beeinträchtigt“ wären. Für die Geschäftsleitung wäre daher die einzige Möglichkeit, ein Ruhen der Insolvenzantragspflicht iZm der Überschuldung zu erreichen, das *öffentliche* europäische Restrukturierungsverfahren. Gerade die Möglichkeit einer von der RIRL unterstützten „geheimen“ Restrukturierung (s dazu oben Pkt C 2.3) wäre der Geschäftsleitung dadurch genommen. Selbst die Gewährung einer allgemeinen Vollstreckungssperre wäre schließlich nur zulässig, wenn diese für das Restrukturierungsziel erforderlich wäre (s dazu bereits zuvor).

Dies könnte somit zu einer Situation führen, in der mangels „erforderlicher“ Vollstreckungssperre einer Geschäftsleitung, die exakt nach den Vorgaben und dem Vorbild der ReO handelt, sorgfältig einen Restrukturierungsplan ausarbeitet und verfolgt und uU sogar bereits die notwendige Gläubigermehrheit hinter sich hat, auf *eigenes* (Haftungs-) Risiko das Restrukturierungsvorhaben umsetzen muss, weil ihr ein Ruhen der Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung entweder gänzlich verwehrt wäre, oder selbige ein öffentliches und die Restrukturierung uU gefährdendes Verfahren erfordern würde. Dies würde wohl sogar solche „Musterschüler“ treffen, die das Verfahren so schnell und effizient wie möglich führen, weil in vielen Fällen selbst dann eine rechtskräftige Bestätigung des Restrukturierungsplans nicht innerhalb von 60 Tagen ab Antragstellung

¹⁸¹³ Nach *Mohr*, ZIK 2021, 82 (89) setzt die Bewilligung einer Vollstreckungssperre zumindest *nicht* schon ein bereits drohendes Exekutionsverfahren voraus.

vorliegen würde. Dieses Ergebnis wäre nicht nur sanierungsfeindlich, es würde den Zweck der RIRL und auch der ReO ad absurdum führen.¹⁸¹⁴

8.3.2.3. Exkurs: Lösungsvorschlag Insolvenzanzeigepflicht nach StaRUG-Vorbild (?)

Zumindest etwas entschärft werden könnte eine Richtlinienwidrigkeit dadurch, dass ein aussichtsreicher und von der erforderlichen Gläubigermehrheit unterstützter Restrukturierungsplan die insolvenzrechtliche Überschuldung bereits ex ante beseitigen würde (und nicht erst mit Annahme und Bestätigung des Restrukturierungsplans, s dazu bereits oben Pkt 6.3.5). Eine solche Sichtweise könnte vor dem Hintergrund des Gesagten und aus *effet utile*-Erwägungen bereits *de lege lata* geboten sein. Davon geht der ReO-Gesetzgeber wie gezeigt aber scheinbar nicht aus. Dass sich daraus Inkonsistenzen und Herausforderungen im Einzelfall ergeben, wurde bereits im Begutachtungsverfahren erkannt. *Trenker/Lutschounig* verlangten etwa eine „Harmonisierung mit der Insolvenzantragspflicht“, weil es iSd Einheit der Rechtsordnung „wenig elegant sei“, wenn die ReO trotz Insolvenzantragspflicht „*quasi* zu einem – bei isolierter Betrachtung von § 69 IO – rechtswidrigen Verfahren einlädt“. ¹⁸¹⁵ Als „systematisch überzeugende Lösung“ wurde daher vorgeschlagen, die Überschuldung zu einem „eingeschränkten Insolvenzgrund“ herabzustufen.¹⁸¹⁶

Während diese Diskussion, wie bereits in Pkt 6.3.5 angemerkt, den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, könnte aus Sicht der Geschäftsleitung, aber auch der Gläubiger, *de lege ferenda* eine Anlehnung an die im StaRUG gewählte Lösung mehr Rechtssicherheit bringen:

- Einerseits würde eine Anknüpfung an die Verfahrenseröffnung die in Pkt 8.3.2.2 dargestellten Probleme mit einem Schlag lösen.¹⁸¹⁷ Dies wäre vor dem Hintergrund des österr Überschuldungsbegriffs auch nur konsistent. Dieser hat nämlich grds nichts mit Vollstreckungsmaßnahmen von Gläubigern zu tun und wird durch selbige auch nicht determiniert (sie können aber zur Überschuldungsprüfung anhalten und bei der

¹⁸¹⁴ Ähnliche Fragen stellen sich uU auch mit sonstigen mit der Vollstreckungssperre verbundenen „Nebeneffekten“ iZm Verträgen (§ 26 ReO). Hier sollten sich Schuldner bei der Beantragung der Vollstreckungssperre aber leichter tun, weil das Verhalten von Gläubigern iZm Verträgen wohl auch eine Vollstreckungssperre gegenüber solchen Gläubigern rechtfertigt. Dasselbe gilt wohl auch für die Insolvenzsperr iZm von Gläubiger gestellten Insolvenzanträgen wegen Überschuldung (§ 24 Abs 2 ReO). Beim Ruhen der Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung gibt es ein solches „Verhalten“ der Gläubiger aber gerade *nicht*.

¹⁸¹⁵ *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme der Universität Innsbruck, parlament.gv.at (12, Stand 6. 4. 2021), mit Verweis darauf, dass erst die Vollstreckungssperre ihn wieder von der schon eingetretenen Insolvenzantragspflicht befreit. Es sei nach diesen sogar denkbar, dass der Schuldner zwischen Beantragung des ReO-Verfahrens und Erlass der Vollstreckungssperre sogar für kurze Zeit einer Insolvenzverschleppung unterliege.

¹⁸¹⁶ *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme der Universität Innsbruck, parlament.gv.at (13, Stand 6. 4. 2021) mwN, nach welchen dies als ein Entgegenkommen gegenüber der in jüngerer Zeit erhobenen, aber nach den Autoren zu weit reichenden Forderung zur Abschaffung der Überschuldung als Insolvenzeröffnungsgrund verstanden werden könnte.

¹⁸¹⁷ Eine solche wurde auch von *Trenker/Lutschounig*, Stellungnahme der Universität Innsbruck, parlament.gv.at (51 f, Stand 6. 4. 2021) angedacht, jedoch ist der dort gleichzeitig gemachte neue Regelungsvorschlag weiterhin an die Vollstreckungssperre geknüpft.

Beurteilung der Fortbestehensprognose miteinfließen, s dazu oben Pkt B 6.2.3). Schließlich würde damit auch das vom SanInsFoG-Gesetzgeber befürchtete und für die ReO mE ebenso gültige Bedenken ausgeräumt, dass das Knüpfen des Ruhens der Insolvenzantragspflicht an die Vollstreckungssperre einen adversen Anreiz bringen könnte, ausschl aus diesem Grund auf selbige hinzuwirken (s dazu oben Pkt 8.2.1.1). Auch die Unwirksamkeit von *ipso-facto* Klauseln nach § 26 Abs 3 ReO ist schließlich (anders als in Art 7 Abs 5 RIRL) nicht an eine gewährte Vollstreckungssperre geknüpft.¹⁸¹⁸

- Andererseits würde eine an das StaRUG angelehnte und strafbewehrte „Insolvenzanzeigepflicht“ die mit dem Ruhen der Insolvenzantragspflicht automatisch einhergehenden Gläubigerschutzbedenken lösen.¹⁸¹⁹ Dies hätte den Vorteil der Rechtsklarheit. Bei Zweifel über das Vorliegen eines Insolvenzgrundes könnte sich die Geschäftsleitung in einem Dialog mit dem Restrukturierungsgericht über den weiteren Fortgang austauschen, und das Gericht hätte sodann nach Vorbild des StaRUG (s oben Pkt 8.2.1) das Restrukturierungsverfahren aufzuheben, wenn dies im Gläubigerinteresse liegt. Dieser Gedanke findet sich bereits in der ReO wieder, hat das Gericht doch gem § 25 Abs 3 ReO bereits einem während der Vollstreckungssperre wegen Zahlungsunfähigkeit gestellten Gläubigerantrags *nicht* Folge zu leisten, wenn die Eröffnung unter Berücksichtigung der Umstände des Falles nicht im allgemeinen Interesse der Gläubiger ist. Es würde mE nur der Rechtssicherheit und –klarheit dienen, wenn dem Restrukturierungsgericht selbiges auch infolge einer „Insolvenzanzeige“ durch den Schuldner in die Hand gelegt würde.

8.3.2.4. Sonstige relevante Anmerkungen

(a) (Keine) Sofortige Antragspflicht nach Aufhebung der Vollstreckungssperre

Wie bereits in Pkt 8.2.1.2 dargestellt, wird in der dLit zur Insolvenzanzeigepflicht teilweise vertreten, dass nach Aufhebung der Restrukturierungssache eine sofortige Insolvenzantragspflicht bestehen solle. IZm dem Ruhen der Insolvenzantragspflicht nach § 24 Abs 1 ReO ist dies mE differenziert zu sehen. Wird die Vollstreckungssperre etwa deswegen aufgehoben, weil sie die Verhandlungen über den Restrukturierungsplan nicht mehr unterstützt (weil etwa die notwendige Gläubigermehrheit nicht erreicht werden kann, s § 23 Abs 1 Z 1 ReO), bestehen wohl in den allermeisten Fällen keine ausreichenden Sanierungsaussichten mehr, die ein Ausnützen der Sanierungsfrist rechtfertigen. Wird die Vollstreckungssperre etwa aufgehoben, weil sie für das Erreichen des Restrukturierungsziels nicht (mehr) erforderlich ist (s dazu bereits zuvor Pkt 8.3.2.2), oder stellt der Schuldner selbst einen Aufhebungsantrag (§ 23 Abs 2 ReO), könnten aber durchaus auch weiterhin

¹⁸¹⁸ Mohr, ZIK 2021, 82 (91).

¹⁸¹⁹ Für eine solche Anzeigepflicht im Falle der Zahlungsunfähigkeit sprach sich etwa Wolff, Stellungnahme des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages (Referent Stephan Riel), parlament.gv.at (9, Stand 6. 4. 2021) im Begutachtungsverfahren aus.

Sanierungs- und Restrukturierungsaussichten bestehen, die ein (Weiter-)Ausnützen der Sanierungsfrist rechtfertigen. Die bis dato iZm der Insolvenzantragspflicht und der Ausnützung der Sanierungsfrist gültigen Grundsätze gelten mE daher unverändert weiter (s bereits oben Pkt B 6.3.2.3).¹⁸²⁰ Eine bereits vor der Vollstreckungssperre begonnene Insolvenzantragsfrist wird während der Vollstreckungssperre wohl nur gehemmt, und beginnt mit Aufhebung selbiger *nicht* von Neuem zu laufen.

(b) „Vergangene“ Insolvenzverschleppung nicht geheilt

Durch eine gewährte Vollstreckungssperre wird eine allenfalls bereits davor getätigte Insolvenzverschleppung mE nicht geheilt.¹⁸²¹ Die in Pkt 8.2.1.2 zitierten Stellungnahmen aus der dLit können diesbezüglich auch auf die ReO umgelegt werden.

(c) Gilt nicht für gesellschaftsrechtliche Sanierungsverantwortung

Lediglich zur Klarstellung ist zu betonen, dass das Ruhen der Insolvenzantragspflicht iZm der Überschuldung keinen Einfluss auf die gesellschaftsrechtliche, nun auch in § 1 Abs 3 ReO konkretisierte Sanierungsverantwortung hat. Diese gilt auch während gewährter Vollstreckungssperre, weswegen die Geschäftsleitung etwa auch weiterhin die Pflicht hat, den Eintritt eines Insolvenzgrundes (auch der Überschuldung) zu beobachten (Pflicht zur Insolvenzprüfung, s oben Pkt B 6.3.1) und im Sinne des Unternehmenswohls entsprechend darauf zu reagieren.¹⁸²²

(d) Gilt nicht im vereinfachten Restrukturierungsverfahren

Nachdem gem § 45 Abs 6 ReO im vereinfachten Restrukturierungsverfahren keine Vollstreckungssperre zur Verfügung steht, kann für die Geschäftsleitung hier auch kein Ruhen der Insolvenzantragspflicht eintreten. Die Geschäftsleitung unterliegt hier daher auch weiterhin denselben Haftungsrisiken wie bei einer außergerichtlichen Restrukturierung.¹⁸²³ Während die Idee eines vereinfachten Restrukturierungsverfahrens als solches nur zu begrüßen ist, ist mE nicht nachvollziehbar, warum hier kein Ruhen der Insolvenzantragspflicht möglich sein soll. Der in Pkt 8.3.2.3 gemachte Lösungsvorschlag würde auch das vereinfachte Restrukturierungsverfahren mitabdecken.

¹⁸²⁰ Ähnlich Wabl/Gassner in Konecny (in Druck).

¹⁸²¹ Ähnlich Wabl/Gassner in Konecny (in Druck).

¹⁸²² So schon Wabl/Gassner in Konecny (in Druck).

¹⁸²³ So schon Wabl/Gassner in Konecny (in Druck).

8.3.3. Zahlungsverbot

8.3.3.1. Vorbemerkung

Wie bereits in Pkt C 7.5.2 gezeigt, hat die RIRL nationale Regelungen wie das Zahlungsverbot – anders als die Insolvenzantragspflicht – nicht explizit adressiert. Nachdem die RIRL aber gleichzeitig ausdrücklich klarmacht, dass

- Schuldner nicht daran gehindert werden sollen, Forderungen von nicht betroffenen Gläubigern und während der Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen entstehende Forderungen betroffener Gläubiger im normalen Geschäftsgang zu erfüllen (s oben Pkt C 7.5.2 sowie ErwGr 39 RIRL) und
- iZm der Restrukturierung stehende Transaktionen und Zahlungen sogar ausdrücklich anfechtungsrechtlich privilegiert (s oben Pkt C 2.7 zu Art 17 u 18 RIRL und Pkt 3 zur diesbezüglichen Umsetzung durch das RIRUG in den neuen §§ 36a, 36b IO),

liegt bei Vorliegen materieller Insolvenz ein Spannungsverhältnis mit dem Zahlungsverbot auf der Hand.

8.3.3.2. Alles beim Alten?

§ 25 Abs 1 ReO stellt nun klar, dass während der Vollstreckungssperre die an die Überschuldung knüpfende Haftung für das Zahlungsverbot entfällt, was jedoch *nicht* für Zahlungen an betroffene Gläubiger sowie von Forderungen gilt, für die eine Vollstreckungssperre gilt. Vor dem Hintergrund des Zwecks des Zahlungsverbots (s oben Pkt B 7.1 zur Wahrung der *par condicio creditorum* insb durch Bedienung von „Altverbindlichkeiten“) scheinen beide Ausnahmen grds wie eine Selbstverständlichkeit.

Gleichzeitig stellt sich mit Blick auf die jüngst vom OGH klargestellten anerkannten Ausnahmen vom Zahlungsverbot wie etwa (i) Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind, (ii) Zahlungen zweckmäßiger Zug-um-Zug-Geschäfte oder (iii) Zahlungen an ohnehin zu befriedigende Aus-, Absonderungs- oder Aufrechnungsberechtigte in Höhe des Werts des Aussonderungs-/Sicherungsguts bzw der Gegenforderung (s ausf oben Pkt B 7.3.2) die Frage, ob der Haftungsausschluss des § 25 Abs 1 ReO zur Umsetzung der RIRL-Vorgaben überhaupt notwendig gewesen wäre. Eine Fortführung des Unternehmens innerhalb des Restrukturierungsverfahrens wäre aufgrund dieser Ausnahmen – wie auch bisher bei außergerichtlichen Restrukturierungen – auch ohne diesen Haftungsausschluss grds möglich gewesen. Aus Sicht der Geschäftsleitung bringt die Bestimmung aber Rechtssicherheit, weil ihr ohne selbige im Haftungsprozess wie bisher der Beweis obliegen würde, dass eine der Ausnahmen vom Zahlungsverbot gegeben ist (s dazu oben Pkt B 7.3.2).¹⁸²⁴ Die Klarstellung ist daher zu begrüßen. Gleichzeitig wäre aber auch hier *de lege ferenda* wünschenswert, den

¹⁸²⁴ Ähnlich Wabl/Gassner in Konecny (in Druck).

Haftungsausschluss nicht an die Vollstreckungssperre, sondern an die Verfahrensanhängigkeit zu knüpfen (s bereits zuvor Pkt 8.3.2.3).

8.3.3.3. Vorverlegung der *par condicio creditorum* im Restrukturierungsverfahren

Das Zahlungsverbot ist an die materielle Insolvenz des Schuldners geknüpft. Durch die ReO und die dort gemachten Vorgaben zur Klassenbildung (§ 29),¹⁸²⁵ Bestätigungsvoraussetzungen (insb § 34 Abs 1 Z 1 und das Kriterium des Gläubigerinteresses nach § 35) sowie den klassenübergreifenden Cram-down (§ 36) wird der vom Zahlungsverbot verfolgte Hauptzweck der Gläubigergleichbehandlung mE aber ebenso indirekt sichergestellt. Indem das Restrukturierungsverfahren wie bereits mehrfach erwähnt auch wahrscheinlich, aber noch nicht materiell insolventen Schuldern offensteht, werden im Restrukturierungsverfahren die dem Zahlungsverbot inhärenten Wertungen (insb der *par condicio creditorum*) somit potentiell zeitlich vorverlagert. Das Restrukturierungsverfahren bringt daher im Vergleich zum außerhalb des Verfahrens bei wahrscheinlicher Insolvenz bestehenden gesellschaftsrechtlichen Haftungsregime (wo Prinzipien wie die Gläubigergleichbehandlung „nur“ im Rahmen des Leitungsermessens als *Leitlinien* im Rahmen des Unternehmenswohls zu berücksichtigen sind, s dazu oben Pkt 7.2.3.2(b) u 7.2.3.2(c)) einen *erhöhten* Gläubigerschutz. Durch die verfahrensrechtlichen Vorgaben werden die außerhalb des Verfahrens geltenden *Leitlinien* wie bereits dargestellt nämlich zu verbindlichen *Leitplanken* aufgewertet (s oben Pkt 7.2.3.2(b)).

8.3.4. Exkurs: Verwaltergleiche Haftung im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung?

Die im deutschen Recht durch den BGH erfolgte Klarstellung der verwaltergleichen Haftung der Geschäftsleitung im Eigenverwaltungsverfahren nach der dInsO (s dazu oben Pkt B 8.4) hat nun zu einer expliziten gesetzlichen Regelung und Klarstellung in der dInsO geführt (s oben Pkt 8.2.2.3). Im RIRUG befindet sich keine diesbezügliche Bestimmung, weswegen auf dieses Thema in diesem Rahmen nicht weiter einzugehen ist als ohnehin schon oben in Pkt B 8.4 zum geltenden Recht getan. Auf das Restrukturierungsverfahren kann und soll diese Diskussion wie in Pkt 7.2.3.2(b) schon angemerkt mE nicht umgelegt werden.

8.3.5. Gesamteinschätzung

Der Umstand, dass der ReO-Gesetzgeber davon auszugehen scheint, dass auf ausreichend Gläubigersupport gestützte Aussichten auf die Annahme und Bestätigung eines Restrukturierungsplans eine insolvenzrechtliche Überschuldung ex ante noch *nicht* beseitigen (sondern selbiges erst mit tatsächlicher Annahme und Bestätigung der Fall ist, s dazu oben Pkt 6.1.4 u 6.3.5), führt mE iZm dem Ruhen der Insolvenzantragspflicht zu einer möglichen RIRL-Widrigkeit, *jedenfalls* aber zu einer unbefriedigenden Situation. Da das Ruhen der Insolvenzantragspflicht an eine gewährte Vollstreckungssperre (und nicht wie im

¹⁸²⁵ Auch nach *Mohr*, ZIK 2021, 82 (84) ist die Gleichbehandlung nicht nur eine Bestätigungsvoraussetzung, sondern wohl schon bei der Ausarbeitung des Restrukturierungsplans zu beachten.

StaRUG generell an die Verfahrensanhängigkeit) geknüpft ist, könnte wie in Pkt 8.3.2.2 dargestellt in solchen Fällen, in denen eine Vollstreckungssperre mangels Anlass zur Gewährung einer solchen nicht iSd §§ 19 ff ReO „erforderlich“ ist (weil zB kein Gläubiger durch unkonstruktives Verhalten oder Drohungen Anlass zu einer solchen gibt), Schuldner auch das Ruhen einer Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung „verwehrt“ sein. In solchen Fällen könnten sich Geschäftsleiter in einer Situation wiederfinden, dass sie ein von der ReO unterstütztes und gewolltes Restrukturierungsvorhaben auf eigenes (Haftungs-)Risiko fortführen müssten. Eine solche Situation hat die RIRL mE wie in Pkt 8.3.2.1 gezeigt sehr wahrscheinlich nicht bedacht. Sie könnte *de lege ferenda* etwa durch ein Anknüpfen der Insolvenzsperre an die Verfahrensanhängigkeit (vergleichbar zum StaRUG) gelöst werden (s oben Pkt 8.3.2.3).

Der Haftungsausschluss iZm dem an die Überschuldung geknüpften Zahlungsverbot führt aus Sicht der Geschäftsleitung zu einer erfreulichen (beweislasterleichternden) Klarstellung. Gleichzeitig führen die verfahrensrechtlichen und zu einer Gleichbehandlung der Gläubiger anhaltenden Vorgaben der ReO faktisch zu einer zeitlichen Vorverlagerung der hinter dem Zahlungsverbot stehenden *par condicio creditorum* auf den Zeitpunkt der wahrscheinlichen Insolvenz. In dieser Phase ist der Gläubigerschutz im Vergleich zur Situation außerhalb eines Restrukturierungsverfahrens daher noch einmal erhöht.

E. FAZIT

Je mehr der Präventionsgedanke im Vordergrund steht, desto mehr ergeben sich Spannungsverhältnisse zwischen dem Insolvenz- bzw Sanierungsrecht auf der einen und dem Gesellschafts- bzw Unternehmensrecht auf der anderen Seite. Eine zentrale Figur spielt dabei die Geschäftsleitung, weswegen *gerade* im Kontext des Art 19 RIRL eine wechselseitige Inspiration von Gesellschafts- und Insolvenzrecht gar nicht ausbleiben kann.¹⁸²⁶ Praxistaugliche Lösungen bedürfen eines offenen Dialogs und Vertrauens zwischen diesen beiden Materien, was bis dato leider nicht immer ausreichend gegeben war (s etwa die oben in Pkt B 10 zusammengefassten Beobachtungen zur Anwendbarkeit der BJR im Insolvenzzusammenhang).

Die erstellte empirische Studie zeigt, dass die große Mehrheit der befragten Insolvenzverwalter Vertrauen in das bestehende (gesellschaftsrechtliche) Regime hat. Dieses reiche aus, um in der Krise gefährdete Interessen wie insb Gläubigerinteressen zu schützen (s oben Pkt B 9.4.1(f)). Auch die Umsetzung des Art 19 RIRL sollte daher nach der Mehrheit der Befragten bevorzugt auf gesellschaftsrechtlicher Ebene passieren (s oben Pkt D 1). Indem der ReO-Gesetzgeber die Bestimmung des § 1 Abs 3 ReO in das bestehende gesellschaftsrechtliche Pflichtenregime für Geschäftsleiter *einbettet*¹⁸²⁷ und selbiges durch restrukturierungsspezifische Aspekte *konkretisiert*, zeigt er erfreulicher Weise genau dasselbe, nämlich Vertrauen in das bestehende Gesellschaftsrecht. Dies ist erfreulich. Ein so offener Austausch zwischen den beiden Rechtsmaterien wäre aber auch in anderen relevanten Fragestellungen wünschenswert (s dazu nur oben Pkt D 7.2.3(d) zum mE tatsächlichen Kern der Diskussion um den *shift of fiduciary duties*, nämlich der Einschränkung von Obstruktionsmöglichkeiten durch Anteilsinhaber).

Durch die Konkretisierung gesellschaftsrechtlicher Prinzipien bei wahrscheinlicher Insolvenz wird erfreulicher Weise auch die generelle Weitergeltung der BJR im Krisen- und Insolvenzzusammenhang klargestellt (wie in Pkt B 6.3.3 u B 7.3.3 aufgezeigt, wird deren grds Anwendbarkeit insb im Insolvenzzusammenhang mE zu Unrecht gerne in Frage gestellt). Wird die BJR in diesem Zusammenhang angezweifelt, ist dies mE im Kern auf einen – auch dem SanInsFoG-Gesetzgeber insb zu Beginn des Gesetzgebungsverfahrens „passierten“ – Reflex zurückzuführen, wonach (zusätzliche und uU sogar systemwidrige) Pflichtenregelungen ein Korrektiv für Frage- und Problemstellungen bringen sollen, die *eigentlich* auf anderer Ebene zu lösen sind (das eindeutigste Beispiel ist die in Pkt D 7.2.3(d) dargestellte Diskussion zum *shift of fiduciary duties*). Wie die Ergebnisse der empirischen Studie in Pkt B 9.4.1 (*These 1*) sowie Pkt B 9.4.1(d) nahe legen, sind zusätzliche und strengere Pflichtenregelungen für Geschäftsleiter aber nicht geeignet, das im gegenständlichen Kontext verfolgte Ziel der Stärkung frühzeitiger Restrukturierung unter gleichzeitigem Schutz berechtigter Interessen zu fördern. Dem im Restrukturierungs- und Insolvenzzusammenhang stets erforderlichen Gläubigerschutz wird auch im Rahmen des

¹⁸²⁶ Siehe K. Schmidt, ZIP 2018, 853 (855) (noch zum Kommissionsvorschlag).

¹⁸²⁷ So bereits vorgeschlagen in Wabl, ZIK 2019, 178 (186).

unternehmerischen Ermessens und der BJR bereits durch die von der Geschäftsleitung aufgrund der Legalitätspflicht immer zu beachtenden gesetzlichen *Leitplanken* Rechnung getragen (s insb oben Pkt B 10). Auch die abgesehen von solchen Leitplanken im Rahmen des Unternehmenswohls mitzuberücksichtigenden *Leitlinien* werden bei wahrscheinlicher Insolvenz in den meisten Fällen gläubigerschützend „aufgeladen“ (s insb oben Pkt B 5 sowie Pkt D 7.2.3.2(c)).¹⁸²⁸

Es geht daher gegenständlich und auch im Kontext der RIRL *nicht* darum, den Gläubigerschutz in irgendeiner Form zu beschneiden. Vielmehr soll die Geschäftsleitung nicht durch unkalkulierbare Haftungsrisiken daran gehindert werden, aussichtsreiche Restrukturierungs- und Sanierungsschritte zu setzen.¹⁸²⁹ Dass es sich beim vielzitierten Risiko des *hindsight bias* um kein rein theoretisches Konzept handelt, sondern dies insb auch im Insolvenzzusammenhang ein reales Problem darstellt, zeigt eindrucksvoll eine jüngst von *Strohmaier/Pluut/van den Bos/Adriaanse/Vriesendorp* veröffentlichte empirische Studie, bei der die Befragung 727 europäischer *insolvency professionals* die Existenz solcher Rückschaufehler eindeutig belegte.¹⁸³⁰ Genau dies und nichts anderes wollen das unternehmerische Ermessen und die BJR vermeiden (s insb oben Pkt B 2.2.2, B 2.2.6 u B 10). Genau dies liegt auch den Vorgaben der RIRL zugrunde (s insb oben Pkt C 7.4.1(c)). Genau dazu hat der ReO-Gesetzgeber durch die erfolgte Konkretisierung gesellschaftsrechtlicher Sorgfaltspflichten erfreulicher Weise klarstellend beigetragen.

Leider hat es der ReO-Gesetzgeber gleichzeitig unterlassen, durch eine praktikablere Definition des Begriffs der wahrscheinlichen Insolvenz insb im Verhältnis zur materiellen Insolvenz Rechtssicherheit zu schaffen (s oben Pkt D 6.3). Ebenso wurde bedauerlicher Weise verabsäumt, durch eine Streichung des § 22 URG den einzigen Fremdkörper im ansonsten runden und ausgewogenen gesellschafts- und insolvenzrechtlichen Pflichtenregime zu entfernen (s oben Pkt D 7.5).

Bedenken iZm der Europarechtskonformität der Umsetzung ergeben sich mE schließlich bei dem an die Vollstreckungssperre geknüpften Ruhen der Insolvenzantragspflicht. Indem der ReO-Gesetzgeber davon ausgeht, dass selbst ein aussichtsreicher und von der notwendigen Gläubigermehrheit gestützter Restrukturierungsplan die insolvenzrechtliche Überschuldung nicht ex ante (sondern erst mit Planbestätigung) beseitigt (s oben Pkt D 6.1.4 u D 6.3.5),

¹⁸²⁸ Vgl auch K. Schmidt, ZIP 2018, 853 (855) (noch zum Kommissionsvorschlag).

¹⁸²⁹ Siehe dazu auch Paulus in Nunner-Krautgasser/Garber/Jaufer 271 (278), nach welchem die Anforderungen an die Sorgfalt von Entscheidungsträgern gar ein „allmählich einschnürendes Ausmaß“ erreicht hätten, das aufgrund der Diskrepanz zwischen ex ante Entscheidung und ex post Beurteilung durch das Gericht selbst durch die BJR nicht wirklich mehr abgedeckt werden könne bzw zumindest nicht mehr kalkulierbar sei.

¹⁸³⁰ *Strohmaier/Pluut/van den Bos/Adriaanse/Vriesendorp*, JASP 2021, 141 (insb 145 ff). Die Befragten (alle Mitglieder von *INSOL Europe*) wurden beliebig in zwei Gruppen aufgeteilt und mussten sodann zum Rettungsplan eines CEO Fragen zu *decision quality*, *foreseeability* und *legal responsibility* beantworten. Der einen Hälfte wurde der negative Ausgang des Rettungsplans (*bankruptcy*) offengelegt, bei der anderen Hälfte wurde der Ausgang offengelassen. Sowohl bei *decision quality*, *foreseeability* als auch *legal responsibility* urteilte diejenige Gruppe, die über den negativen Ausgang informiert war, klar messbar *stronger* als die „unwissende“ Gruppe.

müssen solche Geschäftsleiter, denen aus welchem Grund auch immer keine Vollstreckungssperre zur Verfügung steht, auf eigenes (Haftungs-)Risiko an einer eingeschlagenen Restrukturierungsrouten festhalten. Dies ist nicht nur sanierungsfeindlich, sondern entspricht mE auch nicht den Wertungen der RIRL (s oben Pkt D 8.3.2.2). Aus Gläubigerschutzerwägungen wäre es mE auch nicht erforderlich. Durch die im Restrukturierungsverfahren gemachten verfahrensrechtlichen Vorgaben wird der Gläubigerschutz nämlich erhöht (s oben Pkt 7.2.3.2(b)) und gläubigerschützende Konzepte wie insb die *par condicio creditorum* werden bereits in die Phase der wahrscheinlichen Insolvenz vorgelagert (s oben Pkt D 8.3.3.3). Das Verfahren reduziert somit im Vergleich zu einer außergerichtlichen Lösung das Risiko eines möglichen „Weiterwurstelns“,¹⁸³¹ weswegen es mE das Ziel sein sollte, so viele Schuldner wie möglich so einfach wie möglich in das Verfahren zu bekommen. Klare und für die Geschäftsleitung auch attraktive Vorgaben iZm der Insolvenzantragspflicht (wie etwa die im StaRUG vorgesehene Insolvenzanzeigepflicht) könnten mE *de lege ferenda* dazu beitragen.

Was die empirische Studie nach Pkt B 9.4.2 schließlich sehr deutlich zeigt ist, dass das von der RIRL (aber auch vom österr Gesetzgeber bereits etwa durch das URG, das IRÄG 2010 und nun die ReO) verfolgte Ziel der Stärkung einer präventiven Sanierungs- und Restrukturierungskultur nicht durch (strengere) Pflichten von Leitungsorganen erreicht werden kann. Diese befinden sich ohnehin bereits in der (Zwick-)Mühle zwischen Gläubiger- und Anteilsinhaberinteressen. In dieser sollten Geschäftsleiter aber nicht zermüht, sondern ihnen sollten vielmehr durch klare Vorgaben Lösungen in die Hand gegeben werden. Dass abgesehen davon auf Basis der Studienergebnisse auch Lösungen auf Ebene der persönlichen Entschuldung der für Unternehmensverbindlichkeiten oft mithaftenden Geschäftsleitung erforderlich sind (Pkt B 9.4.2), bedeutet nicht, dass klare Regelungen zu Geschäftsleiterpflichten dazu nicht ebenso beitragen können.

Wohl nicht zuletzt deswegen hat die EU das gegenständliche Thema auch weiterhin im Blick. Im Kontext des aktuellen Aktionsplans einer Kapitalmarktunion¹⁸³² hat die EK im November 2020 eine Befragung zu einer weiteren Initiative zu „*Insolvency laws: increasing convergence of national laws to encourage cross-border investment*“ auf den Weg gebracht, in der „*directors’ duties related to handling imminent/actual insolvency proceedings*“ als ein wesentlicher Bereich für weitere Harmonisierungsinitiativen genannt werden. Eine Kommissionsempfehlung wurde für das zweite Quartal 2022 angekündigt.¹⁸³³

Die am Steuerrad der Unternehmen sitzenden Menschen und deren Rolle in der Insolvenzprävention bleiben daher gleich wie die EU auch weiterhin im Mittelpunkt der Diskussion, und das ist gut so.

¹⁸³¹ RIS-Justiz RS0006361.

¹⁸³² Siehe dazu auch ZIK aktuell 2021/259, 211; s zum ursprünglichen Aktionsplan oben Pkt C 4.3.1.4.

¹⁸³³ Siehe zu alldem das *Inception Impact Assessment* der EK vom 11. 11. 2020 zu „*Enhancing the convergence of insolvency laws*“, ec.europa.eu (3, Stand 11. 11. 2020).

ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE

1. Bis zum RIRUG bestehendes Pflichtenregime

- 1.1. Geschäftsleiter von GmbH und AG bewegen sich im Krisen- und Insolvenzzusammenhang vielfach an der Schnittstelle und in einem Spannungsverhältnis zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht. Das schon vor dem RIRUG etablierte und durch Rsp und Lit weitestgehend gut konturierte gesellschaftsrechtliche Pflichtenregime (insb § 25 GmbHG u § 84 AktG) ermöglicht ein flexibles Eingehen auf die jeweilige Gesellschaft, die jeweils zu beurteilende Situation und die im Einzelfall zu treffenden Entscheidungen. Geschäftsleiter können bei unternehmerischen Entscheidungen zwar die BJR und den damit verbundenen *safe harbour* beanspruchen, sie müssen sich aber stets und primär am Unternehmenswohl orientieren. Dabei werden ihre Entscheidungen sowohl durch Leitlinien als auch Leitplanken mit determiniert.

Leitlinien: Geschäftsleiter können und müssen auch die durch die Interessen der Anteilshaber, Arbeitnehmer und sonstigen Interessenträger vorgegebenen Leitlinien berücksichtigen, *wenn und solange sich diese mit dem Unternehmenswohl decken*. Die für AG vorgesehene Regelung des § 70 AktG gilt sinngemäß auch für GmbH.

Leitplanken: Aus Sicht des Gesetzgebers schützenswerte Interessen werden durch gezielte gesetzliche Vorgaben wie etwa Gläubigerschutzvorschriften gewahrt. Die dadurch vorgegebenen Leitplanken sind von der Geschäftsleitung im Rahmen der Legalitätspflicht zu befolgen, *selbst wenn sie sich nicht mit dem Unternehmenswohl decken*.

- 1.2. Dieses System gilt und funktioniert auch im Krisen- und Insolvenzzusammenhang. In der Krise besteht aber zwangsläufig weniger Handlungs- und daher auch weniger Ermessensspielraum. Aus der zu Beginn idR *mehrspurigen* (Sanierungs-)Fahrbahn wird eine uU nur mehr *zwei-* und schlussendlich oft nur mehr eine *einspurige*. Durch gezielte gesetzliche Vorgaben wie etwa § 14 EKEG oder § 25 URG werden die Interessen der Anteilshaber teil- und schrittweise verdrängt. Insolvenzrechtliche Vorgaben wie die Insolvenzantragspflicht (§ 69 IO), das Zahlungsverbot (§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG sowie § 84 Abs 3 Z 6 AktG) und andere erhöhen den Gläubigerschutz und sind von der Geschäftsleitung genauso wie andere zwingende Leitplanken zu befolgen. Gibt es zwischen diesen Leitplanken Handlungsspielraum, gelten für unternehmerische Entscheidungen weiterhin die BJR und der damit verbundene *safe harbour*.

2. Haupterkenntnisse der empirischen Studie

- 2.1. Die Ergebnisse der mit Unterstützung 107 österr Insolvenzverwalter erstellten Studie legen nahe, dass Regelungen zu Geschäftsleiterpflichten sowohl bei der positiven als auch negativen Anreizschaffung für frühzeitige(re)s Handeln *keine* primäre Rolle spielen. Einen messbaren Anreiz für frühzeitiges und aus Sicht der Geschäftsleitung pflichtgemäßes

Handeln scheinen vielmehr Sanierungsoptionen wie das österr Sanierungsverfahren zu schaffen.

- 2.2. Das österr Pflichtenregime gibt Insolvenzverwaltern auf rechtlicher Ebene ausreichend Instrumente in die Hand, um über die Geltendmachung von Haftungsansprüchen einen durch die Geschäftsleitung verursachten Schaden wiedergutzumachen. Dennoch scheitert auf faktischer Ebene die Schadenswiedergutmachung in mehr als jedem dritten Fall, und zwar insb an einer fehlenden Einbringlichkeit von Ersatzansprüchen.
- 2.3. Für die Häufigkeit von Regelverstößen macht es nach den Ergebnissen *keinen* wesentlichen Unterschied, ob eine Pflicht explizit geregelt ist (wie etwa § 69 IO oder § 22 URG) oder ob sie sich etwa aus der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltspflicht ergibt (wie eine einzelfallbezogen bestehende „Sanierungspflicht“).
- 2.4. Zusätzliche (strengere) Pflichten- oder Haftungsregelungen für Geschäftsleiter führen nach der Studie somit weder zu frühzeitigem noch zu pflichtmäßigerem Handeln. Es zeigt sich aber, dass gezielte gesetzliche Leitplanken wie etwa die Rückzahlungssperre des § 14 EKEG das Verhalten der Geschäftsleitung beeinflussen können.
- 2.5. Vage Konzepte wie ein *shift of fiduciary duties* oder auch systemfremde Haftungsregelungen wie § 22 URG scheinen zur Förderung frühzeitiger Sanierung und zur Vermeidung von Pflichtverletzungen daher weder geeignet noch erforderlich. Führen sie zu Rechtsunsicherheit, sind sie vielmehr kontraproduktiv und schädlich.

3. Kernvorgaben der EU

- 3.1. Die zur Verabschiedung der RIRL führenden Harmonisierungsarbeiten unterstreichen, wie sehr die EU und insb die EK ein gesamthafes und verschränktes Vorgehen für eine Modernisierung des Insolvenzrechts innerhalb der EU im Blick hatten und haben. Die Harmonisierung von Geschäftsleiterpflichten war und ist aufgrund deren Charakter als Querschnittsmaterie besonders herausfordernd, weswegen sich die RIRL auf allgemeine Vorgaben beschränkt und den MS bei der Umsetzung viel Flexibilität lässt.
- 3.2. Die Gesetzgebung zur RIRL zeigt, dass sowohl die Vorarbeiten *UNCITRAL* 's als auch das englische Recht sehr wahrscheinlich als „Inspirationsquellen“ für die RIRL dienten. Sie sind aber nicht als zwingend bei der Umsetzung zu berücksichtigendes „Vorbildrecht“ zu sehen. Für eine funktionierende RL-Umsetzung ist ein Verständnis der hinter diesen Quellen stehenden Wertungen mE dennoch nicht nur hilfreich, sondern auch notwendig.
- 3.3. Mit Art 19 RIRL soll sichergestellt werden, dass die Unternehmensleitung im Rahmen ihrer gesellschaftsrechtlichen Pflichten auf eine wahrscheinliche Insolvenz reagiert, sowie Gegenmaßnahmen vorbereitet und umsetzt. Der RIRL-Gesetzgeber betonte gleichzeitig aber bewusst die zentrale Rolle vertretbarer Geschäftsentscheidungen und wirtschaftlicher Risiken. Durch die in den ErwGr 70 u 71 RIRL vorgesehenen Handlungsleitfäden gibt die

RIRL der Unternehmensleitung ein Prozedere vor, bei dessen Einhaltung ein *safe harbour* zur Verfügung stehen soll.

4. Bewertung der Umsetzung durch das RIRUG

4.1. Begriff der Unternehmensleitung

- 4.1.1. Mangels Definition in der RIRL bleibt den MS bei der Umsetzung ein weiter Spielraum.
- 4.1.2. Im Blick hatte der RIRL-Gesetzgeber zuallererst die für die Unternehmensleitung zuständigen *geschäftsführenden, vertretungsbefugten* Organe haftungsbeschränkter Unternehmen. Dies hat der ReO-Gesetzgeber bei der Umsetzung der RIRL nicht explizit berücksichtigt, sondern den Begriff der Unternehmensleitung ebenso nicht definiert. Nach der ErläutRV meint aber auch der ReO-Gesetzgeber insb AG-Vorstände und GmbH-Geschäftsführer, deren gesellschaftsrechtliche Sorgfaltspflichten durch § 1 Abs 3 ReO *konkretisiert* werden sollen. An anderer Stelle wird der Begriff nicht mehr verwendet. Es bietet sich daher eine teleologische Reduktion an, wonach die Bedeutung des Begriffs der Unternehmensleitung auf Geschäftsleiter, bzw konkreter auf vertretungsbefugte Organe haftungsbeschränkter Rechtsträger eingeschränkt wird. Klarstellend, und sollte sich diese Ansicht nicht durchsetzen auch *de lege ferenda*, wäre nach dem Vorbild des StaRUG eine explizite gesetzliche Regelung wünschenswert.
- 4.1.3. Überwachungsorgane wie Aufsichtsräte sind mit dem Begriff der Unternehmensleitung nicht gemeint. Diese sind aber im Rahmen ihrer Überwachungspflichten mittelbar betroffen.

4.2. Wahrscheinliche Insolvenz

- 4.2.1. Gem § 2 Abs 2 lit b RIRL ist der Begriff der wahrscheinlichen Insolvenz iSd nationalen Rechts zu verstehen. Die in § 6 ReO erfolgte Anknüpfung an die drohende Zahlungsunfähigkeit, die Bestandsgefährdung und die Kennzahlen der §§ 23, 24 URG ist vor diesem Hintergrund als richtlinienkonform zu bezeichnen. Aus Klarheits- und Rechtssicherheitserwägungen wäre aber mE *de lege ferenda* zu bevorzugen gewesen, für eine Vereinfachung der Rechtslage und eine klarere Abgrenzung zwischen den bereits vor dem RIRUG bekannten Tatbeständen zu sorgen.
- 4.2.2. Von der Geschäfts- bzw Unternehmensleitung ist zu beachten, dass wahrscheinliche Insolvenz nicht der einzig potentiell pflichtauslösende Zeitpunkt ist, sondern das Gesellschaftsrecht sie auch bereits früher zur Einleitung von Gegenmaßnahmen anhalten kann.
- 4.2.3. „Insolvenz“ ist in diesem Kontext nicht als „Insolvenzverfahren“, sondern als materielle Insolvenz anzusehen, inkludiert daher begrifflich wohl auch die Überschuldung. Wahrscheinlichkeit ist im Sinne einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit (>50%) zu verstehen.

4.2.4. Die vom ReO-Gesetzgeber gewählte Lösung, auch insolvenzrechtlich überschuldete Unternehmen in ein Restrukturierungsverfahren zu lassen, ist *als solche* mE ebenso als richtlinienkonform anzusehen. Weil der ReO-Gesetzgeber offensichtlich davon ausgeht, dass einem (bereits überwiegend wahrscheinlich aussichtsreichen) Restrukturierungsplan zwar bereits eine mit der Planbestätigung bedingte Fortbestehensprognose beizulegen ist, diese aber *erst mit dem Eintritt der Bedingung* (also der tatsächlichen *Planbestätigung*) *positiv* wird, ergeben sich im Einzelfall (etwa iZm dem Ruhen der Insolvenzantragspflicht, s unten Pkt 4.4) aber Herausforderungen. Dass man hier auch anderer Ansicht sein kann, zeigen das deutsche SanInsFoG und das StaRUG, wo eine insolvenzrechtliche Überschuldung bereits ex ante *dann und solange* ausscheidet, solange die Erfolgsaussichten einer (auch mit den Instrumenten des StaRUG) in Aussicht genommenen Sanierung überwiegend wahrscheinlich sind.

4.3. **Pflichten bei einer wahrscheinlichen Insolvenz**

4.3.1. **Konkretisierung gesellschaftsrechtlicher Sorgfaltspflichten**

4.3.1.1. Der ReO-Gesetzgeber hat Art 19 RIRL durch eine *Konkretisierung* bestehender gesellschaftsrechtlicher Sorgfaltspflichten umgesetzt. Diese Einbettung des § 1 Abs 3 ReO in das bestehende gesellschaftsrechtliche Pflichtenregime ist mE zu begrüßen. Damit zeigt der ReO-Gesetzgeber erfreulicherweise *das* Vertrauen in andere Rechtsmaterien, das ansonsten im Diskurs zwischen dem Insolvenz- und Gesellschaftsrecht leider oft fehlt.

4.3.1.2. Das bis zur ReO geltende gesellschaftsrechtliche Pflichtenregime und die dort etablierten Grundsätze zum Pflichtenmaßstab, unternehmerischen Ermessen, der BJR, dem Prinzip der Innenhaftung, der Beweislast, der Schadensberechnung etc gelten daher weiter. Diese gelten grds uneingeschränkt auch für § 1 Abs 3 ReO.

4.3.1.3. Nachdem § 1 Abs 3 ReO an die wahrscheinliche Insolvenz und nicht an ein eröffnetes Restrukturierungsverfahren geknüpft ist, gilt dieser auch dann, wenn ein Verfahren noch nicht eröffnet ist oder auch gar nie eröffnet wird.

4.3.2. **Pflicht zur Interessenberücksichtigung**

4.3.2.1. Interessen der Gläubiger, Anteilsinhaber und sonstigen Interessenträger sind von der Geschäftsleitung nach bestehenden Grundsätzen als *Leitlinien* zu berücksichtigen, wenn und solange sie sich mit dem Unternehmenswohl decken. Werden zu Lasten des Unternehmenswohls Partikularinteressen verfolgt oder Gläubigerinteressen ohne sachlichen Grund ignoriert, kann dies als Überschreitung des Leitungsermessens zur Haftung führen, weil ein unausgewogener Planentwurf idR keine Mehrheit findet und dies das Risiko des Scheiterns erhöht.

4.3.2.2. Den teilweise hinter Art 19 lit a RIRL stehenden *shift of fiduciary duties* sah das österr Recht bis zur ReO nicht vor, und ein solcher wird mit der ReO auch nicht eingeführt. Dies ist zu

begrüßen, weil das zweifellos bestehende Spannungsverhältnis zwischen Gläubiger- und Anteilsinhaberinteressen wenn dann durch konkrete gesetzliche Vorgaben (wie etwa Einschränkungen von Weisungsrechten oder Ähnlichem) an dessen Wurzel adressiert werden sollte. Lösungen sollten hingegen nicht durch vage Konzepte wie einem *shift of fiduciary duties* auf dem Rücken der Geschäftsleitung gesucht werden.

- 4.3.2.3. Die im Restrukturierungsverfahren vorgesehenen *Leitplanken* (zB Vorgaben zur Klassenbildung oder das Kriterium des Gläubigerinteresses) verringern das Leitungsermessen der Geschäftsleitung. Weil diese mit Gläubigerinteressen „aufgeladen“ sind, erhöhen sie automatisch den Gläubigerschutz.

4.3.3. Pflicht zur Insolvenzabwendung

- 4.3.3.1. Die in § 1 Abs 3 ReO vorgesehene Pflicht zur Insolvenzabwendung bedeutet zu der nach hA bestehenden gesellschaftsrechtlichen Sanierungsverantwortung keine wirkliche Neuerung. Es gibt weiterhin *keine* unbedingte Pflicht zur Einleitung einer spezifischen Sanierungsrouten; die ReO sieht daher keine „Restrukturierungsantragspflicht“ vor. Durch die Konkretisierung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze ist klargestellt, dass die Entscheidung über die „richtige“ Sanierungs- bzw Restrukturierungsrouten auch weiterhin der Geschäftsleitung im Rahmen ihres unternehmerischen Ermessens obliegt. Pflichtenauslösend kann aber nicht nur die wahrscheinliche Insolvenz sein, sondern Gegenmaßnahmen können nach bestehenden Grundsätzen auch bereits früher erforderlich sein. Die Pflicht zur Insolvenzabwendung endet erst, wenn die Insolvenz tatsächlich abgewendet bzw überwunden ist.
- 4.3.3.2. Etwas unglücklich ist mE die wortgleiche Übernahme des Handlungsleitfadens aus ErwGr 70 RIRL in die Erläut zur ReO. Der Geschäftsleitung einen beispielhaften Leitfaden in die Hand zu geben, an dem sie sich festhalten und auf den sie sich in einem möglichen Haftungsprozess im Rahmen der BJR auch stützen kann, ist zwar zu begrüßend, die im übernommenen Leitfaden verwendeten Formulierungen und Begriffe passen aber teilweise nicht zur österr Rechtssprache. Will sich die Geschäftsleitung auf den *safe harbour* der BJR stützen können, wird sie diesen Leitfaden bei ihren unternehmerischen Entscheidungen zukünftig wohl „abarbeiten“ müssen. Um hier wiederum Rechtsunsicherheit und unnötige rechtliche „Übersetzungsarbeit“ zu vermeiden, wäre es wünschenswert gewesen, den Leitfaden an die österr Rechtssprache anzupassen.

4.3.4. Pflicht zur Sicherstellung der Bestandsfähigkeit

- 4.3.4.1. Die in § 1 Abs 3 ReO ebenso vorgesehene Pflicht zur Sicherung der Bestandsfähigkeit ist eng mit der Pflicht zur Interessenberücksichtigung und zur Insolvenzabwendung zu sehen. Der Begriff der Bestandsfähigkeit wird in der ReO nicht definiert. Deren Sicherstellung (§ 1 Abs 1 ReO), Gewährleistung (§ 27 Abs 2 Z 8 ReO) und daher auch (Wieder-)Herstellung ist aber ausdrückliches Verfahrensziel und in einer mit dem Restrukturierungsplan vorzulegenden (bedingten) Fortbestehensprognose zu dokumentieren. Dieses Verfahrensziel und daher die erfolgreiche Restrukturierung des Unternehmens nicht zu gefährden, liegt im ureigensten

Wohl und Interesse des Unternehmens. Dieses Ziel ist von der Geschäftsleitung daher bereits nach bestehenden gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu berücksichtigen. Innerhalb des Restrukturierungsverfahrens wird das Verhalten der Geschäftsleitung wiederum durch verfahrensrechtliche Vorgaben und Schutzvorkehrungen mitbestimmt. Außerhalb eines ReO-Verfahrens bestimmt sich die Pflichtenlage nach der im Einzelfall erforderlichen und eingeschlagenen Sanierungs- bzw Restrukturierungsrouten.

- 4.3.4.2. Auch hier hat der ReO-Gesetzgeber den in ErwGr 71 RIRL vorgesehenen Handlungsleitfaden wortgleich in die Erläuterung übernommen. Auch hier wäre es wünschenswert gewesen, diesen an die österr Rechtssprache anzupassen.

4.3.5. Verhältnis zum URG

- 4.3.5.1. Die Haftungsbestimmung des § 22 URG bleibt (gleich wie das URG selbst) auch nach dem RIRUG bestehen. Dies ist bedauerlich. § 22 URG konkretisiert nämlich anders als § 1 Abs 3 ReO gerade *nicht* das etablierte gesellschaftsrechtliche Pflichtenregime. Aufgrund der bereits in der Vergangenheit vielkritisierten Ausgestaltung als verschuldensunabhängige Erfolgshaftung bildet diese Bestimmung vielmehr einen Fremdkörper.
- 4.3.5.2. Solange § 22 URG weiterbesteht, ist es aber zumindest zu begrüßen, dass § 25 Abs 2 ReO das Verhältnis der beiden Gesetze adressiert. Die Haftung nach § 22 Abs 1 URG entfällt demnach, wenn Mitglieder des vertretungsbefugten Organs anstelle eines Verfahrens nach dem URG ein solches nach der ReO beantragen und gehörig fortsetzen. Die Beweislast liegt aber wohl analog zu § 26, 27 URG weiterhin beim betroffenen Mitglied des vertretungsbefugten Organs, und die dazu ergangene OGH-Rsp gilt unverändert.

4.4. Ruhen der Insolvenzantragspflicht

- 4.4.1. Nach § 24 Abs 1 ReO *ruht* die Verpflichtung des Schuldners, die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens wegen Überschuldung zu beantragen, während einer Vollstreckungssperre. Damit wird Art 7 Abs 1 RIRL umgesetzt. Bei Zahlungsunfähigkeit besteht die Insolvenzantragspflicht unverändert weiter. Wird durch ein aussichtsreiches Restrukturierungsverfahren eine insolvenzrechtliche Überschuldung nicht ex ante, sondern erst mit Planbestätigung beseitigt, ist die Geschäftsleitung zur Vermeidung eigener Haftungsrisiken daher auf die Vollstreckungssperre angewiesen. Für (seltene) Fälle, in denen eine solche aus welchen Gründen auch immer nicht oder nicht in der erforderlichen (etwa nicht-öffentlichen) Form zur Verfügung steht, könnte sich mE eine Richtlinienwidrigkeit ergeben. Eine solche könnte dadurch vermieden werden, dass – wie auch im StaRUG vorgesehen – ein aussichtsreiches Restrukturierungsverfahren bereits ex ante zu einer positiven Fortbestehensprognose führen kann (s dazu schon zuvor Pkt 4.2).
- 4.4.2. Nach § 25 Abs 1 ReO entfällt während der Vollstreckungssperre auch die an die Überschuldung anknüpfende Haftung für Verstöße gegen das Zahlungsverbot gem § 84 Abs 3 Z 6 AktG und § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG. Der Haftungsentfall gilt aber *nicht* für

Zahlungen an vom Restrukturierungsplan betroffene Gläubiger sowie von Forderungen, für die eine Vollstreckungssperre gilt. Er soll vielmehr die Unternehmensfortführung innerhalb des Restrukturierungsverfahrens erleichtern. Im Vergleich zum bis dato geltenden Recht ergeben sich dadurch keine wesentlichen Änderungen. Aus Sicht der Geschäftsleitung bringt der Haftungsentfall aber Beweislasterleichterungen, weil diese im Haftungsprozess ansonsten für Ausnahmen vom Zahlungsverbot und schadensmindernde Tatsachen idR beweispflichtig ist.

- 4.4.3. *De lege ferenda* wäre es zu begrüßen, sowohl das Ruhen der Insolvenzantragspflicht als auch den Haftungsentfall iZm dem Zahlungsverbot an die Anhängigkeit des Restrukturierungsverfahrens und nicht an die Vollstreckungssperre zu knüpfen. Durch die verfahrensrechtlichen Leitplanken wird dem Gläubigerschutz und der *par condicio creditorum* bereits Rechnung getragen. Bei wahrscheinlicher Insolvenz wird Letztere sogar potentiell auf den Zeitraum vor materieller Insolvenz vorverlegt.

ABSTRACT (Deutsch)

Geschäftsleiterpflichten bei einer wahrscheinlichen Insolvenz

Die EU hat ihren MS mit RL (EU) 2019/1023 (RIRL) in Art 19 (Pflichten der Unternehmensleitung bei einer wahrscheinlichen Insolvenz) und Art 7 Abs 1 (Ruhe der Insolvenzantragspflicht) Vorgaben gemacht, die in Österreich im Juli 2021 durch das Restrukturierungs- und Insolvenz- Richtlinien-Umsetzungsgesetz, BGBl I 147/2021 (RIRUG) sowie die mit selbigem eingeführte Restrukturierungsordnung (ReO) umgesetzt wurden. Die vorliegende Dissertation untersucht die relevanten Bestimmungen der ReO mit Fokus auf GmbH-Geschäftsführer und AG-Vorstände (gemeinsam Geschäftsleiter). Ein Blick auf das europäische, englische und deutsche Recht, sowie auf relevante Arbeiten *UNCITRALs*, setzt die Untersuchung in einen breiteren internationalen Kontext. Eine im Rahmen der Dissertation durchgeführte empirische Befragung 107 österr Insolvenzverwalter gibt der Arbeit das nötige praktische Fundament.

§ 1 Abs 3 ReO knüpft an die wahrscheinliche Insolvenz Pflichten zur Insolvenzabwendung, zur Sicherstellung der Bestandfähigkeit und zur Berücksichtigung der Interessen der Gläubiger, Anteilsinhaber und sonstigen Interessenträger. Die Bestimmung dient der Umsetzung von Art 19 RIRL. Nach den Erläut zur ReO werden die bestehenden gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltspflichten durch diese Bestimmung lediglich konkretisiert, weswegen gesellschaftsrechtliche Grundprinzipien auch bei wahrscheinlicher Insolvenz weitergelten. Geschäftsleiter müssen die RL-Vorgaben bei ihrer Entscheidungsfindung und -dokumentation (im Rahmen der BJR) aber mitberücksichtigen. Es gibt keinen Automatismus für ein Restrukturierungsverfahren nach der ReO und daher keine „Restrukturierungsantragspflicht“. Die Auswahl der richtigen Sanierungsrouten obliegt nach bestehenden Grundsätzen der Geschäftsleitung im Rahmen des durch das Unternehmenswohl determinierten Leitungsermessens. Dies gilt mit der bestehenden Rsp trotz der Haftungsbestimmung des § 22 URG, die bedauerlicher Weise auch nach dem RIRUG bestehen bleibt.

Im Restrukturierungsverfahren ruht gem § 24 Abs 1 ReO während gewährter Vollstreckungssperre die an die Überschuldung geknüpfte Insolvenzantragspflicht. Gleichzeitig entfällt gem § 25 Abs 1 ReO die an die Überschuldung geknüpfte Haftung aus dem gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverbot (§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG sowie § 84 Abs 3 Z 6 AktG). Bei Zahlungsunfähigkeit gelten sowohl die Insolvenzantragspflicht als auch das Zahlungsverbot unverändert weiter. Für (seltene) Fälle, in denen warum auch immer eine Vollstreckungssperre nicht oder nicht in der erforderlichen (etwa nicht-öffentlichen) Form zur Verfügung steht, steht eine Richtlinienwidrigkeit im Raum. Aus Rechtssicherheitserwägungen wäre *de lege ferenda* wünschenswert, §§ 24 Abs 1, 25 Abs 1 ReO statt an die Vollstreckungssperre generell an die Anhängigkeit des Restrukturierungsverfahrens zu knüpfen.

ABSTRACT (Englisch)

Duties of directors where there is a likelihood of insolvency

Directive (EU) 2019/1023 includes provisions on duties of directors where there is a likelihood of insolvency (Article 19) and a suspension of a duty to file for insolvency provided under national law (Article 7 para 1), which have been implemented into Austrian law through Federal Law Gazette I 147/2021 (RIRUG) and especially the Austrian Restructuring Code (*Restrukturierungsordnung*, ReO) in July 2021. This thesis examines the relevant provisions of the ReO with a focus on managing directors of Austrian limited liability (*GmbH*) and stock corporations (*AG*) (jointly the directors, *Geschäftsleiter*). An analysis of European, English and German law, and of relevant work performed by UNCITRAL, puts this thesis into a broader international context. An empirical survey of 107 Austrian insolvency administrators performed by the author provides the necessary practical foundation.

Section 1 para 3 ReO serves as implementation of Article 19 of the Directive and requires directors in case of a likelihood of insolvency (*wahrscheinliche Insolvenz*) to take steps to avoid insolvency and to ensure viability, and thereby have due regard to the interests of creditors, equity holders and other stakeholders. According to the legislative materials of the ReO, this provision shall concretise the existing duties of care under Austrian corporate law. Corporate law principles therefore also apply in case of a likelihood of insolvency. However, directors must consider the requirements set out in the Directive in their decision-making and documentation within the framework of the business judgement rule. There is no automatism for a restructuring proceeding under the ReO and therefore no “duty to file for a ReO-proceeding”. According to established principles, the choice of the right restructuring route must be assessed by the directors within the framework of their entrepreneurial discretion determined by the best interest of the company. This applies, based on existing case law, despite the liability provision of Section 22 of the Austrian Reorganisation Act (*Unternehmensreorganisationsgesetz*, URG), which unfortunately remains in force also after the RIRUG.

In restructuring proceedings, the duty to file for insolvency linked to over-indebtedness (*Überschuldung*) is suspended pursuant to section 24 para 1 ReO during a granted stay of enforcement actions (*Vollstreckungssperre*). At the same time, according to section 25 para 1 ReO, also the liability linked to over-indebtedness under the prohibition of payment (*Zahlungsverbot*) under Austrian company law is excluded. The duty to file for insolvency and the prohibition of payment linked to illiquidity (*Zahlungsunfähigkeit*) both remain unchanged. For (rare) cases where, for whatever reason, a stay of enforcement actions is not (or not in the necessary, e.g. non-disclosed, form) available, a non-compliance with the Directive may be arguable. For reasons of legal certainty, it would *de lege ferenda* be desirable to link sections 24 para 1 and 25 para 1 ReO to the initiation and pendency of the restructuring proceedings instead of the stay of enforcement actions.

ANNEXES

Annex 1 – Fragebogen Insolvenzverwalter

Annex 2 – Fragebogen Detailauswertung

Annex 3 – Entwicklung *likelihood of insolvency*

Annex 4 – Pflichten bei wahrscheinlicher Insolvenz

Annex 5 – Ruhen der Insolvenzantragspflicht

Annex 6 – UNCITRAL vs RIRL

RA Mag. Georg Wabl, LL.M. (London)
wabl@bindergroesswang.at
 +43 664 882 42 141
<https://www.linkedin.com/in/georgwabl/>



FRAGEBOGEN FÜR DISSERTATIONSPROJEKT: GESCHÄFTSLEITERPFLICHTEN BEI DROHENDER INSOLVENZ

Sehr geehrte Damen und Herren (Kollegen),

vielen Dank für die Teilnahme an dieser Umfrage. Ich dissertiere an der Universität Wien unter Betreuung von Univ. Prof. Dr. Andreas Konecny. Mein Thema dreht sich um Geschäftsleiterpflichten¹ bei drohender Insolvenz („*likelihood of insolvency*“) und insb im Zusammenhang mit präventiven Restrukturierungsprozessen. Aufgrund aktueller Entwicklungen hat die Dissertation vor allem präventive Restrukturierungsrahmen im Lichte der bevorstehenden EU-RL vor Augen, die zu einer europaweiten Harmonisierung im Bereich der präventiven Restrukturierung beitragen sollen.

In letzten Entwurf der RL² sind in Art 18 („*Duties of directors where there is likelihood of insolvency*“) besondere Pflichten für Geschäftsleiter vorgesehen. Geschäftsleiter müssen demnach in dieser Phase zumindest

- die Interessen von Gläubigern, anderen Stakeholdern und Anteilseignern wahren,
- Schritte zur Insolvenzvermeidung setzen und
- absichtliches oder grob fahrlässiges Verhalten unterlassen, das die Überlebensfähigkeit („*viability*“) des Unternehmens gefährden kann.³

Geschäftsleiterpflichten im Krisenzusammenhang werden idR in zweierlei Hinsicht diskutiert. Einerseits wird gefragt, ob solche Pflichten geeignet bzw sogar erforderlich sind, um Geschäftsleiter dazu zu bringen, frühzeitig auf Krisensituationen zu reagieren und daher zB wenn nötig und erfolgversprechend präventive Restrukturierungsprozesse einzuleiten. Andererseits sollen Pflichten erforderlich sein, um im Krisen- bzw Insolvenzfall besonders gefährdete Interessen (va Gläubigerinteressen) zu schützen. Auch ein wesentlicher Teil meiner Dissertation wird sich mit diesen und ähnlichen Thesen sowie Forschungsfragen beschäftigen. Wesentliche Erkenntnisse dazu möchte ich mit einer empirischen Untersuchung gewinnen.

Da Sie als Insolvenzverwalterinnen und Insolvenzverwalter in Ihrer Rolle so nah am Unternehmen dran sind wie kaum ein anderer, es Kern Ihres Aufgabenbereichs ist, die (vor-)insolvenzlichen Entscheidungen und Entscheidungsprozesse der Geschäftsleitung kritisch zu untersuchen und zu hinterfragen und Sie schließlich auch über das rechtliche Know-how zur entsprechenden Einordnung der oben genannten Fragen verfügen, ist aus meiner Sicht niemand besser geeignet als Sie, meine Dissertation mit empirischen Ergebnissen zu bereichern und aufzuwerten.

Ich hoffe daher, eine aussagekräftige Zahl an Rückmeldungen (bitte bis spätestens **30. April 2019** per E-Mail an wabl@bindergroesswang.at) zu erhalten und würde mich sehr über Ihre Teilnahme an dieser Umfrage freuen. **Es sollte nicht länger als 20 Minuten lange dauern.**

Herzlichen Dank für Ihre Unterstützung!

Georg Wabl

¹ Die Dissertation beschränkt sich voraussichtl auf GmbH-Geschäftsführer und AG-Vorstände.

² Abrufbar (aktuell nur in Englisch) unter:

https://www.consilium.europa.eu/register/de/content/out?typ=SET&i=ADV&RESULTSET=1&DOC_TITLE=&CONTENT=&DOC_ID=15556%2F18&DOS_INTERINST=&DOC_SUBJECT=&DOC_SUBTYPE=&DOC_DATE=&document_date_from=date=&document_date_from_date_submit=&document_date_to=date=&document_date_to_date_submit=&MET_DATE=&meeting_date_from=date=&meeting_date_from_date_submit=&meeting_date_to=date=&meeting_date_to_date_submit=&DOC_LANCD=DE&ROWSPP=25&NRROWS=500&ORDERBY=DOC_DATE+DESC

³ Arbeitsübersetzung.

Teil 1: Bestandsaufnahme zu Regelverstößen von Geschäftsleitern im letzten Jahr vor Insolvenzeröffnung

Art 18 des letzten Entwurfs zur EU-RL sieht vor, dass Geschäftsleiter bei drohender Insolvenz zur speziellen Interessenswahrung verpflichtet sein sollen sowie Schritte zur Insolvenzvermeidung setzen und absichtliches oder grob schädigendes Verhalten unterlassen sollen. Das österr Recht kennt mehrere Bestimmungen, welche Geschäftsleiter insb im Krisenzusammenhang zu sorgfaltsgemäßigem Handeln anleiten und zB Gläubigerschutz und -gleichbehandlung sicherstellen sollen. Die nachfolgenden Fragen sollen klären, in wie vielen von Ihnen verwalteten Insolvenzverfahren dennoch entsprechende nachweisbare Regelverstöße von Geschäftsleitern in zeitlicher Nähe zur Insolvenzeröffnung (als Zeitrahmen wird ein Jahr angesetzt) vorgekommen sind.

Um mögliche Unterschiede im Verhalten der Geschäftsleiter aufzuzeigen, wird zwischen Konkurs- und Sanierungsverfahren unterschieden (bitte um Antworten zu beiden).

[illegible]

ANNEX 1 – Fragebogen Insolvenzverwalter

[illegible]

Teil 2: Geschäftsleiterpflichten, um frühzeitiges Handeln sicherzustellen

Forschungsthese: Eines der Hauptziele für Geschäftsleiterpflichten im Krisenzusammenhang ist es, Geschäftsleiter dazu zu bringen, frühzeitig auf Krisensituationen zu reagieren. Geschäftsleiter sollen nicht bis zum bitteren Ende „weiterwursteln“. Durch frühzeitiges Reagieren sollen vielmehr Werte erhalten und masselose bzw -arme Konkurse und vergleichsweise niedrige Zerschlagungsquoten vermieden werden. Pflichten sollten daher auch nicht zu streng sein, damit Geschäftsleitern trotz persönlicher Haftungsrisiken noch ausreichend Handlungsspielraum bleibt.

Statistik: In Österreich wurden 2018 rund 40% der Insolvenzen mangels kostendeckenden Vermögens nicht eröffnet. Nur rund 13 % der eröffneten Insolvenzverfahren waren Sanierungsverfahren.⁴

Bei Frage 1 sind Mehrfachankreuzungen möglich.

Frage								
1. Was ist nach Ihrer Erfahrung Ursache für die argumentierbar hohe Zahl an nicht eröffneten Verfahren und bei eröffneten Verfahren die geringe Zahl an Sanierungsverfahren?	Zu lockere Geschäftsleiterpflichten	Zu strenge Geschäftsleiterpflichten	Fehlende gesetzl Restrukturierungstools (wie von der RL intendiert, zB wie das amerikanische <i>Chapter 11</i> oder der englische <i>scheme of arrangement</i>)?	Österr KMU-Struktur und insb üblicherweise persönliche Haftungsrisiken der (oft Gesellschafter-) Geschäftsleiter	Fehlende Bereitschaft der Stakeholder (va Großgläubiger), präventive Prozesse zu unterstützen	Fehlende Mittel (zB zur Beiziehung von Beratern, Einholung eines Restrukturierungskonzepts etc)	Fehlende Bereitschaft der Anteilseigner, Restrukturierungsmaßnahmen zu unterstützen (zB mit Kapitalspritzen)	Andere (<u>welche?</u>)
	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐

2. Die RL möchte besonderen Fokus auf KMU legen. Rund 95% aller in Österreich eröffneten Insolvenzverfahren betreffen Unternehmen mit weniger als EUR 2 Mio an Verbindlichkeiten.	Nein	Ja (<u>bitte wenn möglich Unterschiede beschreiben</u>)
Sehen Sie für die in Frage 1. getätigte Beurteilung Unterschiede zwischen großen Unternehmen und KMU ⁵ ?	☐	☐

⁴ Quelle: www.ksv.at (Anm: Die Statistiken für 2018 zeigen nicht, in wie vielen der Konkursverfahren nachträglich ein Sanierungsplan gestellt bzw umgekehrt in wie vielen Sanierungsverfahren der Sanierungsplan nachträglich zurückgezogen wurde; ebenso wenig geht hervor, wie viele der Sanierungspläne tatsächlich auch erfüllt werden; Statistiken zur Zahl der auch in Konkursverfahren beantragten Sanierungspläne und zur Zahl der tatsächlich erfüllten Sanierungspläne für den Zeitraum Juli 2010 bis Juni 2012 finden sich in Zotter, Sanierungsplan: Der „neue Zwangsausgleich“ in der Praxis, ZIK 2012/246, 180).

Teil 3: Geschäftsleiterpflichten zum Schutz bestimmter Interessen(sträger)

Forschungsthese: Einer der Hauptzwecke für Geschäftsleiterpflichten im Krisenzusammenhang ist der Schutz legitimer Interessen von Gläubigern und anderen Stakeholdern, die in dieser Phase besonders gefährdet sind. Einerseits sollten Pflichten und damit zusammenhängende Haftungsrisiken eine gewisse Abschreckungswirkung bzw einen „Erziehungseffekt“ haben. Sollten andererseits trotz entsprechender Pflichten und Verbote Regelverstöße vorkommen, müssen Insolvenzverwalter in der Lage sein, Ersatzansprüche gegen die rechtswidrig agierende Geschäftsleitung geltend und dadurch im besten Fall entstandenen Schaden wieder gut zu machen.

Die nachfolgenden Fragen sollen klären, ob dies durch das bestehende österr Regelwerk gewährleistet ist oder ob es Schutzlücken gibt.

Um mögliche Unterschiede im Verhalten der Geschäftsleiter aufzuzeigen, wird bei den Fragen 3 bis 5 zwischen Konkurs- und Sanierungsverfahren unterschieden (bitte um Antworten zu beiden).

Bei Frage 6 sind Mehrfachankreuzungen möglich.

Frage					
1. Reichen die vorhandenen gesetzlichen Regelungen (insb § 25 GmbHG, § 84 AktG, § 22 URG, § 69 Abs 2 und §§ 30, 31 IO, strafrechtl Schutzgesetze) aus Ihrer Sicht aus, um bei Verletzungen der genannten oder anderer relevanter Bestimmungen erfolgreich Ersatzforderungen ggü der Geschäftsleitung geltend zu machen?	absolut nicht ☐	eher nicht ☐	eher schon ☐	absolut ☐	Gibt es aus Ihrer Sicht Schutzlücken und wenn ja, welche?
2. Sind die Interessen der Gesellschaft, der Anteilseigner, der Gläubiger und anderer Stakeholder (zB Arbeitnehmer) gleichermaßen geschützt?	absolut nicht ☐	eher nicht ☐	eher schon ☐	absolut ☐	Gibt es aus Ihrer Sicht Abweichungen und wenn ja, welche?

⁵ Für diese Zwecke wird die von der Europäischen Kommission vorgeschlagene Definition von KMU (<https://www.wko.at/service/zahlen-daten-fakten/KMU-definition.html>) herangezogen.

ANNEX 1 – Fragebogen Insolvenzverwalter

[illegible][illegible]

Teil 4: Reformüberlegungen

Diese Fragen sollen klären, welchen Einfluss die kommende EU-RL auf das bestehende Pflichtenregime für Geschäftsleiter in Österreich haben kann, soll oder muss.

Mehrfachankreuzungen sind möglich.

Frage								
1. Nach welchen Interessen richten sich nach Ihrer Erfahrung die Entscheidungen der Geschäftsleiter im Krisenzusammenhang?	Gesellschaft ☐	Anteilseigner ☐	Alle Gläubiger ☐	Großgläubiger (va Finanzgläubiger) ☐	Kleingläubiger (va Kunden und Lieferanten) ☐	Eigene (persönliche Haftung, private Sicherheiten etc) ☐	Arbeitnehmer ☐	Sonstige (<u>welche?</u>) ☐
2. Wie sollte Art 18 der kommenden EU-RL aus Ihrer Sicht in Österreich umgesetzt werden?	Anpassung des § 22 URG in einem aufgewerteten URG ☐	Änderung bzw Ergänzung des § 69 IO ☐	Änderung der gesellschaftsrechtlichen Pflichtenregelungen (insb § 25 GmbHG bzw § 84 AktG) ☐	Komplett neue Regelung (<u>wenn ja, wo?</u>) ☐	Gar nicht, weil die bestehenden Regeln und dazugehörige Judikatur RL-Ziele bereits vollständig abdecken ☐	Anders (<u>wie?</u>) ☐		

SAMMELBLÄTTER ZUR AUSWERTUNG

Sammelblatt Teil 1: Bestandsaufnahme zu Regelverstößen von Geschäftsleitern im letzten Jahr vor Insolvenzeröffnung

Art 18 des letzten Entwurfs zur EU-RL sieht vor, dass Geschäftsleiter bei drohender Insolvenz zur speziellen Interessenswahrung verpflichtet sein sollen sowie Schritte zur Insolvenzvermeidung setzen und absichtliches oder grob schädigendes Verhalten unterlassen sollen. Das österr Recht kennt mehrere Bestimmungen, welche Geschäftsleiter insb im Krisenzusammenhang zu sorgfaltsgemäßigem Handeln anleiten und zB Gläubigerschutz und -gleichbehandlung sicherstellen sollen. Die nachfolgenden Fragen sollen klären, in wie vielen von Ihnen verwalteten Insolvenzverfahren dennoch entsprechend nachweisbare Regelverstöße von Geschäftsleitern in zeitlicher Nähe zur Insolvenzeröffnung (als Zeitrahmen wird ein Jahr angesetzt) vorgekommen sind.

Um mögliche Unterschiede im Verhalten der Geschäftsleiter aufzuzeigen, wird zwischen Konkurs- und Sanierungsverfahren unterschieden (bitte um Antworten zu beiden).

Frage	Konkursverfahren				Sanierungsverfahren				Durchschnitt	
	0 – 25%	25 – 50%	50-75%	75 – 100%	0 – 25%	25 – 50%	50-75%	75 – 100%	KV	SV
1. In wie viel Prozent der von Ihnen verwalteten Insolvenzverfahren ergeben sich Ansprüche aus Insolvenzanfechtung (insb §§ 30, 31 IO)?	9,62%	27,88%	35,58%	26,92%	27,84%	32,99%	26,80%	12,37%	57,45%	43,43%
2. In wie viel Prozent der Verfahren ergeben sich Verstöße gegen Kapitalerhaltungsvorschriften (zB § 52 AktG sowie § 82 GmbHG)?	43,27%	32,69%	23,08%	0,96%	60,82%	22,68%	16,49%	0,00%	32,93%	26,42%
3. In wie viel Prozent der Verfahren hat die Geschäftsleitung strafrechtlich relevantes Verhalten durch Verletzung von Vermögensdelikten, die primär dem Schutz des Gesellschaftsvermögens bzw der wirtschaftlich Berechtigten (Anteilseigner) dienen (insb § 153 StGB) gesetzt?	73,08%	20,19%	6,73%	0,00%	86,46%	10,42%	3,13%	0,00%	20,91%	16,67%

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

4. In wie viel Prozent der Verfahren hat die Geschäftsleitung strafrechtlich relevantes Verhalten durch Verletzung von Vermögensdelikten, die primär dem Gläubigerschutz dienen (insb §§ 146, 153c, 156ff StGB sowie Bilanzdelikte) gesetzt?	65,05%	23,30%	7,77%	3,88%	81,05%	12,63%	5,26%	1,05%	25,12%	19,08%
Frage	Konkursverfahren				Sanierungsverfahren				Durchschnitt	
	0 – 25%	25 – 50%	50-75%	75 – 100%	0 – 25%	25 – 50%	50-75%	75 – 100%	KV	SV
5. In wie viel Prozent der Verfahren hat die Geschäftsleitung die Insolvenzantragspflicht des § 69 Abs 2 IO verletzt?	14,15%	31,13%	32,08%	22,64%	45,00%	28,00%	17,00%	10,00%	53,30%	35,50%
6. In wie viel Prozent der Verfahren hat die Geschäftsleitung das an die materielle Insolvenz geknüpfte Zahlungsverbot des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG bzw § 84 Abs 3 Z 6 AktG verletzt?	26,67%	28,57%	24,76%	20,00%	44,90%	29,59%	14,29%	11,22%	47,02%	35,46%
7. In wie viel Prozent der Verfahren hat die Geschäftsleitung die Pflicht zur Einleitung eines Reorganisationsverfahrens (§ 22 URG) verletzt?	32,00%	23,00%	19,00%	26,00%	47,87%	29,79%	6,38%	15,96%	47,25%	35,11%
8. In wie viel Prozent der Verfahren hat die Geschäftsleitung in Verletzung der Rückzahlungssperre des § 14 EKEG Zahlungen geleistet?	60,00%	32,38%	7,62%	0,00%	71,72%	24,24%	4,04%	0,00%	24,40%	20,58%

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

9. In wie viel Prozent der Verfahren hat die Geschäftsleitung in Krisensituationen in anderer Weise falsch reagiert und dadurch ihre Sorgfaltspflichten (Business Judgement Rule) gem § 25 GmbHG bzw § 84 AktG verletzt (zB Abschluss zu riskanter Geschäfte, Nicht-Einleitung von Restrukturierungs- oder Reorganisationsmaßnahmen, obwohl solche objektiv geboten gewesen wären etc)?	20,00%	37,14%	24,76%	18,10%	36,36%	37,37%	13,13%	13,13%	47,74%	38,26%

Sammelblatt Teil 2: Geschäftsleiterpflichten, um frühzeitiges Handeln sicherzustellen

Forschungsthese: Eines der Hauptziele für Geschäftsleiterpflichten im Krisenzusammenhang ist es, Geschäftsleiter dazu zu bringen, frühzeitig auf Krisensituationen zu reagieren. Geschäftsleiter sollen nicht bis zum bitteren Ende „weiterwursteln“. Durch frühzeitiges Reagieren sollen vielmehr Werte erhalten und masselose bzw -arme Konkurse und vergleichsweise niedrige Zerschlagungsquoten vermieden werden. Pflichten sollten daher auch nicht zu streng sein, damit Geschäftsleitern trotz persönlicher Haftungsrisiken noch ausreichend Handlungsspielraum bleibt.

Statistik: In Österreich wurden 2018 rund 40% der Insolvenzen mangels kostendeckenden Vermögens nicht eröffnet. Nur rund 13 % der eröffneten Insolvenzverfahren waren Sanierungsverfahren.

Bei Frage 1 sind Mehrfachankreuzungen möglich.

Frage								
1. Was ist nach Ihrer Erfahrung Ursache für die argumentierbar hohe Zahl an nicht eröffneten Verfahren und bei eröffneten Verfahren die geringe Zahl an Sanierungsverfahren?	Zu lockere Geschäftsleiterpflichten	Zu strenge Geschäftsleiterpflichten	Fehlende gesetzl Restrukturierungstools (wie von der RL intendiert, zB wie das amerikanische Chapter 11 oder der englische scheme of arrangement)?	Österr KMU-Struktur und insb üblicherweise persönliche Haftungsrisiken der (oft Gesellschafter-) Geschäftsleiter	Fehlende Bereitschaft der Stakeholder (va Großgläubiger), präventive Prozesse zu unterstützen	Fehlende Mittel (zB zur Beiziehung von Beratern, Einholung eines Restrukturierungskonzepts etc)	Fehlende Bereitschaft der Anteilseigner, Restrukturierungsmaßnahmen zu unterstützen (zB mit Kapitalspritzen)	Andere (welche)
	32,38%	1,90%	17,14%	54,29%	32,38%	64,76%	47,62%	14,29%

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

2. Die RL möchte besonderen Fokus auf KMU legen. Rund 95% aller in Österreich eröffneten Insolvenzverfahren betreffen Unternehmen mit weniger als EUR 2 Mio an Verbindlichkeiten. Sehen Sie für die in Frage 1. getätigte Beurteilung Unterschiede zwischen großen Unternehmen und KMU?	Nein	Ja (<u>bitte wenn möglich Unterschiede beschreiben</u>)
	45,54%	54,46%

Sammelblatt Teil 3: Geschäftsleiterpflichten zum Schutz bestimmter Interessen(sträger)

Forschungsthese: Einer der Hauptzwecke für Geschäftsleiterpflichten im Krisenzusammenhang ist der Schutz legitimer Interessen von Gläubigern und anderen Stakeholdern, die in dieser Phase besonders gefährdet sind. Einerseits sollten Pflichten und damit zusammenhängende Haftungsrisiken eine gewisse Abschreckungswirkung bzw einen „Erziehungseffekt“ haben. Sollten andererseits trotz entsprechender Pflichten und Verbote Regelverstöße vorkommen, müssen Insolvenzverwalter in der Lage sein, Ersatzansprüche gegen die rechtswidrig agierende Geschäftsleitung geltend und dadurch im besten Fall entstandenen Schaden wieder gut zu machen.

Die nachfolgenden Fragen sollen klären, ob dies durch das bestehende österr Regelwerk gewährleistet ist oder ob es Schutzlücken gibt.

Um mögliche Unterschiede im Verhalten der Geschäftsleiter aufzuzeigen, wird bei den Fragen 3 bis 5 zwischen Konkurs- und Sanierungsverfahren unterschieden (bitte um Antworten zu beiden).

Bei Frage 6 sind Mehrfachankreuzungen möglich.

Frage					
1. Reichen die vorhandenen gesetzlichen Regelungen (insb § 25 GmbHG, § 84 AktG, § 22 URG, § 69 Abs 2 und §§ 30, 31 IO, strafrechtl Schutzgesetze) aus Ihrer Sicht aus, um bei Verletzungen der genannten oder anderer relevanter Bestimmungen erfolgreich Ersatzforderungen ggü der Geschäftsleitung geltend zu machen?	absolut nicht	eher nicht	eher schon	absolut	Gibt es aus Ihrer Sicht Schutzlücken und wenn ja, welche?
	0,93%	11,21%	60,75%	27,10%	
2. Sind die Interessen der Gesellschaft, der Anteilseigner, der Gläubiger und anderer Stakeholder (zB Arbeitnehmer) gleichermaßen geschützt?	absolut nicht	eher nicht	eher schon	absolut	Gibt es aus Ihrer Sicht Abweichungen und wenn ja, welche?
	7,62%	33,33%	45,71%	13,33%	

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

Frage	Konkursverfahren				Sanierungsverfahren				Durchschnitt	
	0 – 25%	25 – 50%	50-75%	75 – 100%	0 – 25%	25 – 50%	50-75%	75 – 100%	KV	SV
3. In wie viel Prozent der Verfahren machen Sie Ansprüche gegen die Geschäftsleitung gerichtlich geltend?	80,95%	17,14%	0,95%	0,95%	95,79%	3,16%	1,05%	0,00%	17,98%	13,82%
4. In wie viel Prozent der Verfahren einigen Sie sich mit Geschäftsleitern ohne Gerichtsstreit per Vergleich?	47,06%	15,69%	16,67%	20,59%	57,14%	6,59%	10,99%	25,27%	40,20%	38,60%
5. In wie viel Prozent der Verfahren kommt die Geschäftsleitung trotz bestehender Ansprüche „ungestraft“ davon?	38,78%	28,57%	23,47%	9,18%	48,28%	24,14%	16,09%	11,49%	38,27%	35,20%

6. Was sind Gründe, von einer gerichtlichen Geltendmachung abzusehen?	Prozesskostenrisiko (und zB keine Prozesskostenfinanzierung)	Einbringlichkeitsrisiko (schlechte Bonität des Geschäftsleiters)	Fehlende D&O Versicherung	Fehlende Mittel in der Masse zB für Einholung eines externen Gutachtens	Zeitfaktor (insb im Sanierungsverfahren)	Unklare Faktenlage (Mangel an Beweismitteln)	Schaden kann anderweitig wieder gut gemacht werden (zB durch Insolvenzanfechtung)	Andere (welche?)
	64,15%	95,28%	37,74%	65,09%	38,68%	53,77%	17,92%	5,66%

Sammelblatt Teil 4: Reformüberlegungen

Diese Fragen sollen klären, welchen Einfluss die kommende EU-RL auf das bestehende Pflichtenregime für Geschäftsleiter in Österreich haben kann, soll oder muss.

Mehrfachankreuzungen sind möglich.

Frage								
1. Nach welchen Interessen richten sich nach Ihrer Erfahrung die Entscheidungen der Geschäftsleiter im Krisenzusammenhang?	Gesellschaft	Anteilseigner	Alle Gläubiger	Großgläubiger (va Finanzgläubiger)	Kleingläubiger (va Kunden und Lieferanten)	Eigene (persönliche Haftung, private Sicherheiten etc)	Arbeitnehmer	Sonstige (welche?)
	34,91%	36,79%	0,00%	50,00%	10,38%	91,51%	16,98%	0,94%
2. Wie sollte Art 18 der kommenden EU-RL aus Ihrer Sicht in Österreich umgesetzt werden?	Anpassung des § 22 URG in einem aufgewerteten URG	Änderung bzw Ergänzung des § 69 IO	Änderung der gesellschaftsrechtlichen Pflichtenregelungen (insb § 25 GmbHG bzw § 84 AktG)	Komplett neue Regelung (wenn ja, wo?)	Gar nicht, weil die bestehenden Regeln und dazugehörige Judikatur RL-Ziele bereits vollständig abdecken		Anders (wie?)	
	17,17%	39,39%	32,32%	1,01%	37,37%		4,04%	

EINZELAUSWERTUNGEN

Teil 1: Bestandsaufnahme zu Regelverstößen von Geschäftsleitern im letzten Jahr vor Insolvenzeröffnung								
1. In wie viel Prozent der von Ihnen verwalteten Insolvenzverfahren ergeben sich Ansprüche aus Insolvenzanfechtung (insb §§ 30, 31 IO)?								
	Konkursverfahren				Sanierungsverfahren			
	0-25%	25-50%	50-75%	75-100%	0-25%	25-50%	50-75%	75-100%
1				1		1		
2	1				1			
3	0	0	0	0	0	0	0	0
4		1				1		
5				1			1	
6		1			1			
7			1				1	
8	1				1			
9	1				1			
10			1				1	
11			1		1			
12		1				1		
13		1			1			
14		1				1		
15				1			1	
16			1		1			
17			1			1		
18			1		1			
19		1			1			
20		1				1		
21				1			1	
22			1				1	
23			1		0	0	0	0
24			1		0	0	0	0
25		1				1		
26	0	0	0	0	0	0	0	0
27				1			1	
28	1					1		
29	1				1			
30				1		1		
31			1			1		
32		1			1			
33				1	0	0	0	0
34		1			1			
35			1				1	
36			1				1	
37				1			1	
38		1			0	0	0	0
39				1		1		
40			1			1		
41	1				0	0	0	0

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

42		1			1			
43			1				1	
44				1				1
45				1				1
46			1		1			
47			1				1	
48			1				1	
49	1				1			
50		1				1		
51	1				1			
52		1			1			
53			1			1		
54	1				1			
55		1			0	0	0	0
56		1			0	0	0	0
57				1			1	
58				1		1		
59				1		1		
60			1				1	
61		1				1		
62		1				1		
63			1				1	
64			1				1	
65			1		0	0	0	0
66				1		1		
67				1			1	
68				1				1
69		1				1		
70			1			1		
71		1				1		
72			1				1	
73				1				1
74			1			1		
75		1			1			
76			1			1		
77		1					1	
78			1		1			
79		1				1		
80			1				1	
81				1				1
82		1			1			
83				1			1	
84			1			1		
85	0	0	0	0				1
86				1				1
87				1				1
88				1				1
89				1				1
90				1				1
91			1				1	
92				1		1		
93				1		1		

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

94		1			1			
95		1			1			
96				1				1
97			1				1	
98			1			1		
99			1			1		
100		1			1			
101			1				1	
102			1				1	
103			1			1		
104		1			1			
105	1				1			
106			1			1		
107		1			1			
108								
109								
110								
111								
112								
Summe	10	29	37	28	27	32	26	12
%-Anteil	9,62%	27,88%	35,58%	26,92%	27,84%	32,99%	26,80%	12,37%
Durchschnittsprozentsatz								
<u>Faktor:</u>	1,20	10,46	22,24	23,56	3,48	12,37	16,75	10,82
<u>Schnitt:</u>	57,45%				43,43%			

<i>Teil 1: Bestandsaufnahme zu Regelverstößen von Geschäftsleitern im letzten Jahr vor Insolvenzeröffnung</i>								
2. In wie viel Prozent der Verfahren ergeben sich Verstöße gegen Kapi-talerhaltungsvorschriften (zB § 52 AktG sowie § 82 GmbHG)?								
	Konkursverfahren				Sanierungsverfahren			
	0-25%	25-50%	50-75%	75-100%	0-25%	25-50%	50-75%	75-100%
1			1				1	
2	1				1			
3	0	0	0	0	0	0	0	0
4	1				1			
5			1			1		
6	1				1			
7			1				1	
8		1			1			
9	1				1			
10			1				1	
11		1			1			
12	1				1			
13	1				1			
14		1				1		

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

15	1				1			
16		1			1			
17		1			1			
18			1		1			
19	1				1			
20	1				1			
21			1		1			
22		1				1		
23	1				0	0	0	0
24	1				0	0	0	0
25	1				1			
26	0	0	0	0	0	0	0	0
27		1			1			
28	1					1		
29	1				1			
30	1				1			
31	1				1			
32		1			1			
33	1				0	0	0	0
34	1				1			
35			1				1	
36		1				1		
37		1			1			
38	1				0	0	0	0
39	1				1			
40			1				1	
41	1				0	0	0	0
42	1				1			
43	1				1			
44		1				1		
45			1				1	
46		1			1			
47		1				1		
48			1			1		
49	1				1			
50	1				1			
51	1				1			
52	1				1			
53			1		1			
54	1				1			
55		1			0	0	0	0
56	1				0	0	0	0
57		1			1			
58		1			1			
59			1				1	
60			1				1	
61	1				1			
62		1				1		
63		1				1		
64		1				1		
65	1				0	0	0	0
66		1			1			

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

67		1			1			
68			1			1		
69		1			1			
70			1				1	
71		1				1		
72	1				1			
73	1				1			
74	1				1			
75	1				1			
76			1		1			
77	1				1			
78		1			1			
79	1				1			
80		1				1		
81			1				1	
82	1				1			
83		1			1			
84		1				1		
85	0	0	0	0			1	
86			1				1	
87			1				1	
88				1			1	
89		1				1		
90	1				1			
91	1				1			
92		1			1			
93			1			1		
94	1				1			
95	1				1			
96			1				1	
97	1				1			
98			1			1		
99			1			1		
100		1				1		
101		1				1		
102		1				1		
103		1			1			
104		1			1			
105	1				1			
106			1				1	
107	1				1			
108								
109								
110								
111								
112								
Summe	45	34	24	1	59	22	16	0
%-Anteil	43,27%	32,69%	23,08%	0,96%	60,82%	22,68%	16,49%	0,00%
Durchschnittsprozentsatz								
Faktor:	5,41	12,26	14,42	0,84	7,60	8,51	10,31	0,00
Schnitt:	32,93%				26,42%			

Teil 1: Bestandsaufnahme zu Regelverstößen von Geschäftsleitern im letzten Jahr vor Insolvenzeröffnung

3. In wie viel Prozent der Verfahren hat die Geschäftsleitung strafrechtlich relevantes Verhalten durch Verletzung von Vermögensdelikten, die primär dem Schutz des Gesellschaftsvermögens bzw der wirtschaftlich Berechtigten (Anteilseigner) dienen (insb § 153 StGB) gesetzt?

	Konkursverfahren				Sanierungsverfahren			
	0-25%	25-50%	50-75%	75-100%	0-25%	25-50%	50-75%	75-100%
1			1				1	
2	1				1			
3	0	0	0	0	0	0	0	0
4	1				1			
5	1				1			
6	1				1			
7	1				1			
8	1				1			
9	1				1			
10		1				1		
11	1				1			
12	1				1			
13	1				1			
14		1				1		
15	1				1			
16	1				1			
17	1				1			
18			1				1	
19	1				1			
20		1			1			
21		1				1		
22	1				1			
23	1				0	0	0	0
24	1				0	0	0	0
25	1				1			
26	0	0	0	0	0	0	0	0
27	1				1			
28	1				1			
29	1				1			
30	1				1			
31	1				1			
32		1			1			
33	1				0	0	0	0
34	1				1			
35	1				1			
36	1				1			
37	1				1			
38	1				0	0	0	0
39		1			1			
40	1				1			

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

41	1				0	0	0	0
42	1				1			
43	1				1			
44	1				1			
45		1			1			
46		1			1			
47	1				1			
48	1				1			
49	1				1			
50	1				1			
51	1				1			
52	1				1			
53		1			1			
54	1				1			
55	1				0	0	0	0
56	1				0	0	0	0
57			1			1		
58		1			1			
59			1				1	
60			1			1		
61	1				1			
62		1				1		
63	1				1			
64	1				1			
65	1				0	0	0	0
66	1				1			
67	1				0	0	0	0
68		1			1			
69	1				1			
70	1				1			
71	1				1			
72	1				1			
73	1				1			
74	1				1			
75		1			1			
76			1		1			
77	1				1			
78		1			1			
79	1				1			
80	1				1			
81		1				1		
82	1				1			
83	1				1			
84	1				1			
85	0	0	0	0		1		
86		1			1			
87		1			1			
88	1				1			
89	1				1			
90	1				1			
91	1				1			
92		1			1			

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

93	1				1			
94	1				1			
95	1				1			
96		1				1		
97	1				1			
98	1				1			
99			1			1		
100	1				1			
101		1			1			
102	1				1			
103		1			1			
104	1				1			
105	1				1			
106	1				1			
107	1				1			
108								
109								
110								
111								
112								
Summe	76	21	7	0	83	10	3	0
%-Anteil	73,08%	20,19%	6,73%	0,00%	86,46%	10,42%	3,13%	0,00%
Durchschnittsprozentsatz								
<u>Faktor:</u>	9,13	7,57	4,21	0,00	10,81	3,91	1,95	0,00
<u>Schnitt:</u>	20,91%				16,67%			

<i>Teil 1: Bestandsaufnahme zu Regelverstößen von Geschäftsleitern im letzten Jahr vor Insolvenzeröffnung</i>								
4. In wie viel Prozent der Verfahren hat die Geschäftsleitung strafrechtlich relevantes Verhalten durch Verletzung von Vermögensdelikten, die primär dem Gläubigerschutz dienen (insb §§ 146, 153c, 156ff StGB sowie Bilanzdelikte) gesetzt?								
	Konkursverfahren				Sanierungsverfahren			
	0-25%	25-50%	50-75%	75-100%	0-25%	25-50%	50-75%	75-100%
1			1				1	
2	1				1			
3	0	0	0	0	0	0	0	0
4		1				1		
5	1				1			
6	1				1			
7	1				1			
8	1				1			
9	1				1			
10		1				1		
11	1				1			

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

12	1				1			
13	1				1			
14		1				1		
15	1				1			
16	1				1			
17	1				1			
18			1				1	
19	1				1			
20		1			1			
21		1				1		
22	1				1			
23		1			0	0	0	0
24	1				0	0	0	0
25	1				1			
26	0	0	0	0	0	0	0	0
27	1				1			
28	1				1			
29	1				1			
30	1				1			
31			1			1		
32		1			1			
33			1		0	0	0	0
34	1				1			
35	1				1			
36	1				1			
37				1			1	
38	1				0	0	0	0
39		1			1			
40	0	0	0	0	0	0	0	0
41	1				0	0	0	0
42	1				1			
43	1				1			
44	1				1			
45	1				1			
46	1				1			
47	1				1			
48		1			1			
49	1				1			
50	1				1			
51	1				1			
52	1				1			
53		1			1			
54	1				1			
55	1				0	0	0	0
56	1				0	0	0	0
57	1				1			
58		1			1			
59			1				1	
60			1		1			
61	1				1			
62				1				1
63	1				1			

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

64	1				1			
65	1				0	0	0	0
66	1				1			
67	1				0	0	0	0
68				1		1		
69	1				1			
70	1				1			
71	1				1			
72	1				1			
73		1				1		
74	1				1			
75		1			1			
76			1		1			
77	1				1			
78	1				1			
79	1				1			
80		1				1		
81		1				1		
82	1				1			
83	1				1			
84	1				1			
85	0	0	0	0		1		
86		1			1			
87		1			1			
88		1			1			
89	1				1			
90		1			1			
91	1				1			
92			1		1			
93	1				1			
94	1				1			
95	1				1			
96		1				1		
97	1				1			
98				1			1	
99		1				1		
100	1				1			
101		1			1			
102	1				1			
103		1			1			
104	1				1			
105		1			1			
106	1				1			
107	1				1			
108								
109								
110								
111								
112								
Summe	67	24	8	4	77	12	5	1
%-Anteil	65,05%	23,30%	7,77%	3,88%	81,05%	12,63%	5,26%	1,05%

Durchschnittsprozentsatz

<u>Faktor:</u>	8,13	8,74	4,85	3,40	10,13	4,74	3,29	0,92
<u>Schnitt:</u>	25,12%		19,08%					

Teil 1: Bestandsaufnahme zu Regelverstößen von Geschäftsleitern im letzten Jahr vor Insolvenzeröffnung

5. In wie viel Prozent der Verfahren hat die Geschäftsleitung die Insolvenzantragspflicht des § 69 Abs 2 IO verletzt?

	Konkursverfahren				Sanierungsverfahren			
	0-25%	25-50%	50-75%	75-100%	0-25%	25-50%	50-75%	75-100%
1			1			1		
2	1				1			
3			1			1		
4			1				1	
5		1				1		
6			1		1			
7				1				1
8		1			1			
9		1				1		
10				1		1		
11	1				1			
12	1				1			
13	1				1			
14				1		1		
15		1			1			
16	1				1			
17		1			1			
18				1				1
19		1			1			
20		1				1		
21				1			1	
22			1		1			
23		1			0	0	0	0
24		1			0	0	0	0
25	1				1			
26			1			1		
27		1			1			
28			1				1	
29	1				1			
30		1			1			
31			1			1		
32		1			1			
33				1	0	0	0	0
34		1			1			
35			1				1	

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

36			1				1	
37			1		1			
38		1			0	0	0	0
39		1			1			
40			1			1		
41			1				1	
42		1			1			
43	1				1			
44	1				1			
45				1			1	
46	1				1			
47			1				1	
48				1			1	
49		1				1		
50		1				1		
51		1			1			
52		1			1			
53			1			1		
54	1				1			
55		1			0	0	0	0
56		1			0	0	0	0
57				1			1	
58				1		1		
59			1			1		
60				1		1		
61			1				1	
62				1				1
63			1				1	
64		1			1			
65	1				0	0	0	0
66		1				1		
67		1			1			
68				1		1		
69		1			1			
70		1				1		
71				1				1
72			1				1	
73		1			1			
74	1				1			
75			1			1		
76		1			1			
77			1			1		
78			1			1		
79	1				1			
80			1				1	
81				1				1
82		1			1			
83				1		1		
84			1		1			
85	0	0	0	0				1
86				1				1
87				1	1			

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

88				1	1			
89				1				1
90			1			1		
91				1				1
92			1		1			
93				1				1
94			1		1			
95		1				1		
96			1		1			
97			1				1	
98				1			1	
99			1			1		
100			1			1		
101				1		1		
102			1				1	
103			1		1			
104			1		1			
105		1			1			
106		1			1			
107	1				1			
108								
109								
110								
111								
112								
Summe	15	33	34	24	45	28	17	10
%-Anteil	14,15%	31,13%	32,08%	22,64%	45,00%	28,00%	17,00%	10,00%
Durchschnittsprozentsatz								
<u>Faktor:</u>	1,77	11,67	20,05	19,81	5,63	10,50	10,63	8,75
<u>Schnitt:</u>	53,30%				35,50%			

Teil 1: Bestandsaufnahme zu Regelverstößen von Geschäftsleitern im letzten Jahr vor Insolvenzeröffnung								
6. In wie viel Prozent der Verfahren hat die Geschäftsleitung das an die materielle Insolvenz geknüpfte Zahlungsverbot des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG bzw § 84 Abs 3 Z 6 AktG verletzt?								
	Konkursverfahren				Sanierungsverfahren			
	0-25%	25-50%	50-75%	75-100%	0-25%	25-50%	50-75%	75-100%
1				1				1
2	1				1			
3		1			1			
4			1				1	
5			1			1		
6				1		1		

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

7			1				1	
8		1			1			
9			1				1	
10			1				1	
11	1				1			
12		1				1		
13	1					1		
14		1				1		
15	1				1			
16	1				1			
17		1			1			
18				1				1
19		1			1			
20		1				1		
21		1				1		
22		1				1		
23		1			0	0	0	0
24	1				0	0	0	0
25	1				1			
26		1			1			
27		1			1			
28			1				1	
29		1			1			
30	1				1			
31			1		1			
32		1			1			
33				1	0	0	0	0
34				1				1
35			1				1	
36			1				1	
37	1				1			
38		1			0	0	0	0
39			1		1			
40				1		1		
41	1					1		
42		1			1			
43	1				1			
44				1				1
45				1			1	
46	1				1			
47			1				1	
48			1		1			
49	0	0	0	0	0	0	0	0
50	1				1			
51	1				1			
52		1				1		
53			1		1			
54	1				1			
55		1			0	0	0	0
56	1				0	0	0	0
57	1					1		
58			1			1		

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

59				1				1
60				1			1	
61	1				1			
62				1				1
63				1				1
64	1				1			
65	1				0	0	0	0
66		1				1		
67		1			1			
68				1		1		
69		1			1			
70		1				1		
71			1				1	
72		1				1		
73	1				1			
74	1				1			
75			1			1		
76			1		1			
77	1				1			
78			1			1		
79	1				1			
80			1				1	
81				1				1
82		1			1			
83			1			1		
84			1		1			
85	0	0	0	0			1	
86				1		1		
87			1			1		
88			1		1			
89				1				1
90		1			1			
91				1				1
92		1			1			
93				1				1
94				1		1		
95		1				1		
96				1		1		
97		1				1		
98				1			1	
99			1			1		
100			1			1		
101	1				1			
102		1				1		
103			1		1			
104	1				1			
105	1				0	0	0	0
106		1			1			
107	1				1			
108								
109								
110								

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

111								
112								
Summe	28	30	26	21	44	29	14	11
%-Anteil	26,67%	28,57%	24,76%	20,00%	44,90%	29,59%	14,29%	11,22%
Durchschnittsprozentsatz								
<u>Faktor:</u>	3,33	10,71	15,48	17,50	5,61	11,10	8,93	9,82
<u>Schnitt:</u>	47,02%				35,46%			

Teil 1: Bestandsaufnahme zu Regelverstößen von Geschäftsleitern im letzten Jahr vor Insolvenzeröffnung								
7. In wie viel Prozent der Verfahren hat die Geschäftsleitung die Pflicht zur Einleitung eines Reorganisationsverfahrens (§ 22 URG) verletzt?								
	Konkursverfahren				Sanierungsverfahren			
	0-25%	25-50%	50-75%	75-100%	0-25%	25-50%	50-75%	75-100%
1	1				1			
2		1			1			
3			1		1			
4		1				1		
5			1			1		
6				1		1		
7				1				1
8				1				1
9	1				1			
10				1			1	
11	1				1			
12				1				1
13		1				1		
14	1				1			
15	0	0	0	0	0	0	0	0
16	1				1			
17	0	0	0	0	0	0	0	0
18			1				1	
19		1			1			
20		1				1		
21	1				1			
22			1			1		
23	1				0	0	0	0
24	1				0	0	0	0
25	1				1			
26			1		1			
27	1				1			
28	1				1			
29		1			1			
30		1				1		
31		1			1			

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

32	1				1			
33				1	0	0	0	0
34				1				1
35	1				1			
36				1				1
37	1				1			
38		1			0	0	0	0
39				1	1			
40				1		1		
41				1				1
42	1				1			
43	1				1			
44				1				1
45		1			1			
46	1				1			
47				1				1
48		1			1			
49		1				1		
50		1				1		
51	1				1			
52			1			1		
53	1				1			
54	0	0	0	0	0	0	0	0
55		1			0	0	0	0
56			1		0	0	0	0
57				1				1
58				1		1		
59	1				1			
60				1	1			
61	1				1			
62			1				1	
63	1				1			
64	0	0	0	0	0	0	0	0
65	1				0	0	0	0
66		1				1		
67		1			1			
68				1		1		
69			1		1			
70			1				1	
71				1				1
72		1				1		
73			1			1		
74	1				1			
75		1			1			
76			1		1			
77	1				1			
78				1				1
79	1				1			
80	1				1			
81				1				1
82	1				1			
83	0	0	0	0	0	0	0	0

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

84		1			1			
85	0	0	0	0		1		
86				1		1		
87				1				1
88	0	0	0	0	0	0	0	0
89		1				1		
90		1			1			
91				1				1
92			1			1		
93				1				1
94				1		1		
95			1			1		
96	1				1			
97		1				1		
98	1				1			
99			1			1		
100				1			1	
101			1			1		
102		1				1		
103			1			1		
104			1			1		
105			1				1	
106	1				1			
107	1				1			
108								
109								
110								
111								
112								
Summe	32	23	19	26	45	28	6	15
%-Anteil	32,00%	23,00%	19,00%	26,00%	47,87%	29,79%	6,38%	15,96%
Durchschnittsprozentsatz								
<u>Faktor:</u>	4,00	8,63	11,88	22,75	5,98	11,17	3,99	13,96
<u>Schnitt:</u>	47,25%				35,11%			

Teil 1: Bestandsaufnahme zu Regelverstößen von Geschäftsleitern im letzten Jahr vor Insolvenzeröffnung								
8. In wie viel Prozent der Verfahren hat die Geschäftsleitung in Verletzung der Rückzahlungssperre des § 14 EKEG Zahlungen geleistet?								
	Konkursverfahren				Sanierungsverfahren			
	0-25%	25-50%	50-75%	75-100%	0-25%	25-50%	50-75%	75-100%
1		1			1			
2	1				1			
3	1				1			
4		1				1		

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

5			1			1		
6	1				1			
7		1				1		
8	1				1			
9		1				1		
10			1				1	
11	1				1			
12	1				1			
13	0	0	0	0	0	0	0	0
14		1				1		
15	1				1			
16	1				1			
17	1				1			
18		1				1		
19	1				1			
20	1				1			
21		1			1			
22		1				1		
23	1				0	0	0	0
24	1				0	0	0	0
25	1				1			
26	1				1			
27	1				1			
28	1				1			
29	1				1			
30	1				1			
31	1				1			
32	1				1			
33	1				0	0	0	0
34	1				1			
35		1				1		
36	1				1			
37	1				1			
38	1				0	0	0	0
39	1				1			
40			1			1		
41	1				1			
42	1				1			
43	1				1			
44	1				1			
45		1			1			
46	1				1			
47	1				1			
48		1			1			
49	1				1			
50	1				1			
51	1				1			
52		1				1		
53	1				1			
54	1				1			
55	1				0	0	0	0
56	1				0	0	0	0

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

57	1				1			
58			1				1	
59		1			1			
60			1			1		
61	1				1			
62	1				1			
63		1			1			
64	1				1			
65	1				0	0	0	0
66	1				1			
67	1				1			
68		1			1			
69		1				1		
70	1				1			
71			1				1	
72		1				1		
73		1				1		
74		1				1		
75		1			1			
76	1				1			
77	1				1			
78		1			1			
79	1				1			
80	1				1			
81			1				1	
82	1				1			
83	1				1			
84		1			1			
85	0	0	0	0		1		
86		1			1			
87			1			1		
88	1				1			
89		1				1		
90	1				1			
91	1				1			
92		1			1			
93		1				1		
94	1				1			
95		1			1			
96		1			1			
97		1				1		
98		1			1			
99		1				1		
100	1				1			
101		1				1		
102	1				1			
103		1				1		
104	1				1			
105	1				1			
106		1				1		
107	1				1			
108								

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

109								
110								
111								
112								
Summe	63	34	8	0	71	24	4	0
%-Anteil	60,00%	32,38%	7,62%	0,00%	71,72%	24,24%	4,04%	0,00%
Durchschnittsprozentsatz								
<u>Faktor:</u>	7,50	12,14	4,76	0,00	8,96	9,09	2,53	0,00
<u>Schnitt:</u>	24,40%				20,58%			

Teil 1: Bestandsaufnahme zu Regelverstößen von Geschäftsleitern im letzten Jahr vor Insolvenzeröffnung								
9. In wie viel Prozent der Verfahren hat die Geschäftsleitung in Krisensituationen in anderer Weise falsch reagiert und dadurch ihre Sorgfaltspflichten (Business Judgement Rule) gem § 25 GmbHG bzw § 84 AktG verletzt (zB Abschluss zu riskanter Geschäfte, Nicht-Einleitung von Restrukturierungs- oder Reorganisationsmaßnahmen, obwohl solche objektiv geboten gewesen wären etc)?								
	Konkursverfahren				Sanierungsverfahren			
	0-25%	25-50%	50-75%	75-100%	0-25%	25-50%	50-75%	75-100%
1				1				1
2		1				1		
3		1			1			
4		1				1		
5			1			1		
6		1				1		
7		1				1		
8		1			1			
9				1				1
10				1		1		
11	1				1			
12				1				1
13		1				1		
14			1				1	
15		1			1			
16	1				1			
17			1				1	
18				1				1
19	1				1			
20		1				1		
21			1			1		
22		1				1		
23		1			0	0	0	0
24	1				0	0	0	0
25	1				1			

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

26		1			1			
27	1				1			
28			1			1		
29	1				1			
30		1				1		
31		1			1			
32		1			1			
33			1		0	0	0	0
34		1				1		
35		1				1		
36			1				1	
37	1				1			
38		1			0	0	0	0
39		1			1			
40				1			1	
41	1				1			
42	1				1			
43		1				1		
44		1				1		
45	1				1			
46	1				1			
47			1				1	
48		1			1			
49			1				1	
50		1			1			
51	1				1			
52			1			1		
53			1		1			
54	0	0	0	0	0	0	0	0
55		1			0	0	0	0
56	1				0	0	0	0
57				1			1	
58			1			1		
59				1				1
60				1		1		
61	1				1			
62				1				1
63			1				1	
64		1				1		
65	1				0	0	0	0
66		1				1		
67		1			1			
68				1		1		
69			1			1		
70		1				1		
71				1				1
72			1				1	
73		1				1		
74		1			1			
75		1			1			
76			1		1			
77	1				1			

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

78				1				1
79		1			1			
80		1				1		
81				1				1
82	1				1			
83	1				1			
84			1			1		
85	0	0	0	0				1
86				1				1
87				1	1			
88			1			1		
89				1				1
90		1			1			
91		1				1		
92			1			1		
93			1				1	
94		1				1		
95		1				1		
96		1			1			
97			1				1	
98				1				1
99			1			1		
100	1				1			
101				1			1	
102			1				1	
103			1			1		
104			1			1		
105			1			1		
106		1				1		
107	1				1			
108								
109								
110								
111								
112								
Summe	21	39	26	19	36	37	13	13
%-Anteil	20,00%	37,14%	24,76%	18,10%	36,36%	37,37%	13,13%	13,13%
Durchschnittsprozentsatz								
<u>Faktor:</u>	2,50	13,93	15,48	15,83	4,55	14,02	8,21	11,49
<u>Schnitt:</u>	47,74%				38,26%			

Teil 2: Geschäftsleiterpflichten, um frühzeitiges Handeln sicherzustellen

1. Was ist nach Ihrer Erfahrung Ursache für die argumentierbar hohe Zahl an nicht eröffneten Verfahren und bei eröffneten Verfahren die geringe Zahl an Sanierungsverfahren?

	Zu lockere Geschäftsleiterpflichten	Zu strenge Geschäftsleiterpflichten	Fehlende gesetzl Restrukturierungstools (wie von der RL intendiert, zB wie das amerikanische <i>Chapter 11</i> oder der englische <i>scheme of arrangement</i>)	Österr KMU-Struktur und insb üblicherweise persönliche Haftungsrisiken der (oft Gesellschafter-)Geschäftsleiter	Fehlende Bereitschaft der Stakeholder (va Großgläubiger), präventive Prozesse zu unterstützen	Fehlende Mittel (zB zur Beiziehung von Beratern, Einholung eines Restrukturierungskonzepts etc)	Fehlende Bereitschaft der Anteilseigner, Restrukturierungsmaßnahmen zu unterstützen (zB mit Kapitalspritzen)	Andere (<u>welche?</u>)	
1				1			1		
2			1		1		1		
3	1								
4						1			
5						1	1		
6	1					1	1		
7				1	1	1	1		
8				1		1			
9			1	1	1		1		
10	1			1	1	1	1		
11						1			
12	1					1			
13				1					
14								1	Andere: Keine Kenntnis der Geschäftsleiterpflichten; keine Durchsetzung von Schadenersatz ggü GF
15	1				1	1			
16	1		1	1					
17				1		1			

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

18			1	1		1	1		
19	1			1		1			
20	1					1	1		Anm: Fehlende Mittel nur bei KMU's
21	1					1			
22			1	1		1	1		
23							1		
24					1	1	1		
25						1			
26	1								
27	1			1		1			
28				1	1	1			
29	1			1		1			
30	1					1	1		
31						1			Andere: GF haben keine Kenntnis von Pflichten
32	1		1						
33				1		1			
34				1				1	Andere: Mangelnde Kapitalausstattung
35					1		1		
36				1	1	1			
37				1	1	1			
38	1		1	1	1		1		
39				1					
40	0	0	0	0	0	0	0	0	
41	1					1	1		
42			1	1		1	1		
43			1		1	1			
44				1					
45						1	1	1	Andere: Inkompetenz/Unerfahrenheit der GF
46						1	1	1	Andere: Weil in vielen Konkursverfahren nachträglich Sanierungsplan gestellt wird

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

47				1	1	1			
48				1	1	1	1		
49						1	1		
50	1		1		1	1			
51	1					1			
52	1		1	1					
53				1	1		1		
54					1		1		
55				1	1	1			
56						1		1	Andere: Fehlende Kenntnis über Insolvenzantragspflicht und Status der Gesellschaft
57				1		1			
58				1	1	1			
59				1			1		
60				1	1		1		
61	1			1					
62								1	Andere: Geschäftsleiter sind oft der dt Sprache nicht mächtig, haben keine Ausbildung
63				1					
64	1					1	1		
65	1								
66							1	1	Andere: Schlechtes Management + zu optimistische Erwartungshaltung
67	1					1	1		
68	1				1	1	1		
69	1			1					
70				1					
71				1		1	1		
72	1			1				1	Andere: Ignoranz der GF
73				1	1	1			
74			1	1		1			

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

75			1	1	1	1			
76						1	1	1	Andere: Stigma der Insolvenz
77	1					1			
78			1		1	1	1		
79	0	0	0	0	0	0	0	0	
80			1		1	1	1		
81	1		1				1		
82			1	1		1	1		
83				1		1			
84				1		1			
85	1				1		1		
86				1		1		1	Andere: fachliche „Uneignung“ der Geschäftsleiter; fehlendes betriebswirtschaftliches Verständnis
87					1				
88				1		1	1	1	1 Zum Teil bereichern sich Gesellschafter-GF aus dem Vermögen der Kapitalgesellschaft und nehmen sich soviel Vermögen wie möglich heraus, was dann zur Insolvenz führt (va in der Baubranche); 2 Teilweise wird ohne Plan versucht das Unternehmen zu "retten", bis gar nichts mehr geht; 3 "Kopf in den Sand stecken"
89					1	1	1		
90	1				1		1		
91				1		1			
92						1	1		
93						1	1		
94	1					1	1		
95				1	1	1	1		

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

96						1	1	1	Andere: es regiert das Prinzip Haftung
97	1			1				1	Andere: Ignoranz der GF
98				1	1	1	1		
99			1	1	1		1		
100		1		1			1		
101				1	1				
102	1					1			
103				1	1	1	1		
104				1		1	1	1	Andere: "Kopf in den Sand"-Mentalität
105	1			1		1			
106		1		1			1	1	Anmerkung zur Strenge: teilweise in Bezug auf ausufernde Haftungen gegenüber öffentlichen Gläubigern + Verwaltungsstrafen; Andere: Fehlende Kompetenz der Geschäftsleiter
107				1		1			
108									
109									
110									
111									
112									
Summe	34	2	18	57	34	68	50	15	
%-Anteil	32,38%	1,90%	17,14%	54,29%	32,38%	64,76%	47,62%	14,29%	

Teil 2: Geschäftsleiterpflichten, um frühzeitiges Handeln sicherzustellen			
2. Die RL möchte besonderen Fokus auf KMU legen. Rund 95% aller in Österreich eröffneten Insolvenzverfahren betreffen Unternehmen mit weniger als EUR 2 Mio an Verbindlichkeiten. Sehen Sie für die in Frage 1. getätigte Beurteilung Unterschiede zwischen großen Unternehmen und KMU?			
	Nein	Ja	Wenn ja: Bitte wenn möglich Unterschiede beschreiben
1	1		
2	1		
3	1		
4	1		
5	1		
6		1	Großunternehmen agieren professioneller
7		1	
8		1	
9	1		
10	1		
11		1	
12		1	Große Unternehmen sind besser organisiert; bei KMU ist Kfm, betriebswirtschaftlicher Teil oft vernachlässigt
13	0	0	
14		1	Qualifikation der Geschäftsführer
15		1	Beraterstruktur; Handlungs- und Verhandlungsspielraum; KMU begrenzte Möglichkeiten von Restrukturierungsmaßnahmen
16	1		
17	1		
18		1	
19	1		
20		1	Fehlende Mittel gibt's nur bei KMUs
21		1	Mehr Mittel für Berater vorhanden
22		1	1) Hohe Beratungskosten iVgl zu Umsatz/Vermögen; 2) Schuldneridentität: Gesellschaft/Gesellschafter durch pers. Haftung
23	1		
24	1		
25	1		
26	1		
27		1	
28		1	Nur bei großen Unternehmen besteht erfahrungsgemäß eine Bereitschaft von Banken und Gläubigern zu Beiträgen
29		1	Große Unternehmen haben in der Regel ausreichend Kapital für Restrukturierungsberatung und (bezahlte) Geschäftsführer, die nicht Mehrheitseigentümer sind.
30	1		
31	1		
32	1		
33		1	Stärkere Involvierung von Banken und Stakeholdern
34		1	Weil bei größeren Unternehmen Kapital für Anlaufkosten vorhanden ist
35	1		

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

36		1	Bei großen Unternehmen wird praktisch nie mangels Masse abgewiesen, ein Sanierungsverfahren scheitert wenn dann an den Stakeholdern (Gläubigerzustimmung) oder fehlender Liquidität für Quote (Gesellschafter, Kapital)
37		1	
38	1		
39		1	KMU = Familienbetriebe, "Nichteingestehen Wollen" der Überschuldung/Zahlungsunfähigkeit
40	0	0	
41	1		
42		1	
43	1		
44	0	0	
45		1	Bei KMUs: fehlende Kenntnisse/Erfahrungen; kein ordentliches Rechnungswesen; kein Controlling / kein IKS
46		1	Fehlende Mittel bei KMU
47		1	Bei großen Unternehmen wird praktisch nie mangels Masse abgewiesen, ein Sanierungsverfahren scheitert wenn dann an den Stakeholdern (Gläubigerzustimmung) oder fehlender Liquidität für Quote (Gesellschafter, Kapital)
48	1		
49	1		
50	1		
51	1		
52		1	Banken reagieren bei großen Unternehmen schneller
53	1		
54	0	0	
55	1		
56		1	Kenntnisstand bei GF von Großbetrieben ist besser und Großbetriebe haben Mittel für gute Beratung
57		1	Fehlende Mittel und persönliche Haftungsrisiken d GF/Ges
58	1		
59	1		
60		1	Die KMU-Geschäftsführer sehen sich als Einzelunternehmer
61	1		
62	1		
63		1	Bei KMU haften Ges-GF "für Alles" - keinen Sinn für Sanierungsverfahren
64	1		
65	1		
66		1	Bei großen: Geschäftsführung agiert professioneller, mehr Eigenanträge; größere Bereitschaft der Banken mitzuwirken
67		1	
68		1	
69		1	Problembewusstsein
70		1	Große Unternehmen: Besser ausgebildet, bessere Berater
71		1	Zu geringes Wissen und Können der GF
72		1	JA, RL geht an Realität vorbei!
73		1	KMUs wursteln oft "mangels Alternative" zu lange weiter. Haben oft schon alles Privatvermögen ins UN gesetzt und sind dann völlig perspektivenlos. Hinzu kommt persönl. Scham für das drohende endgültige Scheitern.

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

74	1		
75		1	Fehlende Mittel für Restrukturierung; fehlt bei großen Unternehmen nicht
76		1	Mehr Mittel, mehr Bereitschaft der Gesellschafter + Großgläubiger mitzumachen
77	0	0	
78	1		
79	0	0	
80	1		
81		1	Bei größeren Unternehmen bestehen Ressourcen zur kurzzeitigen Gegensteuerung und auch Bereitschaft dazu
82		1	
83		1	
84		1	Großunternehmen haben Mittel für Berater und werden häufig von risikoaversen Fremdgeschäftsführern geleitet.
85	1		
86		1	Bei KMU fehlt es häufig an entsprechend betriebswirtschaftlich qualifizierten Geschäftsleitern
87	1		
88		1	Bei großen Unternehmen gibt es oftmals eine Trennung zw. Shareholder zu Geschäftsführung, wodurch persönliche Interessen der shareholder weniger relevant sind. Auch haben große Unternehmen eine stärkere Verhandlungsposition gg Banken etc, um Sanierungsmaßnahmen umzusetzen.
89	1		
90		1	Bei Großunternehmen: Höhere Qualität externer Berater, bessere Organisation.
91		1	Mittellosigkeit ist bei größeren Unternehmen nicht von zu großer Bedeutung
92	1		
93		1	Bei Großinsolvenzen sind Großgläubiger lange bereit zu unterstützen
94		1	Großunternehmen agieren professioneller
95	1		
96	1		
97		1	JA, RL geht an Realität vorbei!
98	1		
99	1		
100		1	KMU werden oft von Zahlungsunfähigkeit "überrascht", Ablenkung durch Tagesgeschäft
101		1	KMU haben oft noch weniger Liquidität/Spielraum
102		1	große Unternehmen: mehr Kontrolle wechselseitig, mehr Kenntnisse
103	1		
104		1	Höheres Management-Niveau
105	1		
106		1	Haftungsthematik v.a. bei Familienunternehmungen; Bankhaftung etc.
107		1	Ausbildung, finanzielle Mittel, Berater, Breitenwirkung bei vielen betroffenen DN
108			
109			

110			
111			
112			
Summe	46	55	
%-Anteil	45,54%	54,46%	

Teil 3: Geschäftsleiterpflichten zum Schutz bestimmter Interessen(sträger)

1. Reichen die vorhandenen gesetzlichen Regelungen (insb § 25 GmbHG, § 84 AktG, § 22 URG, § 69 Abs 2 und §§ 30, 31 IO, strafrechtl Schutzgesetze) aus Ihrer Sicht aus, um bei Verletzungen der genannten oder anderer relevanter Bestimmungen erfolgreich Ersatzforderungen ggü der Geschäftsleitung geltend zu machen?

	absolut nicht	eher nicht	eher schon	absolut	Gibt es aus Ihrer Sicht Schutzlücken und wenn ja, welche?
1				1	
2			1		
3		1			
4		1			
5				1	
6				1	
7			1		
8				1	
9			1		
10			1		
11			1		
12			1		
13			1		
14			1		Aber: Rechtsdurchsetzung scheitert in der Praxis bei Gerichten
15		1			
16			1		
17				1	
18			1		
19			1		
20				1	
21			1		
22			1		Beweisführung zu Quotenschaden (§69 IO Altgläubiger)
23			1		
24				1	
25				1	
26		1			
27				1	
28			1		
29			1		
30			1		
31			1		Strafverfolgungsbehörden agieren zu langsam

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

32			1		Fragen oft nur mittels langwierigen u kostenintensiven Gutachten zu klären
33			1		
34			1		
35				1	
36				1	
37			1		
38				1	
39			1		
40			1		
41			1		
42			1		
43			1		
44			1		
45				1	
46			1		
47				1	
48			1		
49		1			
50			1		
51			1		
52			1		
53				1	
54			1		
55			1		
56			1		
57			1		
58			1		
59				1	
60		1			§ 22 URG ist durch die Judikatur zahnlos
61			1		
62			1		
63			1		
64		1			
65				1	
66				1	
67				1	
68			1		
69		1			Beweislastregeln
70				1	
71		1			
72				1	
73			1		
74		1			Der Aufwand mit Sachverständigengutachten ist bei Beträgen unter EUR 100.000 zu hoch
75		1			
76			1		Problem, wenn sich GF-Gesellschafter ins Ausland absetzen
77			1		
78			1		
79			1		

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

80			1		
81				1	
82			1		
83			1		
84			1		Faktisch fehlt es häufig an Haftungsfonds beim GF
85			1		
86				1	
87	1				
88		1			
89			1		
90			1		
91				1	MV sollte jedenfalls jeden Gläubigerschaden (vor allem auch der Neugläubiger) geltend machen können
92			1		Mangelnde Bonität der Geschäftsführer
93			1		Ungleiche Bevorzugung öffentl. Gläubiger (FA, GKK) bei Anfechtung
94				1	
95			1		
96				1	
97				1	
98			1		
99			1		
100				1	
101				1	
102			1		
103			1		
104			1		
105			1		
106			1		
107			1		
108					
109					
110					
111					
112					
Summe	1	12	65	29	
%-Anteil	0,93%	11,21%	60,75%	27,10%	

Teil 3: Geschäftsleiterpflichten zum Schutz bestimmter Interessen(sträger)					
2. Sind die Interessen der Gesellschaft, der Anteilseigner, der Gläubiger und anderer Stakeholder (zB Arbeitnehmer) gleichermaßen geschützt?					
	absolut nicht	eher nicht	eher schon	absolut	Gibt es aus Ihrer Sicht Abweichungen und wenn ja, welche?
1				1	

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

2	1				Arbeitnehmer, Anteilseigner
3			1		
4	1				
5			1		
6			1		
7		1			
8				1	
9		1			
10			1		
11			1		
12			1		
13		1			
14			1		
15		1			
16		1			Arbeitnehmer werden bevorzugt
17			1		
18		1			Bevorzugung von DN und öffentl Gläubigern
19			1		
20			1		
21				1	
22			1		
23		1			
24				1	
25				1	
26			1		
27			1		
28			1		
29		1			Arbeitnehmer sind weit besser geschützt, Anteilseigner am wenigsten
30			1		
31			1		
32		1			Info-Pflichten werden durch GF nicht wirklich umgesetzt bzw zu spät!
33		1			
34			1		
35			1		
36		1			Unterschiedlich streng ausgestaltet wegen unterschiedlicher Schutzwürdigkeit (Arbeitnehmer stärker, Gesellschafter schwächer)
37		1			
38		1			
39			1		
40		1			
41		1			
42			1		
43			1		
44			1		
45			1		Dienstnehmer genießen Sonderschutz durch einschlägige EU-RL und IESG; Anteilseigner sind gerechtfertigter Weise weniger geschützt

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

46		1			AN besonders geschützt. Interessen der Gläubiger sind in höherem Ausmaß geschützt als jene der Gesellschaft und Anteilseigner
47		1			Unterschiedlich streng ausgestaltet wegen unterschiedlicher Schutzwürdigkeit (Arbeitnehmer stärker, Gesellschafter schwächer)
48		1			
49	1				
50			1		
51			1		
52			1		
53			1		
54			1		
55			1		
56			1		
57		1			
58			1		
59				1	
60	1				
61			1		
62	0	0	0	0	Arbeitnehmer sind durch IESG besonders geschützt; Anteilseigner haben am wenigsten Schutz (EKEG, § 57a IO)
63	0	0	0	0	
64	1				Sicherung der Arbeitnehmer
65				1	
66		1			zB Arbeitnehmer sind besser geschützt (IEF)
67				1	
68		1			
69		1			
70		1			Gläubiger bevorzugt
71	1				
72				1	
73		1			
74	1				Arbeitnehmer haben nahezu 100% Schutz durch Fonds
75	1				Anteilseigner haben de facto keine Rechte
76		1			AN am meisten geschützt
77			1		
78		1			
79				1	
80		1			
81				1	
82			1		
83		1			
84		1			Gesellschaftsinteressen sind mE stärker geschützt
85			1		
86			1		

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

87		1			
88		1			
89			1		
90			1		
91			1		
92		1			Dienstnehmer vor Gläubigern vor Anteilseignern
93			1		
94			1		
95		1			
96				1	
97				1	
98			1		
99			1		
100				1	
101			1		AN überproportional durch IEF
102			1		
103		1			
104			1		
105		1			
106			1		
107			1		bei Verstößen gemäß 1. ist die Interessenlage gleich. Spezieller Arbeitnehmerschutz.
108					
109					
110					
111					
112					
Summe	8	35	48	14	
%-Anteil	7,62%	33,33%	45,71%	13,33%	

Teil 3: Geschäftsleiterpflichten zum Schutz bestimmter Interessen(sträger)								
3. In wie viel Prozent der Verfahren machen Sie Ansprüche gegen die Geschäftsleitung gerichtlich geltend?								
	Konkursverfahren				Sanierungsverfahren			
	0-25%	25-50%	50-75%	75-100%	0-25%	25-50%	50-75%	75-100%
1		1			1			
2	1				1			
3	1				1			
4	1				1			
5		1			1			
6	1				0	0	0	0
7	1				1			
8	1				1			
9	1				1			
10	1				1			
11	1				0	0	0	0

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

12	1				1			
13	1				1			
14			1			1		
15	1				1			
16		1			1			
17	1				1			
18		1			1			
19	1				1			
20	1				1			
21	1				1			
22	1				1			
23	1				0	0	0	0
24	1				0	0	0	0
25	1				1			
26	1				1			
27	1				1			
28	1				1			
29	1				1			
30	1				1			
31	1				1			
32		1			1			
33	1				0	0	0	0
34	1				1			
35	1				1			
36	1				1			
37	1				1			
38	1				1			
39		1			1			
40	0	0	0	0	0	0	0	0
41	1				1			
42	1				1			
43	1				1			
44	1				1			
45	1				1			
46		1			1			
47	1				1			
48	1				1			
49	1				1			
50	1				0	0	0	0
51	1				1			
52	1				0	0	0	0
53	1				1			
54	1				1			
55	1				0	0	0	0
56	1				1			
57	1				1			
58	1				1			
59		1			1			
60		1			1			
61	1				0	0	0	0
62	1				1			
63	1				1			

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

64	1				1			
65	1				0	0	0	0
66	1				1			
67	1				1			
68	1				1			
69		1				1		
70	1				1			
71		1			1			
72		1			1			
73	1				1			
74	1				1			
75	1				1			
76		1			1			
77	1				1			
78	1				1			
79	1				1			
80	1				1			
81		1				1		
82	1				1			
83	1				1			
84	1				1			
85	0	0	0	0	1			
86	1				1			
87		1			1			
88	1				1			
89				1			1	
90		1			1			
91	1				1			
92	1				1			
93	1				1			
94	1				0	0	0	0
95	1				1			
96	1				1			
97		1			1			
98	1				1			
99		1			1			
100	1				1			
101	1				1			
102	1				1			
103	1				1			
104	1				1			
105	1				1			
106	1				1			
107	1				1			
108								
109								
110								
111								
112								
Summe	85	18	1	1	91	3	1	0
%-Anteil	80,95%	17,14%	0,95%	0,95%	95,79%	3,16%	1,05%	0,00%

Durchschnittsprozentsatz

Faktor: 10,12 6,43 0,60 0,83 11,97 1,18 0,66 0,00

Schnitt: **17,98%** **13,82%**

Teil 3: Geschäftsleiterpflichten zum Schutz bestimmter Interessen(sträger)

4. In wie viel Prozent der Verfahren einigen Sie sich mit Geschäftsleitern ohne Gerichtsstreit per Vergleich?

	Konkursverfahren				Sanierungsverfahren			
	0-25%	25-50%	50-75%	75-100%	0-25%	25-50%	50-75%	75-100%
1				1				1
2			1				1	
3			1					1
4				1				1
5			1					1
6				1	0	0	0	0
7	1				1			
8		1				1		
9	1				1			
10	1				1			
11	1				0	0	0	0
12	1				1			
13	0	0	0	0	0	0	0	0
14				1				1
15				1				1
16	1				1			
17	1				1			
18				1				1
19	1				1			
20	1				1			
21		1			0	0	0	0
22	1				1			
23				1	0	0	0	0
24	1				0	0	0	0
25				1				1
26			1					1
27				1				1
28	1				1			
29	1				1			
30	1				1			
31		1					1	
32		1			1			
33	1				0	0	0	0
34	1				1			
35				1				1
36	1				1			
37			1				1	

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

38	1				1			
39				1				1
40	0	0	0	0	0	0	0	0
41	1				1			
42	0	0	0	0	0	0	0	0
43	1				1			
44	1				1			
45				1				1
46			1			1		
47	1				1			
48		1				1		
49	1				1			
50		1			0	0	0	0
51	1				1			
52	1				0	0	0	0
53	1				1			
54	1				1			
55				1	0	0	0	0
56		1			1			
57			1					1
58			1					1
59				1				1
60			1				1	
61		1			0	0	0	0
62	1				1			
63	1				1			
64	1				1			
65	1				0	0	0	0
66	1				1			
67			1					1
68				1				1
69			1				1	
70	1				1			
71		1			1			
72	1				1			
73				1			1	
74			1				1	
75			1				1	
76			1		1			
77				1				1
78		1			1			
79	1				1			
80	1				1			
81		1				1		
82	0	0	0	0	0	0	0	0
83	1				1			
84	1				1			
85	0	0	0	0				1
86		1			1			
87				1				1
88	1					1		
89				1				1

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

90			1		1			
91	1				1			
92			1		1			
93		1			1			
94				1	0	0	0	0
95	1				1			
96				1				1
97	1				1			
98	1				1			
99		1			1			
100	1				1			
101			1				1	
102		1				1		
103		1			1			
104	1				1			
105	1						1	
106	1				1			
107	1				1			
108								
109								
110								
111								
112								
Summe	48	16	17	21	52	6	10	23
%-Anteil	47,06%	15,69%	16,67%	20,59%	57,14%	6,59%	10,99%	25,27%
Durchschnittsprozentsatz								
<u>Faktor:</u>	5,88	5,88	10,42	18,01	7,14	2,47	6,87	22,12
<u>Schnitt:</u>	40,20%				38,60%			

Teil 3: Geschäftsleiterpflichten zum Schutz bestimmter Interessen(sträger)								
5. In wie viel Prozent der Verfahren kommt die Geschäftsleitung trotz bestehender Ansprüche „ungestraft“ davon?								
	Konkursverfahren				Sanierungsverfahren			
	0-25%	25-50%	50-75%	75-100%	0-25%	25-50%	50-75%	75-100%
1			1				1	
2		1					1	
3	1				1			
4				1				1
5	1				1			
6			1		0	0	0	0
7	1				1			
8	1				1			
9		1				1		
10			1				1	
11	1				0	0	0	0

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

12	1				1			
13			1				1	
14				1			1	
15				1				1
16				1				1
17	1				1			
18		1						1
19		1				1		
20			1				1	
21	1				1			
22	1				1			
23				1	0	0	0	0
24	1				0	0	0	0
25	1				1			
26	1				1			
27	1				1			
28		1				1		
29		1			1			
30	1				1			
31			1		1			
32	0	0	0	0	0	0	0	0
33				1	0	0	0	0
34	1				1			
35			1				1	
36	1				1			
37	1				1			
38		1				1		
39	1				1			
40	0	0	0	0	0	0	0	0
41		1			1			
42	0	0	0	0	0	0	0	0
43		1				1		
44	1				1			
45	1				1			
46		1				1		
47	1				1			
48	1				1			
49	1				1			
50		1			0	0	0	0
51		1				1		
52	1				0	0	0	0
53	1				1			
54	1				1			
55			1		0	0	0	0
56	1				1			
57				1				1
58	1				1			
59			1				1	
60			1				1	
61		1			0	0	0	0
62			1				1	
63	0	0	0	0		1		

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

64		1			1			
65	1				0	0	0	0
66		1				1		
67	1				1			
68	1				0	0	0	0
69		1			1			
70		1			0	0	0	0
71	0	0	0	0	0	0	0	0
72		1			1			
73			1			1		
74		1				1		
75		1			1			
76			1		1			
77	1				1			
78	1						1	
79	1				1			
80		1				1		
81			1				1	
82	0	0	0	0	0	0	0	0
83		1				1		
84			1			1		
85	0	0	0	0			1	
86				1	1			
87	1					1		
88			1			1		
89			1					1
90	1					1		
91	0	0	0	0	0	0	0	0
92			1					1
93				1				1
94			1		0	0	0	0
95	1				1			
96			1					1
97		1			1			
98			1			1		
99		1			1			
100			1					1
101			1				1	
102		1				1		
103	1				1			
104		1				1		
105		1			1			
106		1				1		
107	0	0	0	0	0	0	0	0
108								
109								
110								
111								
112								
Summe	38	28	23	9	42	21	14	10
%-Anteil	38,78%	28,57%	23,47%	9,18%	48,28%	24,14%	16,09%	11,49%

Durchschnittsprozentsatz

Faktor: 4,85 10,71 14,67 8,04 6,03 9,05 10,06 10,06

Schnitt: 38,27% 35,20%

Teil 3: Geschäftsleiterpflichten zum Schutz bestimmter Interessen(sträger)**6. Was sind Gründe, von einer gerichtlichen Geltendmachung abzusehen?**

	Prozesskostenrisiko (und zB keine Prozesskostenfinanzierung)	Einbringlichkeitsrisiko (schlechte Bonität des Geschäftslleiters)	Fehlende D&O Versicherung	Fehlende Mittel in der Masse zB für Einholung eines externen Gutachtens	Zeitfaktor (insb im Sanierungsverfahren)	Unklare Faktenlage (Mangel an Beweismitteln)	Schaden kann anderweitig wieder gut gemacht werden (zB durch Insolvenzanfechtung)	Andere (welche?)	
1	1	1	1	1	1				
2		1		1	1				
3	1	1		1		1			
4				1		1			
5	1	1		1	1		1		
6		1		1		1			
7	1	1		1	1	1			
8	1	1			1				
9	1	1	1	1	1				
10	1	1		1	1	1			
11		1		1		1			
12	1			1	1				
13	1	1							
14	1	1	1			1			
15	1	1		1			1		
16		1		1					
17		1				1			
18		1	1	1	1				
19	1	1	1	1			1		
20		1	1	1					
21		1	1						
22		1				1			
23		1		1					
24	1	1	1	1					
25	1	1			1	1			
26	1	1		1		1			
27	1	1		1	1	1			
28	1	1	1	1		1			
29	1	1		1		1			

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

									zu Prozesskosten- risiko: Kein Problem Verfahrenshilf- e möglich
30		1			1	1			
31	1	1							
32	1	1		1					Bei Einbringlichke- itsrisiko: GF -- > SRV
33	1	1	1	1		1			
34		1							
35		1	1		1				
36	1	1	1			1	1		
37	1	1	1	1		1	1		
38	1				1				
39		1							
40	0	0	0	0	0	0	0	0	
41	1	1		1	1				
42	1	1	1			1			
43	1	1	1	1	1	1	1		
44	1	1		1		1	1		
45	1	1		1				1	Andere: Vergleiche!
46	1	1		1		1			
47	1	1	1			1	1		
48	1	1	1	1	1	1			
49	1	1				1			
50	1	1	1	1	1				
51		1	1	1			1		
52	1	1		1		1	1		
53		1	1						
54		1		1					
55	1	1	1	1		1			
56	1	1			1				
57	1	1		1	1	1			
58	1	1					1		
59	1	1	1	1	1				
60		1	1		1	1			
61		1			1		1		
62	1	1	1	1	1	1	1		
63		1							
64	1	1	1						
65				1		1			
66	1	1	1	1	1				
67	1	1	1	1	1	1			
68	1	1	1	1	1				
69	1	1	1	1		1			
70		1		1	1				
71	1	1	1	1	1	1		1	Andere: Zu komplizierte Regelungen "Anspruchsko- nkurrenz"?
72	1	1		1		1			

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

73	1	1				1	1		
74		1		1	1	1			
75	1	1				1			
76	1	1					1	1	Andere: GL im Ausland bzw nicht auffindbar (insb Nicht EU-Staaten)
77		1		1		1			
78	1	1	1	1	1				
79				1	1	1	1		
80	1	1	1	1	1				
81		1				1			
82	1	1	1			1			
83		1							
84		1	1				1		
85		1							
86		1		1		1			Einbringliche itsrisiko überwiegende r Grund; GF selbst insolvent; Unklare Faktenlage insb aufgrund fehlender Buchhaltung in Kleininsolven zen
87		1	1						
88	1	1		1		1			Hauptproblem Einbringliche itsrisiko
89		1		1	1				
90		1		1	1				
91	1	1	1	1		1			Prozesskosten risiko und Einbringliche itsrisiko wesentliche Faktoren: 1) Viele Richter im streitigen Verfahren kennen sich mit der Materie nicht aus; 2) Das gilt auch für Staatsanwälte ; 3) Materielle Insolvenz der Gesellschaft = materielle Insolvenz der Geschäftsführ ung
92		1			1	1			
93		1		1					

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

94		1		1		1			
95	1	1		1		1			
96	1	1	1	1					
97	1	1		1		1			
98	1	1	1	1	1	1	1	1	Andere: Sanierungsve rfahren "Einpreisung" in die Quote
99	1	1		1		1			
100	1	1			1	1			
101	1	1						1	Andere: Vergleiche
102		1							
103	1	1		1	1	1	1		
104	1	1		1		1			
105	1	1	1	1		1			
106	1	1	1	1	1	1		1	Andere: Gläubiger entscheiden sich meistens für Sanierung (Sanierungspl an/Zahlungspl an) ev. mit Quotenaufsch lag bei "verdächtigen " Fällen
107	1	1		1	1	1			
108									
109									
110									
111									
112									
Summe	68	101	40	69	41	57	19	6	
%-Anteil	64,15%	95,28%	37,74%	65,09%	38,68%	53,77%	17,92%	5,66%	

Teil 4: Reformüberlegungen

1. Nach welchen Interessen richten sich nach Ihrer Erfahrung die Entscheidungen der Geschäftsleiter im Krisenzusammenhang?

	Gesell- schaft	Anteils- eigner	Alle Gläubiger	Großgläubiger (va Finanz- gläubiger)	Kleingläubiger (va Kunden u Lieferanten)	Eigene (persönliche Haftung, private Sicherheiten etc)	Arbeit- nehmer	Sonstige (welche?)	
1		1				1			Komme ntar: Zuerst eigene, dann Anteilse igner

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

2				1		1			
3						1			
4		1		1					
5	1			1		1			
6		1				1			
7		1		1		1			
8	1			1		1			
9						1			
10	1	1				1	1		
11	1					1			
12	1	1				1			
13				1					
14	1	1				1			
15						1			
16	1					1	1		
17						1			
18	1	1		1		1			
19	1			1	1	1	1		
20		1				1			
21				1		1			
22		1				1			
23						1	1		
24					1	1	1		
25	1			1		1			
26						1			
27	1	1		1		1			
28		1		1		1	1		
29						1			
30				1		1			
31				1		1			
32				1	1	1			
33				1		1			
34						1			
35				1		1			
36	1	1				1	1		
37	1					1	1		
38	1			1					
39						1			
40				1		1			
41	1					1			
42	1			1		1			
43		1			1	1	1		
44						1			
45	1	1		1		1	1		
46	1			1		1			
47	1	1				1	1		
48				1		1			
49				1		1			
50	1	1		1					
51	1					1			
52					1	1			
53				1		1			

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

54						1			
55				1		1			
56	1					1	1		
57	1	1		1		1	1		
58				1	1				
59		1				1			Kommentar: Zuerst eigene, dann Anteilseigner
60		1		1					
61						1			
62				1		1		1	Sonstige: Bei Gesellschafter-Geschäftsführer auch andere Interessen
63						1			
64		1				1			
65				1					
66	1				1	1			
67	1			1		1			
68		1		1		1			
69	1	1		1		1			
70				1		1			
71	1					1			
72	1					1			
73		1		1	1	1	1		
74	1			1		1			
75		1		1		1			
76	1	1		1		1			
77				1		1			
78		1		1		1			
79	1								
80	1			1		1			
81						1			
82	1			1		1			
83		1				1			
84						1			
85						1			
86		1		1		1			
87						1			
88		1		1		1	1		
89		1		1		1			
90	1			1		1			
91				1		1			
92		1		1		1			
93						1			
94		1				1			

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

95		1		1		1			
96					1		1		
97	1					1			
98	1	1				1			
99		1				1			
100	1					1			
101						1			
102		1				1			
103		1		1		1			
104					1	1	1		
105				1		1			
106		1				1			
107					1		1		
108									
109									
110									
111									
112									
Summe	37	39	0	53	11	97	18	1	
%-Anteil	34,91%	36,79%	0,00%	50,00%	10,38%	91,51%	16,98%	0,94%	

Teil 4: Reformüberlegungen

2. Wie sollte Art 18 der kommenden EU-RL aus Ihrer Sicht in Österreich umgesetzt werden?

	Anpassung des § 22 URG in einem aufgewert eten URG	Änderung bzw Ergänzun g des § 69 IO	Änderung der gesellschaftsrechtli chen Pflichtenregelunge n (insb § 25 GmbHG bzw § 84 AktG)	Komplett neue Regelung (<u>wenn ja</u> , <u>wo?</u>)	Gar nicht, weil die bestehenden Regeln und dazugehörige Judikatur RL- Ziele bereits vollständig abdecken	Anders (<u>wie?</u>)	
1	1						
2		1					
3			1				
4					1		
5					1		
6					1		
7					1		
8					1		
9		1					
10	1						
11		1			1		Widerspruch!
12			1				
13		1					

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

							Stengere Einhaltung der Buchführungsregeln; tatsächliche Anwendung der Beweislastumkehr im GF-Haftungsprozess durch die Gerichte
14			1			1	
15		1	1				
16			1				
17			1				
18	0	0	0	0	0	0	
19		1	1				
20		1					
21			1				
22			1		1		Widerspruch!
23		1	1				
24					1		
25	0	0	0	0	0	0	
26			1				
27	1						
28					1		
29			1				
30			1		1		Eher Änderung § 25 / § 84
31		1	1				
32		1	1				
33		1	1				
34		1					
35					1		
36		1	1				
37	0	0	0	0	0	0	
38					1		
39					1		
40		1					
41					1		
42	1	1					
43					1		
44	1						
45					1		
46		1					
47		1	1				
48		1	1				
49		1					
50	1	1	1				
51		1					
52	1						
53					1		
54	1	1					
55	0	0	0	0	0	0	

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

56			1			1	Anders: Es braucht keine wesentliche Änderung von § 25 GmbHG, allerdings kleine Ergänzung, Rest deckt Judikatur schon ab (Anm: Als Änderung des § 25 GmbHG gewertet)
57	1	1					
58					1		
59	1						
60						1	Neuformulierung des 22 URG (Entfall weitestgehend der Haftung § 22 Abs 1 Z 1)
61			1				
62	0	0	0	0	0	0	Noch keine Meinung gebildet
63					1		
64			1				
65	0	0	0	0	0	0	
66					1		
67					1		
68			1				
69		1	1				
70					1		
71		1	1				
72					1		
73		1	1				
74	1						
75	1	1	1				
76					1		
77		1					
78		1					
79		1					
80					1		
81	1						
82	1	1					
83	0	0	0	0	0	0	
84		1	1				
85					1		
86	1	1					
87				1			Neu: Sanierungsordnung neu
88		1	1				
89	1						
90		1					
91	0	0	0	0	0	0	
92		1					
93					1		
94					1		
95	1	1					
96					1		
97					1		

ANNEX 2 – Detailauswertung Fragebogen

98					1		
99					1		
100					1		
101					1		
102					1		
103		1			1		Widerspruch?
104					1		
105			1				
106		1				1	Anders: Pflichtenlage in der 60-Tagesfrist konkretisieren (Zug um Zug, Status, Gestionierung)
107			1				
108							
109							
110							
111							
112							
Summe	17	39	32	1	37	4	
%-Anteil	17,17%	39,39%	32,32%	1,01%	37,37%	4,04%	

Teil 5: Sonstige Kommentare
Nr. 32: Problem teure SV-Gutachten, lange, komplexe und vor allem kostenintensive Verfahren. Insolvenzverfahren steht dadurch und Kostenrisiko zu Lasten der Masse schrecken viele IV-Kollegen in Tirol ab, zu klagen. Strafverfolgung ist daneben überfordert.
Nr. 34: Strafverfolgungsbehörden in Salzburg nicht wirklich Freude mit Verfolgung von Ansprüchen ggü Organen. Beispiel: 2 Tage vor Sanierungsverfahren hat GF EUR 10.000 an sich selbst (bzw die von ihm gehaltene Alleingesellschafterin der Schuldnerin) überwiesen. Strafverfahren wegen § 158 StGB Gläubigerbegünstigung Diversion EUR 300 Geldbuße; Zahlung wurde angefochten, Verfahren unterbrochen weil auch über das Vermögen des Anfechtungsgegners Konkurs eröffnet wurde.
Nr. 61: Prozentangaben niedrig, weil erheblicher Anteil der Geschäftsleiter auf Einzelunternehmer entfällt
Nr. 76: Größtes Problem bzw Hindernis bei Verfolgung und Eintreibung von Ansprüchen gegen Geschäftsleiter und Gesellschafter ist dass diese keine ö Staatsbürger sind und sich absetzen bzw unbekannten Aufenthalts sind.
Nr. 86: In Klein- und Kleinstinsolvenzen haben GF keine ausreichende betriebswirtschaftliche Bildung (zB banales "Missverständnis", dass Umsatz nicht gleich Gewinn ist etc). Ansprüche gg Geschäftsleiter können zum Teil nicht festgestellt/bewiesen werden, weil es zum Teil keine Buchhaltung/Aufzeichnung gibt, der GF untergetaucht ist etc bzw die Ansprüche beim GF uneinbringlich sind. In mittleren und größeren Insolvenzen bestehen hingegen regelmäßig derartige Ansprüche, die in aller erster Linie dem Umstand geschuldet sind, dass die Überschuldungsprüfung viel zu spät erfolgt und Sanierungskonzepte erst im Zeitpunkt bereits bestehender materieller Insolvenz (oft über Druck der Finanzierungspartner) erarbeitet werden und dann als "bedingt positive Fortbestehensprognose" bezeichnet werden. Hier wird seitens der Finanzierungspartner freilich versucht, das Anfechtungsrisiko zu minimieren... Die Ansprüche gegen die Organe können hier oftmals außergerichtlich bereinigt werden. Sinnvoller präventiver Schutz wäre mE, zu den (von StB) in den Jahresabschlüssen eingefügten Standardfloskeln, dass trotz negativen EK oder "Reißen" der URG-Kennzahlen kein Insolvenzgrund vorliegen würde, erhöhte Begründungspflichten vorzusehen, die auch bei bloßem Fehlen bereits zu einer Haftung führen - ebenso zu angeblich nachrangig gestellten Forderungen etc (hier wird dem § 67 Abs 3 IO auch idR nicht entsprochen).
Nr 98: Erfahrungsgemäß werden im Sanierungsverfahren allfällige vom Verwalter festgestellte Ansprüche gegen Geschäftsführer idR in die Quote bzw bei der Angemessenheitsprüfung "eingepreist". Für eine gerichtliche Geltendmachung ist meistens keine Zeit und Treuhändlungen zB nach § 157g IO sind in der Praxis mühsam und bei Verwaltern wie Gläubigervertretern gleichermaßen unbeliebt.
Nr 106: Formulierungen in der RL sind wie bei europäischen Quellen häufig von bescheidener Qualität. Größtes Gift für die Wirtschaft sind schwammige, unklare Normen, keine klare Leitlinie für GL. Beispiel auch § 153 StGB der ausufert. Viele GL trauen sich kaum mehr, eventuell riskante Entscheidungen zu treffen und wenn dann nur durch legal opinions unterlegt ("Absicherungsgesellschaft"). In der 60 Tagesfrist wird viel zu lasch agiert und Zug-um-Zug Gedanke wird viel zu wenig beachtet. Unrechtsbewusstsein ist hier kaum vorhanden (oft Begründung neuer Verbindlichkeiten in dieser Frist bzw in den Wochen davor).
Nr. 107: In der Praxis gibt es wenige Fälle, in denen ein (angestellter) Geschäftsführer auf die Interessen der Gesellschaft (die ihm nicht gehört) und der Stakeholder zu achten hat. Der Großteil sind KMU und Gesellschafter-Geschäftsführer sowie Einzelunternehmer. Dazu kommen praktische Probleme wie mangelhafte Buchführung, mangelnde Kontaktmöglichkeiten mit Verantwortlichen, bescheidene Massemittel/Masseunzulänglichkeit. Statistik wenig aussagekräftig weil in 20-30% der Fälle überhaupt keine Unterlagen, Schuldner/GF flüchtig/nichtgreifbar/unkooperativ bzw haben einfach keine Buchhaltung geführt. Gibt Gesellschaften mit umfangreichem Tätigkeitsspektrum die zB überhaupt keine Gewerbeberechtigung haben, Unternehmen mit mehreren Dienstnehmern und erheblichen Umsätzen, die keinen Steuerberater beschäftigen und vieles mehr. Oft fehlt jegliche (finanzielle) Möglichkeit, über sanktionierbare Verhaltensweisen detaillierte Unterlagen beizuschaffen oder gar Gutachten einzuholen. Weitere Detailstatistik im E-Mail.

ANNEX 3 – Entwicklung likelihood of insolvency

Jahr	EuInsVO / EuInsVO 2015		RIRL	
2000	EuInsVO	nicht erwähnt		
2002			Winter-Report	threatened by insolvency
2010	INSOL-Note on EU harmonisation in insolvency law	LIKELIHOOD OF INSOLVENCY (nur als Referenz zum englischen administration proceeding)		
2011	EP Briefing Note zur EuInsVO	temporarily insolvent insolvency is imminent, i.e. if the debtor is LIKELY not to be able to satisfy the payment obligations		
2012	INSOL Revision zur EuInsVO	situation where it is envisaged that the debtor in the foreseeable future will be unable to pay its debts as they mature		
2012	Commission Report zur EuInsVO	financial difficulties		
2012			Kommunikation „new European approach on business failure“	financial crises
2013	Heidelberg-Luxembourg-Wien Report	substantial/severe financial difficulties		
2013			UNCITRAL Legislative Guide Part four	Title: Directors' obligations in the period approaching insolvency vicinity of insolvency insolvency was imminent or unavoidable
2013			LSE-Studie	twilight zone, i.e. shortly before insolvency vicinity of insolvency

Nachdem viele der Dokumente aus der Gesetzgebung nur in der englischen Sprache abrufbar sind, werden hier jeweils auch die englischsprachigen Formulierungen verwendet. Referenzen zu „likelihood of insolvency“ werden jeweils **HERVORGEHOBEN**. Der Zeitraum Anfang 2014, als das Konzept sich etablierte, ist zusätzlich farblich hervorgehoben.

ANNEX 3 – Entwicklung likelihood of insolvency

06/2013	Deutsche Delegation	threat of insolvency / imminent insolvency LIKELIHOOD that the debtor will not be able pay off all creditors in full (sic!)		
10/2013	Position des Rats (LTU)	risk of insolvency real and serious threat to business continuity		
12/2013	Position des Rats (LTU)	risk of insolvency		
02/2014	Position Rat (GRC)	LIKELIHOOD OF INSOLVENCY		
03/2014	Deutsche Delegation	threat of insolvency		
03/2014			Empfehlung “new European approach on business failure”	LIKELIHOOD OF INSOLVENCY viable enterprises in financial difficulties
05/2014			INSOL-Studie “new approach to business failure”	certain level of financial difficulties
11/2014	Kompromisstext EuInsVO (Neufassung)	LIKELIHOOD OF INSOLVENCY		
2015	EuInsVO 2015	LIKELIHOOD OF INSOLVENCY		
2015			Evaluierung zur Empfehlung “new European approach on business failure”	LIKELIHOOD OF INSOLVENCY (Referenz zu Verfahren in UK, FRA, NL etc.) risk of insolvency
2016			Leeds-Studie	LIKELIHOOD OF INSOLVENCY financial difficulties; near(ing) insolvency; advent of insolvency vicinity of insolvency (reference to UNCITRAL)

Nachdem viele der Dokumente aus der Gesetzwerdung nur in der englischen Sprache abrufbar sind, werden hier jeweils auch die englischsprachigen Formulierungen verwendet. Referenzen zu „likelihood of insolvency“ werden jeweils **HERVORGEHOBEN**. Der Zeitraum Anfang 2014, als das Konzept sich etablierte, ist zusätzlich farblich hervorgehoben.

ANNEX 3 – Entwicklung likelihood of insolvency

2016			EK Expertengruppe zum Kommissionsvorschlag COM(2016) 723 final	LIKELIHOOD OF INSOLVENCY (Referenz zur EuInsVO 2015) vicinity of insolvency (Referenz zu UNCITRAL)
03/2016			Impact Assessment in preparation of Proposal (final report)	LIKELIHOOD OF INSOLVENCY (Referenz zu Section 128 des südamerikanischen Companies Act 2008 und einer 6-Monats Liquiditätsprognose für den Begriff „financially distressed“) close to insolvency
11/2016			Impact Assessment to COM(2016) 723 final	financial difficulties but not yet insolvent; very close to insolvency; risk of insolvency LIKELIHOOD OF INSOLVENCY (reference to Art 1 EIR 2015) vicinity of insolvency, real threat to the existence of the company
11/2016			Kommissionsvorschlag COM(2016) 723 final	Überschrift Art 18: Duties of directors in connection with negotiations on a preventive restructuring plan Art 18: LIKELIHOOD OF INSOLVENCY Recital 36: financial difficulties; vicinity of insolvency (auch S 16 und 22) auch: serious difficulties; nearing insolvency; impending insolvency
2017			Stellungnahme EESC	financial difficulties
2017			Stellungnahme Committee of the Regions	LIKELIHOOD OF INSOLVENCY
2017			Stellungnahme EZB	LIKELIHOOD OF INSOLVENCY

Nachdem viele der Dokumente aus der Gesetzgebung nur in der englischen Sprache abrufbar sind, werden hier jeweils auch die englischsprachigen Formulierungen verwendet. Referenzen zu „likelihood of insolvency“ werden jeweils **HERVORGEHOBEN**. Der Zeitraum Anfang 2014, als das Konzept sich etablierte, ist zusätzlich farblich hervorgehoben.

ANNEX 3 – Entwicklung likelihood of insolvency

2017			Niebler-Bericht	Vorgeschlagene Definition: 'LIKELIHOOD OF INSOLVENCY' means a situation in which the debtor is not insolvent under national law but in which there is a real and serious threat to the debtor's future ability to pay its debts as they fall due.
2018			AAR	Art 18: Duties of directors where there is a LIKELIHOOD OF INSOLVENCY (nur Überschrift, Artikel selbst entfernt) Recital 36: financial difficulties; vicinity of insolvency Art 2 (2): likelihood of insolvency to be defined by the MS
2019			Position EP 1. Lesung	Art 19: Duties of directors where there is a LIKELIHOOD OF INSOLVENCY Recital 70: financial difficulties Recital 71: close to insolvency Art 2 (2): likelihood of insolvency to be defined by the MS
2019			RIRL	Art 19: Duties of directors where there is a LIKELIHOOD OF INSOLVENCY Recital 70: financial difficulties Recital 71: close to insolvency Art 2 (2): likelihood of insolvency to be defined by the MS

Nachdem viele der Dokumente aus der Gesetzwerdung nur in der englischen Sprache abrufbar sind, werden hier jeweils auch die englischsprachigen Formulierungen verwendet. Referenzen zu „likelihood of insolvency“ werden jeweils **HERVORGEHOBEN**. Der Zeitraum Anfang 2014, als das Konzept sich etablierte, ist zusätzlich farblich hervorgehoben.

Kommissionsvorschlag November 2016 ¹	AAR September 2018	Kompromisstext ² Dezember 2018	Standpunkt EP März 2019	RIRL Juni 2019
Kapitel 5 Pflichten der Unternehmensleitung im Zusammenhang mit Verhandlungen über einen präventiven Restrukturierungsplan Artikel 18 Pflichten der Unternehmensleitung Die Mitgliedstaaten erlassen Vorschriften, um sicherzustellen, dass die Unternehmensleitung bei einer drohenden Insolvenz verpflichtet ist, a) sofort Schritte einzuleiten, um die Verluste für Gläubiger, Arbeitnehmer, Anteilseigner und sonstige Interessenträger zu minimieren; b) den Interessen der Gläubiger und sonstigen Interessenträger gebührend Rechnung zu tragen; c) angemessene Schritte einzuleiten, um eine Insolvenz abzuwenden; d) vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten zu vermeiden, das die Rentabilität des Unternehmens gefährdet.	Kapitel 5 Pflichten der Unternehmensleitung bei einer drohenden Insolvenz³ Artikel 18 (...)	KAPITEL 5 Pflichten der Unternehmensleitung im Zusammenhang mit Verhandlungen über einen präventiven Restrukturierungsplan Artikel 18 Pflichten der Unternehmensleitung bei einer wahrscheinlichen Insolvenz Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Unternehmensleitung bei einer wahrscheinlichen Insolvenz mindestens Folgendes gebührend berücksichtigt: a) die Interessen der Gläubiger, sonstigen Interessenträger und Anteilsinhaber, b) die Notwendigkeit, Schritte einzuleiten, um eine Insolvenz abzuwenden, und c) die Notwendigkeit, vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten zu vermeiden, das die Bestandsfähigkeit⁴ des Unternehmens gefährdet.	Kapitel 5 Pflichten der Unternehmensleitung Artikel 19 Pflichten der Unternehmensleitung bei einer wahrscheinlichen Insolvenz Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Unternehmensleitung bei einer wahrscheinlichen Insolvenz mindestens Folgendes gebührend berücksichtigt: a) die Interessen der Gläubiger, Anteilsinhaber und sonstigen Interessenträger, b) die Notwendigkeit, Schritte einzuleiten, um eine Insolvenz abzuwenden, und c) die Notwendigkeit, vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten zu vermeiden, das die Bestandsfähigkeit des Unternehmens gefährdet.	KAPITEL 5 Pflichten der Unternehmensleitung Artikel 19 Pflichten der Unternehmensleitung bei einer wahrscheinlichen Insolvenz Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Unternehmensleitung bei einer wahrscheinlichen Insolvenz mindestens Folgendes gebührend berücksichtigt: a) die Interessen der Gläubiger, Anteilsinhaber und sonstigen Interessenträger, b) die Notwendigkeit, Schritte einzuleiten, um eine Insolvenz abzuwenden, und c) die Notwendigkeit, vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten zu vermeiden, das die Bestandsfähigkeit des Unternehmens gefährdet.

¹ Für die gegenständliche Arbeit relevante Änderungen im Laufe des Gesetzwerdungsprozesses werden farblich mit **gelb** (sofern es sich um Streichungen handelt) sowie **grün** (sofern es sich um Einfügungen oder Verschiebungen handelt) hervorgehoben. Rein sprachliche Änderungen werden nur soweit relevant markiert.

² Dieser Kompromisstext ist nur auf Englisch verfügbar. Da die englische Version aber bis auf die Nummerierung und die Reihenfolge in lit a wortgleich mit dem EP Standpunkt aus März 2019 übereinstimmt, wurde hier auch bereits der diesbezügliche deutsche Text – unter Berücksichtigung der Abweichungen – verwendet.

³ Im Englischen durchgehend „likelihood of insolvency“.

⁴ Im Englischen durchgehend „viability“.

Kommissionsvorschlag November 2016 ⁵	AAR September 2018	Kompromisstext ⁶ Dezember 2018	Standpunkt EP März 2019	RIRL Juni 2019
ErwGr 36: Um präventive Restrukturierungen weiter zu fördern, muss gewährleistet sein, dass die Unternehmensleitung nicht davon abgehalten wird, vertretbare Geschäftsentscheidungen zu treffen oder vertretbare wirtschaftliche Risiken einzugehen, vor allem wenn dies die Aussichten auf eine Restrukturierung potenziell rentabler Unternehmen verbessert. Wenn ein Unternehmen in finanzielle Schwierigkeiten gerät, sollte die Unternehmensleitung Schritte wie die folgenden einleiten: Inanspruchnahme professioneller Beratung unter anderem zu Restrukturierung und Insolvenz, etwa durch Nutzung von Frühwarnsystemen, soweit vorhanden; Schutz der Vermögenswerte des Unternehmens, um einen möglichst hohen Wert der wesentlichen Vermögenswerte zu sichern und ihren Verlust zu verhindern; Analyse der Struktur und der Funktionen des Unternehmens, um die Rentabilität zu prüfen und die Ausgaben zu senken; keine Vornahme der Arten von Transaktionen für das Unternehmen, die Gegenstand einer Insolvenzanfechtungsklage werden können.	ErwGr 36: Um präventive Restrukturierungen weiter zu fördern, muss gewährleistet sein, dass die Unternehmensleitung nicht davon abgehalten wird, vertretbare Geschäftsentscheidungen zu treffen oder vertretbare wirtschaftliche Risiken einzugehen, vor allem wenn dies die Aussichten auf eine Restrukturierung potenziell rentabler Unternehmen verbessert. Wenn ein Unternehmen in finanzielle Schwierigkeiten gerät, sollte die Unternehmensleitung Schritte (...) einleiten, um Verluste möglichst gering zu halten und eine Insolvenz abzuwenden, wie zum Beispiel: Inanspruchnahme professioneller Beratung unter anderem zu Restrukturierung und Insolvenz, etwa durch Nutzung von Frühwarnsystemen, soweit vorhanden; Schutz der Vermögenswerte des Unternehmens, um einen möglichst hohen Wert der wesentlichen Vermögenswerte zu sichern und ihren Verlust zu verhindern; Analyse der Struktur und der Funktionen des Unternehmens, um die Rentabilität zu prüfen und die Ausgaben zu senken; keine Vornahme der Arten von Transaktionen für das Unternehmen, die	ErwGr 36: Um die präventive Restrukturierung weiter zu fördern, muss gewährleistet sein, dass Unternehmensleitungen nicht davon abgehalten werden, vertretbare Geschäftsentscheidungen zu treffen oder vertretbare wirtschaftliche Risiken einzugehen, vor allem wenn dies die Aussichten auf eine Restrukturierung potenziell bestandsfähiger¹⁰ Unternehmen verbessert. Wenn ein Unternehmen in finanzielle Schwierigkeiten gerät, sollte die Unternehmensleitung Schritte einleiten, um Verluste möglichst gering zu halten und eine Insolvenz abzuwenden, wie zum Beispiel: Inanspruchnahme professioneller Beratung unter anderem zu Restrukturierung und Insolvenz, etwa durch Nutzung von Frühwarnsystemen, soweit vorhanden; Schutz der Vermögenswerte des Unternehmens, um einen möglichst hohen Wert zu sichern und den Verlust wesentlicher Vermögenswerte zu verhindern; Analyse der Struktur und der Funktionen des Unternehmens, um die Bestandsfähigkeit zu prüfen und die Ausgaben zu senken; keine Vornahme der Arten von Transaktionen für das	ErwGr 70: Um die präventive Restrukturierung weiter zu fördern, muss gewährleistet sein, dass Unternehmensleitungen nicht davon abgehalten werden, vertretbare Geschäftsentscheidungen zu treffen oder vertretbare wirtschaftliche Risiken einzugehen, vor allem wenn dies die Aussichten auf eine Restrukturierung potenziell bestandsfähiger Unternehmen verbessert. Wenn ein Unternehmen in finanzielle Schwierigkeiten gerät, sollte die Unternehmensleitung Schritte einleiten, um Verluste möglichst gering zu halten und eine Insolvenz abzuwenden, wie zum Beispiel: Inanspruchnahme professioneller Beratung unter anderem zu Restrukturierung und Insolvenz, etwa durch Nutzung von Frühwarnsystemen, soweit vorhanden; Schutz der Vermögenswerte des Unternehmens, um einen möglichst hohen Wert zu sichern und den Verlust wesentlicher Vermögenswerte zu verhindern; Analyse der Struktur und der Funktionen des Unternehmens, um die Bestandsfähigkeit zu prüfen und die Ausgaben zu senken; keine Vornahme der Arten von Transaktionen für das Unterneh-	ErwGr 70: Um die präventive Restrukturierung weiter zu fördern, muss gewährleistet sein, dass Unternehmensleitungen nicht davon abgehalten werden, vertretbare Geschäftsentscheidungen zu treffen oder vertretbare wirtschaftliche Risiken einzugehen, vor allem wenn dies die Aussichten auf eine Restrukturierung potenziell bestandsfähiger Unternehmen verbessert. Wenn ein Unternehmen in finanzielle Schwierigkeiten gerät, sollte die Unternehmensleitung Schritte einleiten, um Verluste möglichst gering zu halten und eine Insolvenz abzuwenden, wie zum Beispiel: Inanspruchnahme professioneller Beratung unter anderem zu Restrukturierung und Insolvenz, etwa durch Nutzung von Frühwarnsystemen, soweit vorhanden; Schutz der Vermögenswerte des Unternehmens, um einen möglichst hohen Wert zu sichern und den Verlust wesentlicher Vermögenswerte zu verhindern; Analyse der Struktur und der Funktionen des Unternehmens, um die Bestandsfähigkeit zu prüfen und die Ausgaben zu senken; keine Vornahme der Arten von Transaktionen für das Unterneh-

⁵ Für die gegenständliche Arbeit relevante Änderungen im Laufe des Gesetzwerdungsprozesses werden farblich mit **gelb** (sofern es sich um Streichungen handelt) sowie **grün** (sofern es sich um Einfügungen oder Verschiebungen handelt) hervorgehoben. Rein sprachliche Änderungen werden nur soweit relevant markiert.

⁶ Dieser Kompromisstext ist nur auf Englisch verfügbar. Da die englische Version aber bis auf die Nummerierung nahezu wortgleich mit dem EP aus März 2019 übereinstimmt, wurde hier auch bereits der diesbezügliche deutsche Text verwendet.

¹⁰ Im Englischen durchgehend „viability“.

ANNEX 4 – Pflichten bei wahrscheinlicher Insolvenz

ten, es sei denn, es gibt einen triftigen wirtschaftlichen Grund dafür; Fortsetzung der Geschäftstätigkeit, wenn dies unter den gegebenen Umständen sinnvoll ist, um einen möglichst hohen Wert als laufendes Unternehmen zu sichern; Führung von Verhandlungen mit den Gläubigern und Einleitung präventiver Restrukturierungsverfahren. Wenn dem Schuldner die Insolvenz droht⁷, kommt es auch darauf an, die berechtigten Interessen der Gläubiger vor Managemententscheidungen zu schützen, die sich auf die Zusammensetzung des Schuldnervermögens auswirken, insbesondere wenn diese Entscheidungen eine weitere Wertminderung des Vermögens bewirken könnten, das für Restrukturierungsmaßnahmen oder für die Verteilung an die Gläubiger zur Verfügung steht. Unter diesen Umständen muss die Unternehmensleitung es daher vermeiden, vorsätzliche oder grob fahrlässige Handlungen vorzunehmen, die auf Kosten der Anteilseigner⁸ zu persönlichen Vorteilen führen, Transaktionen unter	Gegenstand einer Insolvenzanfechtungsklage werden könnten, es sei denn, es gibt einen triftigen wirtschaftlichen Grund dafür; Fortsetzung der Geschäftstätigkeit, wenn dies unter den gegebenen Umständen sinnvoll ist, um einen möglichst hohen Wert als laufendes Unternehmen zu sichern; Führung von Verhandlungen mit den Gläubigern und Einleitung präventiver Restrukturierungsverfahren. Wenn dem Schuldner die Insolvenz droht⁹, kommt es auch darauf an, die berechtigten Interessen der Gläubiger vor Managemententscheidungen zu schützen, die sich auf die Zusammensetzung des Schuldnervermögens auswirken, insbesondere wenn diese Entscheidungen eine weitere Wertminderung des Vermögens bewirken könnten, das für Restrukturierungsmaßnahmen oder für die Verteilung an die Gläubiger zur Verfügung steht. Unter diesen Umständen muss die Unternehmensleitung es daher vermeiden, vorsätzliche oder grob fahrlässige Handlungen vorzunehmen, die auf Kosten der Anteilseigner zu persönlichen Vorteilen führen, Transaktionen unter Wert zuzustimmen	Unternehmen, die Gegenstand einer Insolvenzanfechtungsklage werden könnten, es sei denn, es gibt einen triftigen wirtschaftlichen Grund dafür; Fortsetzung der Geschäftstätigkeit, wenn dies unter den gegebenen Umständen sinnvoll ist, um einen möglichst hohen Wert als fortgeführtes Unternehmen zu sichern; Führung von Verhandlungen mit den Gläubigern und Einleitung präventiver Restrukturierungsverfahren. Wenn dem Schuldner die Insolvenz droht¹¹, kommt es auch darauf an, die berechtigten Interessen der Gläubiger vor Managemententscheidungen zu schützen, die sich auf die Zusammensetzung des Schuldnervermögens auswirken können, insbesondere wenn diese Entscheidungen eine weitere Wertminderung des Vermögens bewirken könnten, das für Restrukturierungsmaßnahmen oder für die Verteilung an die Gläubiger zur Verfügung steht. Es ist daher notwendig, sicherzustellen, dass die Unternehmensleitung es unter diesen Umständen vermeidet, vorsätzliche oder grob fahrlässige Handlungen vorzunehmen, die auf	men, die Gegenstand einer Insolvenzanfechtungsklage werden könnten, es sei denn, es gibt einen triftigen wirtschaftlichen Grund dafür; Fortsetzung der Geschäftstätigkeit, wenn dies unter den gegebenen Umständen sinnvoll ist, um einen möglichst hohen Wert als fortgeführtes Unternehmen zu sichern; Führung von Verhandlungen mit den Gläubigern und Einleitung präventiver Restrukturierungsverfahren. ErwGr 71: Wenn dem Schuldner die Insolvenz droht¹³, kommt es auch darauf an, die berechtigten Interessen der Gläubiger vor Managemententscheidungen zu schützen, die sich auf die Zusammensetzung des Schuldnervermögens auswirken können, insbesondere wenn diese Entscheidungen eine weitere Wertminderung des Vermögens bewirken könnten, das für Restrukturierungsmaßnahmen oder für die Verteilung an die Gläubiger zur Verfügung steht. Es ist daher notwendig, sicherzustellen, dass die Unternehmensleitung es unter diesen Umständen vermeidet, vorsätzliche oder grob fahrlässige Handlungen vorzunehmen, die auf Kosten der Anteilshaber zu persönlichen Vorteilen	men, die Gegenstand einer Insolvenzanfechtungsklage werden könnten, es sei denn, es gibt einen triftigen wirtschaftlichen Grund dafür; Fortsetzung der Geschäftstätigkeit, wenn dies unter den gegebenen Umständen sinnvoll ist, um einen möglichst hohen Wert als fortgeführtes Unternehmen zu sichern; Führung von Verhandlungen mit den Gläubigern und Einleitung präventiver Restrukturierungsverfahren. ErwGr 71: Wenn dem Schuldner die Insolvenz droht¹⁴, kommt es auch darauf an, die berechtigten Interessen der Gläubiger vor Managemententscheidungen zu schützen, die sich auf die Zusammensetzung des Schuldnervermögens auswirken können, insbesondere wenn diese Entscheidungen eine weitere Wertminderung des Vermögens bewirken könnten, das für Restrukturierungsmaßnahmen oder für die Verteilung an die Gläubiger zur Verfügung steht. Es ist daher notwendig, sicherzustellen, dass die Unternehmensleitung es unter diesen Umständen vermeidet, vorsätzliche oder grob fahrlässige Handlungen vorzunehmen, die auf Kosten der Anteilshaber zu persönlichen Vorteilen

⁷ Im Englischen „vicinity of insolvency“.

⁸ Gemeint ist hier wohl „Interessenträger“ (im Englischen wird „stakeholder“, im Niederländischen „belanghebbenden“ und im Französischen „parties prenantes“ verwendet).

⁹ Im Englischen „vicinity of insolvency“.

¹¹ Im Englischen „vicinity to insolvency“.

¹³ Im Englischen „close to insolvency“.

¹⁴ Im Englischen „close to insolvency“.

ANNEX 4 – Pflichten bei wahrscheinlicher Insolvenz

Wert zuzustimmen oder Maßnahmen zu treffen, die eine unfaire Bevorzugung eines oder mehrerer Interessenträger gegenüber anderen zur Folge haben. Zur Unternehmensleitung im Sinne dieser Richtlinie sollten die Personen gehören, die für Entscheidungen über die Führung des Unternehmens zuständig sind.	oder Maßnahmen zu treffen, die eine unfaire Bevorzugung eines oder mehrerer Interessenträger gegenüber anderen zur Folge haben. (...)	Kosten der Anteilsinhaber¹² zu persönlichen Vorteilen führen, und vermeidet, Transaktionen unter Marktwert zuzustimmen oder Maßnahmen zu treffen, die eine unfaire Bevorzugung eines oder mehrerer Interessenträger zur Folge haben. Die Mitgliedstaaten sollten die entsprechenden Bestimmungen der vorliegenden Richtlinie umsetzen können, indem sie sicherstellen, dass Justiz- oder Verwaltungsbehörden bei der Beurteilung, ob ein Mitglied der Unternehmensleitung für Verletzungen der Sorgfaltspflicht haftbar zu machen ist, die Bestimmungen dieser Richtlinie zu den Pflichten der Unternehmensleitung berücksichtigen. Diese Richtlinie zielt nicht darauf ab, eine Rangfolge zwischen den verschiedenen Parteien festzulegen, deren Interessen gebührend berücksichtigt werden müssen. Die Mitgliedstaaten sollten jedoch in der Lage sein, eine solche Rangfolge festzulegen. Diese Richtlinie sollte die nationalen Vorschriften der Mitgliedstaaten über die Entscheidungsprozesse in einem Unternehmen unberührt lassen.	führen, und vermeidet, Transaktionen unter Marktwert zuzustimmen oder Maßnahmen zu treffen, die eine unfaire Bevorzugung eines oder mehrerer Interessenträger zur Folge haben. Die Mitgliedstaaten sollten die entsprechenden Bestimmungen der vorliegenden Richtlinie umsetzen können, indem sie sicherstellen, dass Justiz- oder Verwaltungsbehörden bei der Beurteilung, ob ein Mitglied der Unternehmensleitung für Verletzungen der Sorgfaltspflicht haftbar zu machen ist, die Bestimmungen dieser Richtlinie zu den Pflichten der Unternehmensleitung berücksichtigen. Diese Richtlinie zielt nicht darauf ab, eine Rangfolge zwischen den verschiedenen Parteien festzulegen, deren Interessen gebührend berücksichtigt werden müssen. Die Mitgliedstaaten sollten jedoch in der Lage sein, eine solche Rangfolge festzulegen. Diese Richtlinie sollte die nationalen Vorschriften der Mitgliedstaaten über die Entscheidungsprozesse in einem Unternehmen unberührt lassen.	führen, und vermeidet, Transaktionen unter Marktwert zuzustimmen oder Maßnahmen zu treffen, die eine unfaire Bevorzugung eines oder mehrerer Interessenträger zur Folge haben. Die Mitgliedstaaten sollten die entsprechenden Bestimmungen der vorliegenden Richtlinie umsetzen können, indem sie sicherstellen, dass Justiz- oder Verwaltungsbehörden bei der Beurteilung, ob ein Mitglied der Unternehmensleitung für Verletzungen der Sorgfaltspflicht haftbar zu machen ist, die Bestimmungen dieser Richtlinie zu den Pflichten der Unternehmensleitung berücksichtigen. Diese Richtlinie zielt nicht darauf ab, eine Rangfolge zwischen den verschiedenen Parteien festzulegen, deren Interessen gebührend berücksichtigt werden müssen. Die Mitgliedstaaten sollten jedoch in der Lage sein, eine solche Rangfolge festzulegen. Diese Richtlinie sollte die nationalen Vorschriften der Mitgliedstaaten über die Entscheidungsprozesse in einem Unternehmen unberührt lassen.

¹² Gemeint ist hier wohl „Interessenträger“ (im Englischen wird „stakeholder“, im Niederländischen „belanghebbenden“ und im Französischen „parties prenantes“ verwendet).

Kommissionsvorschlag November 2016 ¹	AAR September 2018	Kompromisstext ² Dezember 2018	Standpunkt EP März 2019	RIRL Juni 2019
Artikel 7 Folgen der Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen (1) Entsteht während der Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen die Verpflichtung des Schuldners, nach nationalem Recht einen Insolvenzantrag zu stellen, so ruht diese Verpflichtung für die Dauer der Aussetzung. (2) Eine alle Gläubiger umfassende allgemeine Aussetzung verhindert die Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger. (3) Die Mitgliedstaaten können eine Ausnahmeregelung zu Absatz 1 für den Fall erlassen, dass der Schuldner illiquid wird und daher nicht in der Lage ist, seine während der Aussetzung fällig werdenden Schulden zu begleichen. Für diesen Fall stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass Restrukturierungsverfahren nicht automatisch beendet	Artikel 7 Folgen der Aussetzung einzelner Vollstreckungsmaßnahmen (1) Entsteht während der Aussetzung einzelner Vollstreckungsmaßnahmen nach nationalem Recht eine (...) Verpflichtung des Schuldners, einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu stellen, das zur Liquidation des Schuldners führen kann, so ruht diese Verpflichtung für die Dauer dieser Aussetzung. (2) Eine (...) Aussetzung einzelner Vollstreckungsmaßnahmen gemäß Artikel 6 führt für die Dauer der Aussetzung zum Aufschub der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger, das zur Liquidation des Schuldners führen kann. (3) Die Mitgliedstaaten können eine Ausnahmeregelung zu den Absätzen 1 und 2 für den Fall erlassen, dass der Schuldner (...) nicht in der Lage ist, seine (...) Schulden zu begleichen. Für diesen Fall stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass (...) eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde beschließen kann, (...) den	Artikel 7 Folgen der Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen (1) Entsteht während einer Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen nach nationalem Recht eine Verpflichtung eines Schuldners, einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu stellen, das zur Liquidation des Schuldners führen könnte, so ruht diese Verpflichtung für die Dauer dieser Aussetzung. (2) Eine Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen gemäß Artikel 6 führt für die Dauer der Aussetzung zum Aufschub auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger hin zu eröffnenden Verfahrens, das zur Liquidation des Schuldners führen kann. (3) Die Mitgliedstaaten können eine Ausnahmeregelung zu den Absätzen 1 und 2 für den Fall erlassen, dass ein Schuldner nicht in der Lage ist, seine fällig werdenden Schulden zu begleichen. Für diese Fälle stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde beschließen kann, die Wirkungen der Aussetzung von	Artikel 7 Folgen der Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen (1) Entsteht während einer Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen nach nationalem Recht eine Verpflichtung eines Schuldners, einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu stellen, das zur Liquidation des Schuldners führen könnte, so ruht diese Verpflichtung für die Dauer dieser Aussetzung. (2) Eine Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen gemäß Artikel 6 führt für die Dauer der Aussetzung zum Aufschub auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger hin zu eröffnenden Verfahrens, das zur Liquidation des Schuldners führen kann. (3) Die Mitgliedstaaten können eine Ausnahmeregelung zu den Absätzen 1 und 2 für den Fall erlassen, dass ein Schuldner nicht in der Lage ist, seine fällig werdenden Schulden zu begleichen. Für diese Fälle stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde beschließen	Artikel 7 Folgen der Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen (1) Entsteht während einer Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen nach nationalem Recht eine Verpflichtung eines Schuldners, einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu stellen, das zur Liquidation des Schuldners führen könnte, so ruht diese Verpflichtung für die Dauer dieser Aussetzung. (2) Eine Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen gemäß Artikel 6 führt für die Dauer der Aussetzung zum Aufschub auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger hin zu eröffnenden Verfahrens, das zur Liquidation des Schuldners führen kann. (3) Die Mitgliedstaaten können eine Ausnahmeregelung zu den Absätzen 1 und 2 für den Fall erlassen, dass ein Schuldner nicht in der Lage ist, seine fällig werdenden Schulden zu begleichen. Für diese Fälle stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde beschließen kann, die Wirkungen der Aussetzung von

¹ Für die gegenständliche Arbeit relevante Änderungen im Laufe des Gesetzwerdungsprozesses werden farblich mit **gelb** (sofern es sich um Streichungen handelt) sowie **grün** (sofern es sich um Einfügungen handelt) hervorgehoben. Rein sprachliche Änderungen werden nur soweit relevant markiert.

² Dieser Kompromisstext ist nur auf Englisch verfügbar. Da die englische Version aber bis auf die Nummerierung nahezu wortgleich mit dem EP Standpunkt aus März 2019 übereinstimmt, wurde hier auch bereits der diesbezügliche deutsche Text verwendet.

ANNEX 5 – Ruhen der Insolvenzantragspflicht

werden und dass eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde nach Prüfung der Aussichten, dass während der Aussetzung eine Einigung über einen erfolgreichen Restrukturierungsplan erzielt wird, beschließen kann, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu verschieben und den mit der Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen verbundenen Vorteil aufrechtzuerhalten.	mit der Aussetzung einzelner Vollstreckungsmaßnahmen verbundenen Vorteil aufrechtzuerhalten, wenn die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, das zur Liquidation des Schuldners führen kann, unter Berücksichtigung der Umstände des Falles nicht im allgemeinen Interesse der Gläubiger wäre.	Einzelvollstreckungsmaßnahmen aufrechtzuerhalten, wenn die Eröffnung von Insolvenzverfahren, die zur Liquidation des Schuldners führen könnten, unter Berücksichtigung der Umstände des Falles nicht im allgemeinen Interesse der Gläubiger wäre.	kann, die Wirkungen der Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen aufrechtzuerhalten, wenn die Eröffnung von Insolvenzverfahren, die zur Liquidation des Schuldners führen könnten, unter Berücksichtigung der Umstände des Falles nicht im allgemeinen Interesse der Gläubiger wäre.	Einzelvollstreckungsmaßnahmen aufrechtzuerhalten, wenn die Eröffnung von Insolvenzverfahren, die zur Liquidation des Schuldners führen könnten, unter Berücksichtigung der Umstände des Falles nicht im allgemeinen Interesse der Gläubiger wäre.
(4) [nicht relevant]	(4) [nicht relevant]	(4) [nicht relevant]	(4) [nicht relevant]	(4) [nicht relevant]
(5) [nicht relevant]	(5) [nicht relevant]	(5) [nicht relevant]	(5) [nicht relevant]	(5) [nicht relevant]
(6) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass der Schuldner durch nichts daran gehindert wird, Ansprüche von oder Leistungspflichten gegenüber nicht betroffenen Gläubigern und nach Gewährung der Aussetzung entstandene und während der Aussetzung entstehende Ansprüche betroffener Gläubiger im normalen Geschäftsgang zu erfüllen.	(6) Diese Richtlinie hindert den Schuldner nicht daran, Forderungen von oder Leistungspflichten gegenüber nicht betroffenen Gläubigern und (...) während der Aussetzung entstehende Forderungen betroffener Gläubiger im normalen Geschäftsgang zu erfüllen.	(6) [nicht relevant]	(6) [nicht relevant]	(6) [nicht relevant]
(7) Die Mitgliedstaaten schreiben nicht vor, dass Schuldner Insolvenzverfahren beantragen müssen, wenn die Aussetzung ohne Einigung über einen Restrukturierungsplan endet, es sei denn, die im nationalen Recht festgelegten Voraussetzungen für einen Insolvenzantrag sind erfüllt.		(7) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Auslaufen einer Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen ohne die Annahme eines Restrukturierungsplans als solches nicht zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens führt, das zur Liquidation des Schuldners führen könnte, es sei denn, die im nationalen Recht festgelegten Voraussetzungen für eine solche Eröffnung sind erfüllt.	(7) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Auslaufen einer Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen ohne die Annahme eines Restrukturierungsplans als solches nicht zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens führt, das zur Liquidation des Schuldners führen könnte, es sei denn, die im nationalen Recht festgelegten Voraussetzungen für eine solche Eröffnung sind erfüllt.	(7) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Auslaufen einer Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen ohne die Annahme eines Restrukturierungsplans als solches nicht zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens führt, das zur Liquidation des Schuldners führen könnte, es sei denn, die im nationalen Recht festgelegten Voraussetzungen für eine solche Eröffnung sind erfüllt.

Kommissionsvorschlag November 2016 ³	AAR September 2018	Kompromisstext ⁴ Dezember 2018	Standpunkt EP März 2019	RIRL Juni 2019
ErwGr (19) Ein Schuldner sollte bei der Justiz- oder Verwaltungsbehörde eine vorübergehende Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen beantragen können, durch die auch die Verpflichtung zur Beantragung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ausgesetzt werden sollte, wenn diese Maßnahmen die Verhandlungen beeinträchtigen und die Aussichten auf eine Restrukturierung des Unternehmens des Schuldners mindern könnten. [restlicher Teil hier nicht relevant]	ErwGr (21) (...) Mit der Aussetzung einzelner Vollstreckungsmaßnahmen sollte auch die Verpflichtung des Schuldners zur Beantragung – oder die Eröffnung auf Antrag eines Gläubigers – eines Insolvenzverfahrens, das zur Liquidation des Schuldners führen kann, ausgesetzt werden. Dabei sollte es sich um diejenigen Insolvenzverfahren handeln, deren Ausgang nicht gesetzlich auf die Liquidation des Schuldners beschränkt ist, sondern die auch zur Restrukturierung des Schuldners führen können. Die Aussetzung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auf Antrag von Gläubigern gilt nicht nur in den Fällen, in denen Mitgliedstaaten eine allgemeine alle Gläubiger umfassende Aussetzung einzelner Vollstreckungsmaßnahmen vorsehen, sondern auch in den Fällen, in denen die nationalen Rechtsvorschriften die Möglichkeit einer beschränkten Aussetzung einzelner Vollstreckungsmaßnahmen für nur eine begrenzte Zahl an Gläubigern vorsehen. [restlicher Teil hier nicht relevant]	ErwGr (21) Mit der Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen sollte auch die Verpflichtung des Schuldners zur Beantragung – oder die Eröffnung auf Antrag eines Gläubigers – eines Insolvenzverfahrens, das zur Liquidation des Schuldners führen könnte, ausgesetzt werden. Solche Insolvenzverfahren sollten zusätzlich zu denen, die gesetzlich als einzig mögliche Folge die Liquidation des Schuldners haben können, auch Verfahren umfassen, die zu einer Restrukturierung des Schuldners führen könnten. Die Aussetzung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auf Antrag von Gläubigern sollte nicht nur in den Fällen gelten, in denen Mitgliedstaaten eine allgemeine, alle Gläubiger umfassende Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen vorsehen, sondern auch in den Fällen, in denen die Mitgliedstaaten die Möglichkeit einer Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen für nur eine begrenzte Zahl an Gläubigern vorsehen. [restlicher Teil hier nicht relevant] Diese Richtlinie sollte Schuldner nicht daran hindern, Forderungen von nicht betroffenen Gläubigern	ErwGr (38) Mit der Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen sollte auch die Verpflichtung des Schuldners zur Beantragung – oder die Eröffnung auf Antrag eines Gläubigers – eines Insolvenzverfahrens, das zur Liquidation des Schuldners führen könnte, ausgesetzt werden. Solche Insolvenzverfahren sollten zusätzlich zu denen, die gesetzlich als einzig mögliche Folge die Liquidation des Schuldners haben können, auch Verfahren umfassen, die zu einer Restrukturierung des Schuldners führen könnten. Die Aussetzung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auf Antrag von Gläubigern sollte nicht nur in den Fällen gelten, in denen Mitgliedstaaten eine allgemeine, alle Gläubiger umfassende Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen vorsehen, sondern auch in den Fällen, in denen die Mitgliedstaaten die Möglichkeit einer Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen für nur eine begrenzte Zahl an Gläubigern vorsehen. [restlicher Teil hier nicht relevant] ErwGr (39) Diese Richtlinie sollte Schuldner nicht daran hindern, Forderungen von nicht betroffenen	ErwGr (38) Mit der Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen sollte auch die Verpflichtung des Schuldners zur Beantragung – oder die Eröffnung auf Antrag eines Gläubigers – eines Insolvenzverfahrens, das zur Liquidation des Schuldners führen könnte, ausgesetzt werden. Solche Insolvenzverfahren sollten zusätzlich zu denen, die gesetzlich als einzig mögliche Folge die Liquidation des Schuldners haben können, auch Verfahren umfassen, die zu einer Restrukturierung des Schuldners führen könnten. Die Aussetzung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auf Antrag von Gläubigern sollte nicht nur in den Fällen gelten, in denen Mitgliedstaaten eine allgemeine, alle Gläubiger umfassende Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen vorsehen, sondern auch in den Fällen, in denen die Mitgliedstaaten die Möglichkeit einer Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen für nur eine begrenzte Zahl an Gläubigern vorsehen. [restlicher Teil hier nicht relevant] ErwGr (39) Diese Richtlinie sollte Schuldner nicht daran hindern, Forderungen von nicht betroffenen

³ Für die gegenständliche Arbeit relevante Änderungen im Laufe des Gesetzwerdungsprozesses werden farblich mit **gelb** (sofern es sich um Streichungen handelt) sowie **grün** (sofern es sich um Einfügungen handelt) hervorgehoben. Rein sprachliche Änderungen werden nur soweit relevant markiert.

⁴ Dieser Kompromisstext ist nur auf Englisch verfügbar. Da die englische Version aber bis auf die Nummerierung nahezu wortgleich mit dem EP Standpunkt aus März 2019 übereinstimmt, wurde hier auch bereits der diesbezügliche deutsche Text verwendet.

ANNEX 5 – Ruhen der Insolvenzantragspflicht

		und während der Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen entstehende Forderungen betroffener Gläubiger im normalen Geschäftsgang zu erfüllen. Um sicherzustellen, dass Gläubiger mit Forderungen, die vor der Eröffnung eines Restrukturierungsverfahrens oder vor einer Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen entstanden sind, den Schuldner nicht zur Begleichung dieser Forderungen drängen, die ansonsten durch die Umsetzung des Restrukturierungsplans gekürzt würden, sollten die Mitgliedstaaten eine Aussetzung der Verpflichtung des Schuldners in Bezug auf Zahlungen auf diese Forderungen vorsehen können.	Gläubigern und während der Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen entstehende Forderungen betroffener Gläubiger im normalen Geschäftsgang zu erfüllen. Um sicherzustellen, dass Gläubiger mit Forderungen, die vor der Eröffnung eines Restrukturierungsverfahrens oder vor einer Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen entstanden sind, den Schuldner nicht zur Begleichung dieser Forderungen drängen, die ansonsten durch die Umsetzung des Restrukturierungsplans gekürzt würden, sollten die Mitgliedstaaten eine Aussetzung der Verpflichtung des Schuldners in Bezug auf Zahlungen auf diese Forderungen vorsehen können.	Gläubigern und während der Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen entstehende Forderungen betroffener Gläubiger im normalen Geschäftsgang zu erfüllen. Um sicherzustellen, dass Gläubiger mit Forderungen, die vor der Eröffnung eines Restrukturierungsverfahrens oder vor einer Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen entstanden sind, den Schuldner nicht zur Begleichung dieser Forderungen drängen, die ansonsten durch die Umsetzung des Restrukturierungsplans gekürzt würden, sollten die Mitgliedstaaten eine Aussetzung der Verpflichtung des Schuldners in Bezug auf Zahlungen auf diese Forderungen vorsehen können.

UNCITRAL	Kommissionsvorschlag	RIRL
Recommendation 255 The law relating to insolvency should specify that from the point in time referred to in recommendation 257 (<i>Anm: when the director knew, or ought reasonably to have known, that insolvency was imminent or unavoidable</i>), the persons specified in accordance with recommendation 258 will have the obligations <i>to have due regard to the interests of creditors and other stakeholders</i> and to take <i>reasonable steps</i>: (a) To <i>avoid insolvency</i>; and (b) Where it is unavoidable, to minimize the extent of insolvency.	Article 18 Duties of directors Member States shall lay down rules to ensure that, where there is a likelihood of insolvency, directors have the following obligations: (a) to take immediate steps to minimise the loss for creditors, workers, shareholders and other stakeholders; (b) <i>to have due regard to the interests of creditors and other stakeholders</i>; (c) to take <i>reasonable steps to avoid insolvency</i>; (d) to avoid deliberate or grossly negligent conduct that threatens the viability of the business.	Article 19 Duties of directors where there is a likelihood of insolvency Member States shall ensure that, where there is a likelihood of insolvency, directors, <i>have due regard</i>, as a minimum, to the following: (a) the <i>interests of creditors</i>, equity holders <i>and other stakeholders</i>; (b) the need to <i>take steps to avoid insolvency</i>; and (c) the need to avoid deliberate or grossly negligent conduct that threatens the viability of the business.
Recommendation 256 For the purposes of recommendation 255, reasonable steps <i>might include</i>: (a) Evaluating the current financial situation of the company and ensuring proper accounts are being maintained and that they are up-to-date; being independently informed as to the current and ongoing financial situation of the company; holding regular board meetings to monitor the situation; <i>seeking professional advice, including insolvency or legal advice</i>; holding discussions with auditors; calling a shareholder meeting; modifying management practices to take account of the interests of creditors and other stakeholders; <i>protecting the assets of the company so as to maximize value and avoid loss of key assets</i>; <i>considering the structure and functions of the business to examine viability and reduce expenditure</i>;	Recital 36 To further promote preventive restructuring, it is important to ensure that directors are not dissuaded from exercising reasonable business judgment or taking reasonable commercial risks, particularly where to do so would improve the chances for the restructuring of potentially viable businesses. Where the enterprise experiences financial difficulties, directors <i>should take such steps as</i> <i>seeking professional advice, including on restructuring and insolvency</i>, for instance by making use of early warning tools where applicable; <i>protecting the assets of the company so as to maximize value and avoid loss of key assets</i>; <i>considering the structure and functions of the business to examine viability and reduce expenditure</i>;	Recital 70 To further promote preventive restructuring, it is important to ensure that directors are not dissuaded from exercising reasonable business judgment or taking reasonable commercial risks, particularly where to do so would improve the chances of a restructuring of potentially viable businesses. Where the company experiences financial difficulties, directors <i>should take steps</i> to minimise losses and to avoid insolvency, <i>such as</i>: <i>seeking professional advice, including on restructuring and insolvency</i>, for instance by making use of early warning tools where applicable; <i>protecting the assets of the company so as to maximise value and avoid loss of key assets</i>; <i>considering the structure and functions of the business to examine viability and reduce expenditure</i>;

Die RIRL wird verglichen mit dem UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law Part four: Directors' obligations in the period approaching insolvency (including in enterprise groups), uncitral.org (Second edition, Stand Juli 2019). Die gleich- bzw ähnlich lautenden Formulierungen sind **hervorgehoben**.

ANNEX 6 – Vergleichstabelle UNCITRAL/RIRL

<i>not committing the company to the types of transaction that might be subject to avoidance unless there is an appropriate business justification;</i> <i>continuing to trade in circumstances where it is appropriate to do so to maximize going concern value;</i> <i>holding negotiations with creditors or commencing other informal procedures, such as voluntary restructuring negotiations;</i> [Rest nicht mehr gleichlautend]	<i>not committing the company to the types of transaction that might be subject to avoidance unless there is an appropriate business justification;</i> <i>continuing to trade in circumstances where it is appropriate to do so to maximize going concern value;</i> <i>holding negotiations with creditors and entering preventive restructuring procedures.</i> [Rest nicht mehr gleichlautend]	<i>refraining from committing the company to the types of transaction that might be subject to avoidance unless there is an appropriate business justification;</i> <i>continuing to trade in circumstances where it is appropriate to do so in order to maximise going-concern value;</i> <i>holding negotiations with creditors and entering preventive restructuring procedures.</i> [Rest nicht mehr gleichlautend]

