

I. Einleitung

A. Problemdarstellung

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.¹ 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.² Die (Mentalitäts-)Unterschiede gehen so weit, dass englische Gerichte den vermeintlich frühzeitigen Gang zum Insolvenzrichter mitunter gar als „Ausweg des Feiglings“ bezeichnen,³ während in Österreich die gesetzliche Insolvenzantragsfrist nach völlig hA als zwingende und *absolute* Höchstfrist gesehen wird.⁴

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.⁵ 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.⁶ Die Idee erinnert an das Konzept „Zuckerbrot und Peitsche“, oder im internationalen Kontext etwas uncharmant: „*carrot and stick to make the donkey move*“.⁷

- 1 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 III.D.3.a)ee) analysiert wird).
- 2 Eine mögliche Übersetzung für „*wrongful trading*“ ist „unrechtmäßige Geschäftspraktiken“, in der gegenständlichen Arbeit wird aber weitestgehend der englische Begriff verwendet.
- 3 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).
- 4 Siehe nur OGH 6 Ob 19/15k RdW 2015, 372, sowie ausf unten Pkt II.F.3.b)aa).
- 5 Siehe dazu auch ausf unten Pkt III.E zum dort behandelten UNCITRAL Guide IV; ebenso *Wabl*, BULA 2019, 49 (49f, 58f).
- 6 Für viele *K. Schmidt*, JBl 2000, 477 (477).
- 7 Siehe auch das Vorwort von *Neil Cooper*, ehemaliger Präsident von *INSOL International* in *INSOL International*, Directors⁵ ix.

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

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.⁸

Das internationale Insolvenzrecht ist in Österreich aber bereits im Jahr 2000 mit der Ursprungsfassung der EuInsVO zum Leben erwacht.⁹ 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 EuInsVO¹⁰ 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 III.B.4.).

Trotz oder vl gerade *aufgrund* der in Pkt 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 III.C.). Erst mit der RIRL wurden aber tatsächlich und erstmals verbindliche Harmonisierungsvorgaben gemacht. Wie unten in Pkt III.G. 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.

8 Dies bestätigen auch die in Pkt II.I.2.b)bb) dargestellten empirischen Studien.

9 *Konecny in Mayr* 973 (Rz 17.1).

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

3. Schnittstelle zwischen Insolvenz- und Gesellschaftsrecht

Die meisten der gegenständlich relevanten Fragen stellen sich zuallererst im Recht haftungsbeschränkter Rechtsträger. 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 III.F.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.¹¹ 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.¹² 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“!¹³

B. Untersuchungsgegenstand

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 unten Pkt 2.), jedoch dreht sich die gegenständliche Untersuchung im Kern zuallererst um Art 19.

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

- 11 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 II.F.) oder zu Aufgriffsrechten in der *Gesellschafterinsolvenz* (OGH 6 Ob 64/20k NZ 2021, 36 [Brugger]).
- 12 K. Schmidt, ZIP 2018, 853 (853).
- 13 K. Schmidt, JBl 2000, 477 (478) in seiner Auseinandersetzung mit der Insolvenzverschleppungshaftung zwischen Gesellschafts-, Insolvenz- und Zivilrecht.

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 Bestandsfähigkeit¹⁴ 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 III.B.9. sowie Pkt IV.G.).

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 IV.G.). 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 D.2.) insb folgende Aspekte untersucht werden:

- (1) Welche Wertungen stehen hinter den in Art 19 RIRL vorgesehenen Pflichten-
vorgaben?
- (2) 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 den nicht nur Art 19, sondern generell der Zugang zum präventiven Restrukturierungsrahmen geknüpft ist.
- (3) 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.
- (4) Sollten Zweifel an der Richtlinienkonformität (einzelner Aspekte) bestehen, werden schließlich Überlegungen dazu angestellt, wie eine solche bewirkt werden könnte.

2. Ruhen der Insolvenzantragspflicht

Art 7 RIRL ermöglicht Schuldner 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 III.B.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.

- 14 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.

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

- (1) Welche Wertungen stehen hinter Art 7 Abs 1 RIRL?
- (2) Ist die durch das RIRUG und insb § 24 Abs 1 und § 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.
- (3) Sollten Zweifel an der Richtlinienkonformität (einzelner Aspekte) bestehen, werden schließlich Überlegungen dazu angestellt, wie eine solche bewirkt werden könnte.

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** oder **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 III.G.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,¹⁵ Fragen zu Kollegialorganen, Vertretungsfragen etc.

4. Ausgeklammerte Aspekte

Untersucht werden ausschl die zuvor in den Punkten 1 und 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

¹⁵ Zu deren Rolle insb auch im Insolvenzzusammenhang s jüngst *Koppensteiner*, RdW 2020, 498 (insb 500f) sowie OGH 19. 5. 2021, 17 Ob 5/21 s (zur GmbH).

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,¹⁶ weitere verwandte Themen (*culpa in contrahendo*, steuer- und sozialversicherungsrechtliche Bestimmungen, kapitalmarktrechtliche Pflichten, Anfechtungsrecht, Disqualifikation/Berufsverbote und ähnliches) oder auch allfällige aufgrund des Anstellungs- oder Auftragsverhältnisses vertraglich geschuldete Organpflichten weitestgehend vom Untersuchungsgegenstand ausgeklammert.

C. 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.“¹⁷ Andere bezeichneten Art 19 RIRL gar als *die* „geheime Schlüsselnorm“ der RIRL.¹⁸ Die Geschäftsleiter, deren Mut als zentrale Player der Restrukturierung verlangt werde, müssten durch eine funktionierende Umsetzung auch „belohnt“ werden.¹⁹

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.²⁰ 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 III.D.3.d)dd)). Gerade Anstrengungen in einer solch mehrdimensionalen, zum Nachdenken zwingenden Materie können aber auch zu überaus bedeutsamen Folgen praktischer und rechtspolitischer Art führen.²¹

16 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*, Unternehmen⁴ 285 ff.

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

18 *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 III.D.3.b)).

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

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

21 *K. Schmidt*, JBl 2000, 477 (478).

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

D. Methodik und Gang der Untersuchung

1. Analyse des bestehenden Pflichtenregimes

In Pkt II. 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 in dennoch 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 II.B.). Wo erforderlich, wird auch auf Rsp und Lit aus Deutschland Bezug genommen.

Abgerundet wird diese Bestandsaufnahme durch eine im ersten Halbjahr 2019 durchgeführte Befragung insgesamt 107 österr Insolvenzverwalter, aus der mE sehr aufschlussreiche Aussagen und Erkenntnisse zum bestehenden Pflichtenregime gewonnen werden konnten. Die Methodologie und die Ergebnisse dieser Studie werden im Detail in Pkt II.I.) behandelt und fließen auch in die Analyse des RIRUG und der ReO mit ein.²²

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

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

2. Analyse europäischer Harmonisierungsinitiativen

In Pkt III. erfolgt eine umfassende Aufarbeitung relevanter europäischer Harmonisierungsinitiativen im Kontext des Insolvenzrechts, wobei eingangs in Pkt III.B. der Rahmen durch einen kompakten Überblick zur verabschiedeten RIRL gesteckt wird. Da die EU die Harmonisierung von Geschäftsleiterpflichten zuerst im Bereich

22 Bei der Befragung wurden die Grundsätze empirischer Forschung im Rahmen des für diese Arbeit Erforderlichen berücksichtigt. Die Arbeit als solche folgt dennoch den klassischen rechtswissenschaftlichen Forschungsmethoden. Die wesentlichsten Ergebnisse der Studie wurden bereits in *Wabl*, ZIK 2019, 178, sowie international in *ders* in *Gant* 206, veröffentlicht.

gesellschaftsrechtlicher Initiativen diskutierte, wird in Pkt III.C. 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 III.D.2.). Dabei wird sich zeigen, dass insb für die Bedeutung des Begriffs der wahrscheinlichen Insolvenz eine gesamthafte Betrachtung hilfreich oder sogar geboten ist. Schließlich erfolgt in Pkt III.D.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.²³ 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.²⁴ 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.²⁵ Inwieweit die idR umfassenden Vorarbeiten und Mat bei der Auslegung tatsächlich zu berücksichtigen sind, ist daher im Einzelfall zu prüfen.²⁶ Im Bereich der Geschäftsleiterpflichten zeigt sich aus der Gesetzwerdung, dass insb auch Aspekte aus dem englischen Recht²⁷ (s unten Pkt III.F.) sowie relevante Vorarbeiten von UNCITRAL (s unten Pkt III.E.) 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 mitzuberücksichtigen sein können, ist vor dem Hintergrund des zuvor genannten Grundsatzes der unionsautonomen Auslegung zu prüfen.²⁸

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

24 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.

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

26 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 (1070f mwN).

27 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.

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

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.²⁹

3. Analyse der Umsetzung durch das RIRUG

In Pkt IV. 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 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.³⁰ Generell sind die MS bei der Auswahl von Form und Mittel der Umsetzung frei.³¹ Ein bloßer Verweis auf das Unionsrecht genügt für die RL-Umsetzung zwar regelmäßig nicht,³² die Umsetzungspflicht verlangt aber auch nicht zwingend eine förmliche und wörtliche Umsetzung in einer ausdrücklichen, besonderen Gesetzesvorschrift. Im Einzelfall reicht auch ein allgemeiner rechtlicher Rahmen³³ oder eine Generalklausel³⁴ 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.³⁵

4. Schlussteil

In Pkt V. folgt schließlich ein Fazit, das mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse abgerundet wird.

29 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 (410f); solche Inkonsistenzen waren und sind wie insb in Pkt III. gezeigt auch gegenständlich zu beobachten.

30 *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.

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

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

33 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 35f.

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

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

II. Bestehendes Pflichtenregime in Österreich

A. Vorbemerkung

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.³⁶ 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.³⁷ Veröffentlichte statistische Daten über die Zahl von Haftungsprozessen existieren in Österreich bis dato nicht.³⁸

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.³⁹

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 B.1.c)). 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*.⁴⁰ 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 durch-

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

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

38 Siehe dazu auch J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 19. Bis zu der als Teil dieser Arbeit erstellten Studie (s unten Pkt II.1.) gab es in Österreich auch keine veröffentlichten empirischen Daten zum Verhalten von Geschäftsleitern im Krisenzusammenhang.

39 Kalss, GesRZ 2014, 159 (159f).

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