

Mag. Georg Wabl, LL.M. (London) • Wien

## Pflichten der Unternehmensleitung nach der neuen EU-Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz

Ergebnisse einer empirischen Befragung 107 österreichischer Insolvenzverwalter/innen

» ZIK 2019/210

Die im Juni 2019 verabschiedete EU-Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz<sup>1</sup> (RIRL) sieht spezifische Pflichten für Unternehmensleiter bei einer wahrscheinlichen Insolvenz vor. Es stellt sich die Frage, ob sich diesbezüglich bei der RL-Umsetzung Anpassungsbedarf im österr Recht ergibt, und wenn ja, wie eine Umsetzung aussehen kann. In diesem Aufsatz werden auf Basis einer vor

Kurzem abgeschlossenen empirischen Studie erste Überlegungen angestellt.

### 1. Vorbemerkung

Nach mehrjährigen Verhandlungen wurde die RIRL nun tatsächlich verabschiedet (s auch Schwerpunkt in der Juni-Ausgabe der ZIK).<sup>2</sup> Schon davor wurden sowohl in Österreich<sup>3</sup> als auch

**1** RL 2019/1023/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 6. 2019 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), ABl L 2019/172, 18.

**2** *Konecny*, Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz – Schwerpunkt- heft der ZIK, ZIK 2019/112, 81.

**3** Für viele: *Gassner/Wabl*, Die neue EU-Restrukturierungsrichtlinie, *ecolex* 2019, 333; *Reisch*, EU-Richtlinie zur Unternehmensrestrukturierung, *RdW* 2019/283, 369; *Mohr*, Der Vorschlag der Restrukturierungsrichtlinie aus ös-

in Deutschland<sup>4</sup> diverse Aspekte der RIRL diskutiert, wobei das Hauptaugenmerk zumeist auf den in Titel II der RIRL vorgesehenen präventiven Restrukturierungsrahmen gelegt wurde. Ein Aspekt, der in diesem Zusammenhang bis dato eher am Rande behandelt wurde, ist die Rolle der Unternehmensleitung.<sup>5</sup> Bedenkt man, dass sich in Art 19 RIRL mit der Überschrift „Pflichten der Unternehmensleitung bei einer wahrscheinlichen Insolvenz“ womöglich sogar die *geheime Schlüsselnorm*<sup>6</sup> der RL befindet und dass auch noch weitere Regelungen mittelbar erheblichen Einfluss auf die Rolle von Entscheidungsträgern haben können,<sup>7</sup> ist dies durchaus überraschend.

Grund genug, diesem Aspekt mehr Aufmerksamkeit zu schenken. Dieser Aufsatz legt den Fokus auf die Ergebnisse einer vor kurzem ausgewerteten empirischen Befragung österr Insolvenzverwalter/innen.<sup>8</sup> Am Schluss werden erste Überlegungen zu einer möglichen RL-Umsetzung in diesem Bereich angestellt.

## 2. Ausgangspunkt der Studie

Obwohl eine Insolvenz bekanntlich nicht vom Himmel fällt, wird als häufigste Insolvenzursache das Wetter genannt.<sup>9</sup> Die Realität zeigt, dass die Unternehmensleitung ebenso eine (zumindest mit)entscheidende Rolle spielt.<sup>10</sup> Empirische Daten und Statistiken haben in Österreich Tradition, auch im Insolvenzzusammenhang. Neben den regelmäßig veröffentlichten Statistiken der bevorrechteten Gläubigerschutzverbände gibt es weitere Erfahrungswerte zum Sanierungsplan<sup>11</sup> und zu Vorteilen der außergerichtlichen im Vergleich zur gerichtlichen Sanierung.<sup>12</sup> Was es bis dato noch nicht gab, sind empirische Erkenntnisse zu Pflichten

von Organen im Krisen- und Insolvenzzusammenhang. Dies gab den Anstoß für die gegenständliche Studie.

Ausgangspunkt ist Art 19 RIRL, wonach die Mitgliedstaaten sicherstellen müssen, dass die Unternehmensleitung<sup>13</sup> bei einer wahrscheinlichen Insolvenz<sup>14</sup> mindestens Folgendes gebührend berücksichtigt:

- a) die Interessen der Gläubiger, Anteilshaber 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.

Das österr Recht sieht im Krisenzusammenhang ein umfassendes und teilweise strenges Pflichtenregime für Unternehmensleiter vor. Darunter fallen insb die gesellschaftsrechtliche Sorgfaltspflicht, die Insolvenzprophylaxe-Bestimmungen, § 22 URG, die an die materielle Insolvenz geknüpften Pflichten (Insolvenzantragspflicht und Zahlungsverbot) sowie die strafrechtlichen Kridadelikte. Die in Art 19 RIRL genannten Konzepte klingen dennoch eher fremd und scheinen von anderen Rechtsordnungen (insb England) geprägt zu sein.<sup>15</sup> Die Pflicht zur Einbeziehung diverser Interessen, insb Gläubigerinteressen, hat ihren Ursprung wohl im englischen *directors' shift of fiduciary duties* zugunsten der Gesellschaftsgläubiger, der im Vorfeld der Insolvenz eintreten soll.<sup>16</sup> Die Pflicht zu einer *Insolvenzabwendung* erinnert an das englische *wrongful trading*.<sup>17</sup>

Im österr Recht ist zB die Wahrung bestimmter Interessen in den Leitlinien für Vorstände in § 70 Abs 1 AktG vorgesehen. Ab Eintritt der materiellen Insolvenz gilt eine strenge Gläubigergleichbehandlungspflicht (*par conditio creditorum*). Eine explizite Pflicht, ab einem gewissen Krisenstadium bestimmte Interessen zu berücksichtigen, kennt das österr Recht aber nicht, genauso wenig wie eine sogenannte *Insolvenzabwendungs-* oder *Insolvenzvermeidungspflicht*. Sehr wohl kann aber eine Art *Reorganisationspflicht* (wenn auch nur indirekt) aus § 22 URG und wohl auch eine *Sanierungspflicht* aus der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltspflicht abgeleitet werden (s zu allem noch Pkt 6.).

Für Länder wie Österreich wird die wesentliche Herausforderung somit darin liegen, (teils) aus anderen Rechtstraditionen

terreichischer Sicht, in *Grininger/Jaufer/Schumacher*, Deutsch-Österreichischer Rechts- und Praxisvergleich im Insolvenzrecht (2018) 15.

4 Für viele: *Madaus*, Die Vorgaben der EU-Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen an den deutschen Gesetzgeber – Handlungsspielräume und -grenzen, DB 11/2019, 592.

5 Erste Gedanken dazu macht sich zB *Leistenritt*, Die geplante EU-RestrukturierungsRL aus der Sicht des Rechtsanwenders, in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Unternehmenssanierung mit Auslandsbezug (2019) 41 (44, 49).

6 *Fritz*, Die Restrukturierungsrichtlinie – vom Mut, die Möglichkeit der Sanierung rechtzeitig zu nutzen, BB 10/2019, 513.

7 Etwa Art 7 Abs 1 RIRL, wonach bei einer Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen eine nach nationalem Recht bestehende Insolvenzantragspflicht ruhen soll.

8 Die Studie ist Teil eines aktuell an der Universität Wien berufsbegleitend absolvierten Doktoratsstudiums. Aus Platzgründen werden nur ausgewählte Aspekte behandelt.

9 So zumindest Anfang der 2000er-Jahre *Kantner*, Die nationale und internationale Insolvenzentwicklung, in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Handbuch Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz<sup>2</sup> (2002) 1289 (1293).

10 Laut KSV 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 (*KSV*, Jedes zweite Unternehmen scheitert an der Chefetage, ksv.at [Stand 16. 8. 2016]).

11 *Zotter*, Sanierungsplan: Der „neue Zwangsausgleich“ in der Praxis, ZIK 2012/246, 180.

12 *Mayr*, Die Bedeutung der außergerichtlichen Sanierung in der österreichischen Unternehmenspraxis. Ergebnisse einer empirischen Erhebung, SWK 30/2014, 1306; *Wöber*, Bedeutung der außergerichtlichen Sanierung im Vergleich zur Sanierung in der Insolvenz, RdW 2007/617, 591.

13 In diesem Rahmen kann eine nähere Untersuchung, was die EU im Detail mit dem Begriff Unternehmensleitung (im Englischen *director*) meint, unterbleiben. Jedenfalls dazu zählen vertretungsbefugte Organe wie Geschäftsführer oder Vorstände österr Kapitalgesellschaften.

14 Die Begriffe Insolvenz und wahrscheinliche Insolvenz sind gem Art 2 Abs 2 lit a und lit b RIRL von den Mitgliedstaaten selbst zu definieren.

15 Einen Überblick zur ersten Vorgeschichte des Art 19 RIRL bietet *Wabl*, To File, or Not to File: That Is the Question. Directors' Duties in the Company Crisis, BULA 40-2, 49 (59 f) (noch auf Basis des Kommissionsvorschlags zur RIRL, COM[2016] 723 final).

16 Mehr dazu in *Wabl*, BULA 40-2, 49 (54).

17 Mehr dazu in *Wabl*, BULA 40-2, 49 (55); zu diesem Konzept auch schon *Bachner*, Wrongful Trading und Konkursverschleppungshaftung: Überlegungen zu Recht, Sprache und Rechtsangleichung in der EU, GesRZ 2007, 410.

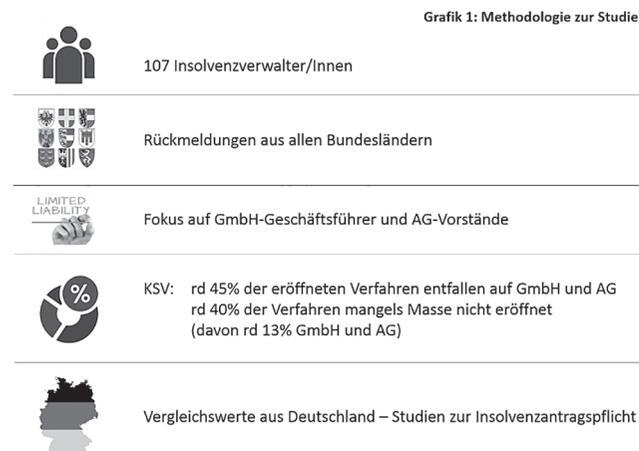
nen stammende Konzepte behutsam in das nationale Recht zu implementieren.<sup>18</sup>

### 3. Methodologie zur Studie

#### 3.1. Der Fragebogen

Für die Studie wurde ein Fragebogen erstellt und an sämtliche zum Stichtag 4. 2. 2019 in der Insolvenzverwalterliste<sup>19</sup> im Wirkungsbereich Wien oder Österreich eingetragenen Insolvenzverwalter/innen (IV) versandt.<sup>20</sup> Insgesamt 107 IV aus allen neun Bundesländern haben den Fragebogen, der 19 quantitative Fragestellungen enthielt, ausgefüllt.<sup>21</sup> Teilweise wurden die Befragten auch um persönliche Einschätzungen und Meinungen gebeten.

Ausgangspunkt waren zwei Forschungsthesen zum Zweck krisenspezifischer Organpflichten: Schaffung von Anreizen für rechtzeitiges Handeln und Schutz legitimer Interessen. Zusätzlich wurde als Fundament noch eine Bestandsaufnahme zu krisenbedingten Pflichtverletzungen vorgenommen und als Ausblick die Frage nach der präferierten Umsetzungsvariante hinsichtlich Art 19 RIRL gestellt.



#### 3.2. Einschränkungen

Die Studie beschränkt sich auf Geschäftsführer von GmbH sowie Vorstände von AG (hier gemeinsam als Unternehmensleiter bezeichnet). Weiters ist zu berücksichtigen, dass die Ergebnisse naturgemäß nur Aufschlüsse über *eröffnete* Verfahren geben können, nachdem nur in solchen auch eine Verwalterbestellung erfolgt. Da wohl davon auszugehen ist, dass in den mangels Masse erst gar nicht eröffneten Verfahren in nahezu allen Fällen rele-

vante Pflichtverletzungen vorkommen,<sup>22</sup> sind in einigen Aspekten (zB Zahl der Pflichtverletzungen) die tatsächlichen Prozentwerte wohl höher.<sup>23</sup>

#### 3.3. Vergleichswerte aus Deutschland

Zwei vom Zentrum für Insolvenz und Sanierung an der Universität Mannheim (ZIS) und der Euler Hermes Kreditversicherung in den Jahren 2006 und 2009 unternommene Befragungen von deutschen IV zeigen, dass im Jahr 2006 noch rund 72 % der Unternehmensinsolvenzen zu spät beantragt wurden, im Jahr 2009 waren es mit 66 % etwas weniger.<sup>24</sup> Eine ebenso 2006 von DI *Hans-Joachim Kirstein* (KDLB Kaufmännische Dienstleistung AG) im Rahmen sogenannter *insolvency investigations* durchgeführte Auswertung zeigte, dass *alle* ausgewerteten Insolvenzen (insgesamt 326) verspätet beantragt wurden. Materielle Insolvenz sei laut dieser Studie durchschnittlich bereits 10,28 Monate *vor* tatsächlicher Antragstellung eingetreten.<sup>25</sup>

### 4. Ergebnisse der Studie

#### 4.1. Bestandsaufnahme zu Pflichtverletzungen

##### 4.1.1. Verletzungen krisenspezifischer (Antrags-)Pflichten

Einleitend wurden die IV gefragt, in wie vielen der von ihnen abgewickelten Konkurs- bzw Sanierungsverfahren krisenspezifische Pflichtverletzungen vorkommen.<sup>26</sup>

Die Ergebnisse sind in allen Kategorien relativ ähnlich: In Konkursverfahren kommen Pflichtverletzungen in rund jedem zweiten Verfahren vor, im Sanierungsverfahren hingegen in etwa jedem dritten (s nächste Seite, **Grafik 2**).

Pflichtverletzungen scheinen sich daher wie ein roter Faden durch die unterschiedlichen Krisenstadien zu ziehen, wobei bei Konkursen deutlich mehr Unternehmensleiter falsch bzw zu spät reagieren als in Sanierungsverfahren. Eine erfreuliche Erkenntnis: Sanierungsverfahren schaffen tatsächlich einen messbaren Anreiz zu früherem, rechtzeitigem Handeln.

<sup>22</sup> So auch *Kirstein*, Ausführungen zur real existierenden Situation bei Eröffnungs- und Befriedigungsquoten in Insolvenzverfahren, ZInsO 2006, 966 (968).

<sup>23</sup> Laut Insolvenzstatistik des KSV (*KSV*, Insolvenzstatistik Unternehmen 2018 im Detail, [ksv.at/insolvenzentwicklung/insolvenzstatistik-2018-final](http://ksv.at/insolvenzentwicklung/insolvenzstatistik-2018-final) [abgefragt am 7. 10. 2019]) wurden zB im Jahr 2018 ca 40 % aller Unternehmensinsolvenzen mangels Kostendeckung nicht eröffnet (rund 13 % davon entfallen auf GmbH oder AG).

<sup>24</sup> *Euler Hermes/ZIS*, Ursachen von Insolvenzen – Gründe für Unternehmensinsolvenzen aus der Sicht von Insolvenzverwaltern, *Wirtschaft Konkret* Nr 414 (2006) 9, sowie *Euler Hermes/ZIS*, Insolvenzen in Zeiten der Finanzkrise – Befragung von Insolvenzverwaltern zu Entwicklung, Ursachen, Konsequenzen, *Wirtschaft Konkret* Nr 107 (2009) 17. In den Studien wurde nicht auf bestimmte Rechtsformen abgestellt.

<sup>25</sup> *Kirstein*, ZInsO 2006, 966 (967). Auch diese Studie stellt nicht auf spezifische Rechtsformen ab. Die hohen Werte könnten sich dadurch erklären, dass bei solchen, von IV beauftragten *insolvency investigations* tendenziell wohl nur bereits „verdächtige“ Fälle untersucht werden.

<sup>26</sup> Angelehnt an die Frist des § 30 Abs 2 IO wurde ein Zeitraum von bis zu einem Jahr vor Insolvenzeröffnung angesetzt.

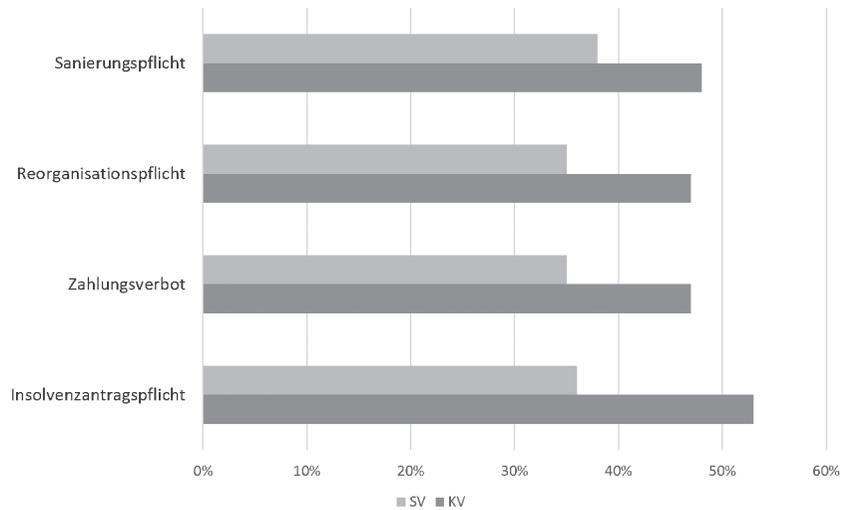
<sup>18</sup> Dass sogenannte *legal transplants* vom lokalen rechtlichen Organismus manchmal auch abgestoßen werden können, zeigt schon *Watson*, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (1974).

<sup>19</sup> Siehe [iv.justiz.gv.at](http://iv.justiz.gv.at).

<sup>20</sup> Zum Stichtag waren es 792 IV.

<sup>21</sup> Daraus ergibt sich eine Rücklaufquote von 13,51 %.

**Grafik 2: Verletzungen krisenspezifischer (Antrags-)Pflichten**



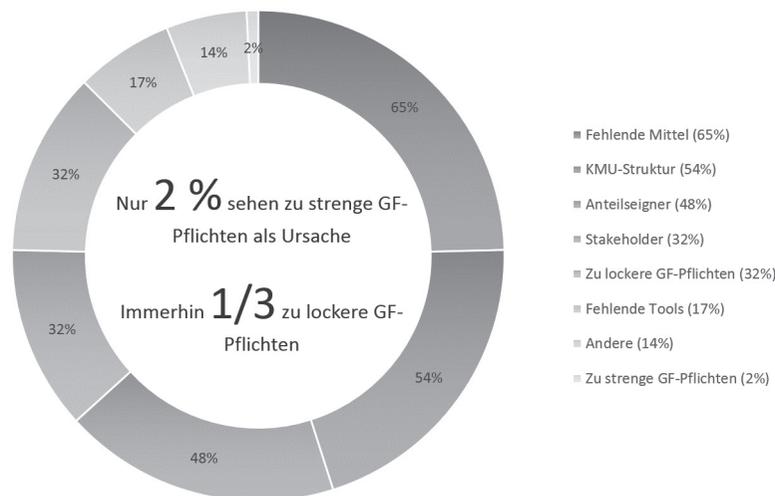
**4.1.2. Strafrechtliches Verhalten**

Die Studie zeigt weiters, dass strafrechtlich relevantes Verhalten eher selten (im Schnitt in jedem vierten Konkurs- und in jedem fünften Sanierungsverfahren) vorkommt. Tendenziell geht dieses eher zulasten der Gläubiger (insb Kridadelikte und Betrug) als zulasten der Gesellschaft(er) (insb Untreue).

fassten Antworten zeigen, dass Unternehmensleiterpflichten diesbezüglich nur eine untergeordnete Rolle spielen: Nur 2 % der Befragten sehen zu strenge Pflichten als Ursache, immerhin 32 % zu lockere Pflichten. Hauptgründe sind wenig überraschend fehlende Mittel (65 %), die wohl auch mit der österr KMU-Struktur zusammenhängen (54 %). Tendenziell liegt es eher an den Anteilseignern (48 %) und weniger an den Gläubigern bzw Stakeholdern (32 %).

**4.2. Pflichten als Anreiz für frühzeitiges Handeln**

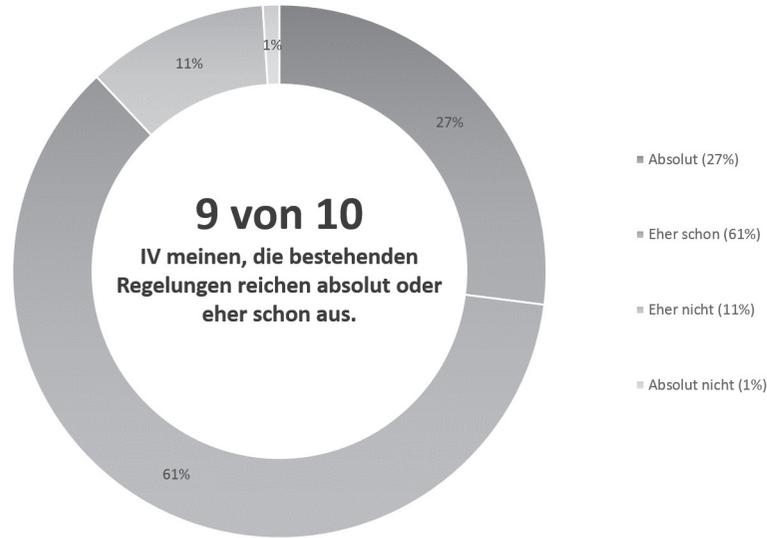
Hier wurden die IV gefragt, was ihrer Ansicht nach Gründe für masselose Konkurse und für die vergleichsweise geringe Zahl an Sanierungsverfahren<sup>27</sup> seien. Die in **Grafik 3** zusammenge-



**Grafik 3: Ursachen für masselose Konkurse und wenige Sanierungsverfahren**

<sup>27</sup> 2018 waren etwa nur rund 13 % der eröffneten Verfahren Sanierungsverfahren (KSV, Insolvenzstatistik Unternehmen 2018 im Detail, ksv.at/insol-

venzentwicklung/insolvenzstatistik-2018-final [abgefragt am 7. 10. 2019]). Statistiken zur Zahl der in Konkursverfahren beantragten und der tatsächlich erfüllten Sanierungspläne bietet Zotter, ZIK 2012/246, 180.



Grafik 4: Reichen die bestehenden Pflichtenregelungen zur Anspruchsverfolgung aus?

4.3. Pflichten zum Schutz bestimmter Interessen

4.3.1. Reichen die bestehenden Pflichten zur Anspruchsverfolgung aus?

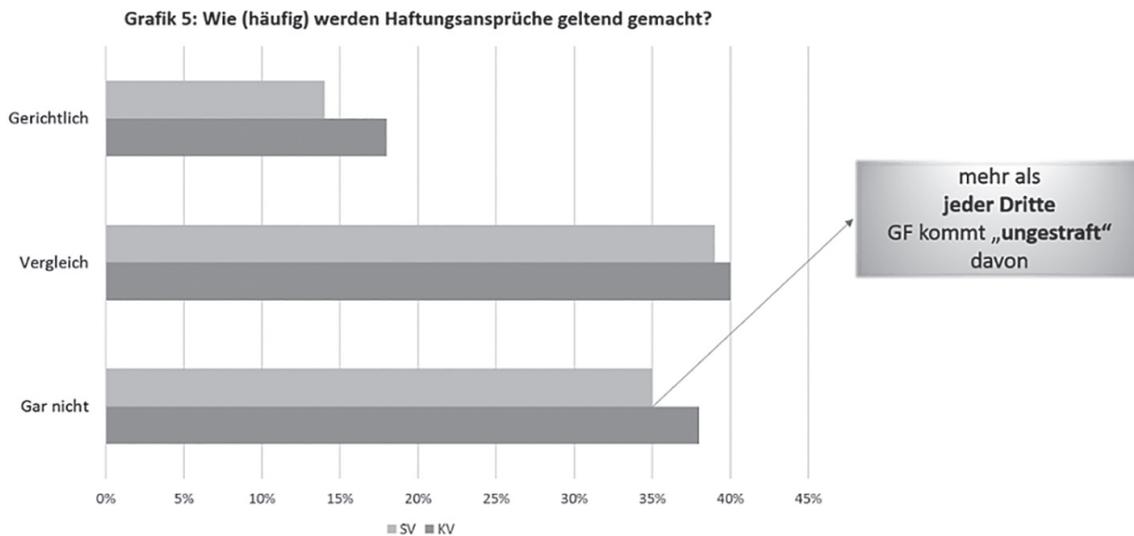
Die in Pkt 4.1. zusammengefasste Bestandsaufnahme zeigt, dass ein beträchtlicher Teil der Unternehmensleiter sich trotz drohender Sanktionen nicht davon abhalten lässt, pflichtwidrig zu handeln. Aus einer *Ex-post*-Betrachtung sollten Regelungen daher zumindest geeignet sein, einen bei der Gesellschaft, den Gläubigern und sonstigen Beteiligten entstandenen Schaden wiedergutzumachen.

Immerhin 88 % der Befragten geben an, dass die in Österreich vorhandenen Regelungen dafür absolut oder eher schon ausreichen (s Grafik 4).

Weiters wurden die IV gefragt, ob aus ihrer Sicht die verschiedenen relevanten Interessen (Gesellschaft, Anteilseigner, Gläubiger, Arbeitnehmer etc) gleichermaßen geschützt sind. Darauf haben immerhin rund 40 % angegeben, dass dies eher nicht oder absolut nicht der Fall sei. Unterschiede wurden aber nicht mit dem bestehenden Pflichtenregime für Unternehmensleiter, sondern mit Sondergesetzen wie etwa dem EKEG oder der gesetzlichen Insolvenzentgeltsicherung nach dem IESG begründet.

4.3.2. Wie (häufig) werden Haftungsansprüche geltend gemacht?

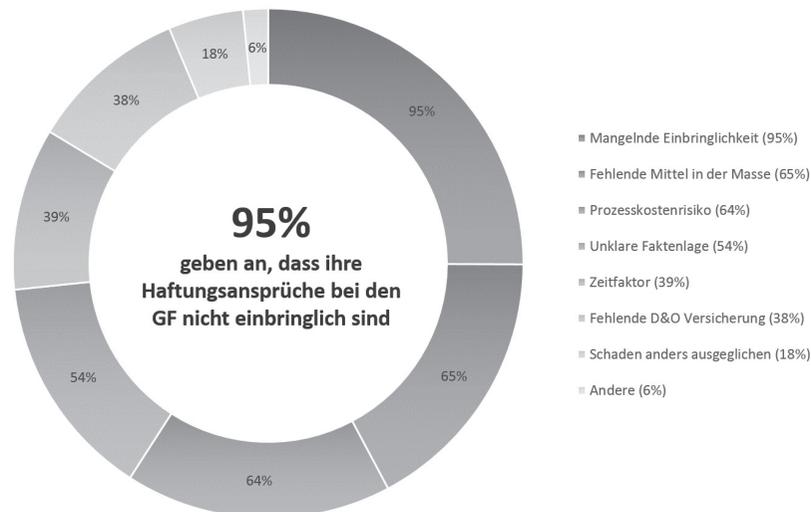
Die Studie zeigt, dass in den meisten Fällen eine außergerichtliche Einigung mit der pflichtwidrig agierenden Unternehmensleitung gefunden wird (jeweils rund 40 % der Verfahren, s Grafik 5).



Obwohl für die meisten IV die bestehenden Regelungen zur Anspruchsverfolgung ausreichen (s **Grafik 4** oben), kommen dennoch viele Unternehmensleiter trotz identifizierter Pflichtverletzungen „ungestraft“ davon (rund 38 % in Konkurs- bzw rund 35 % in Sanierungsverfahren). Woran dies liegt, zeigt **Grafik 6** recht eindeutig.

#### 4.3.4. Nach welchen Interessen handeln Unternehmensleiter in der Krise?

Vor diesem Hintergrund überrascht es auch nicht, dass laut **Grafik 7** aus Sicht der Befragten rund 92 % der Unternehmensleiter in der Krise primär im *eigenen* Interesse handeln.

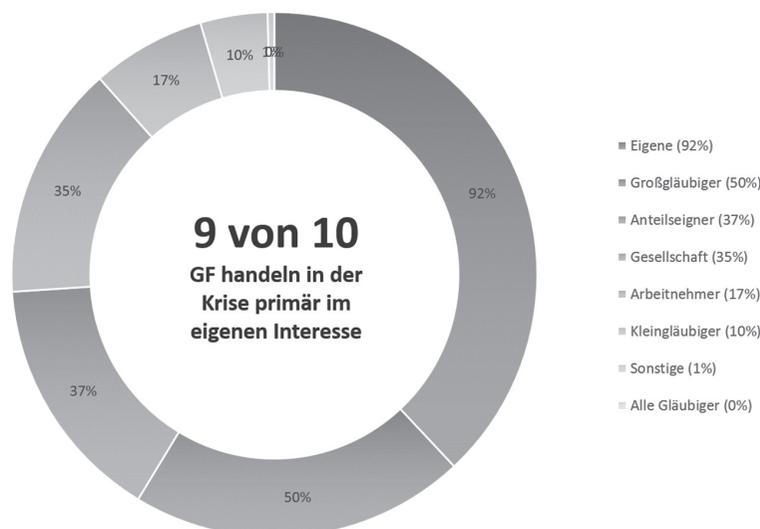


**Grafik 6: Warum wird von einer gerichtlichen Geltendmachung abgesehen?**

#### 4.3.3. Warum wird von einer Anspruchsverfolgung abgesehen?

Rund 95 % der Befragten geben an, dass es idR an der Einbringlichkeit scheitert. Auch fehlende Mittel in der Masse (rund 65 %) und ein bestehendes Prozesskostenrisiko (64 %) wurden sehr häufig genannt. In den allermeisten Fällen hat daher die Gesellschaftsinsolvenz auch den finanziellen Ruin der (oft mit ihrem Privatvermögen mithaftenden) Unternehmensleitung zur Folge.

Die Ergebnisse zeigen auch, dass es *die* Gläubiger (wie in Art 19 lit a RIRL genannt) iS eines Interessengleichklangs *nicht* gibt (kein Einziger der Befragten hat dies angekreuzt). Wenn Unternehmensleiter im Interesse der Gläubiger handeln, dann tun sie dies tendenziell im Interesse der Groß- (50 %) und nicht der Kleingläubiger (10 %).



**Grafik 7: Nach welchen Interessen handeln GF in der Krise?**

## 5. Gesammelte Erkenntnisse

Unternehmensleitern wird im Krisenzusammenhang und vor allem aus einer *Ex-post*-Betrachtung gern ein schlechtes Zeugnis ausgestellt (sogenannte *hindsight bias*). Ein Sprichwort lautet: Es gibt keine Unschuldsvermutung im Insolvenzrecht.<sup>28</sup> Die dargestellten Ergebnisse bestätigen dies nicht vollends und liegen auch etwas unter den dt Vergleichswerten (s Pkt 3.3.). Es zeigt sich, dass im Konkurszenario die Mehrheit der Unternehmensleiter pflichtwidrig handelt, bei Sanierungsverfahren handeln immerhin zwei von drei Unternehmensleitern sorgfaltsgemäß. Das Sanierungsverfahren schafft also Anreiz für früh- und daher rechtzeitiges Handeln. Unternehmensleiter handeln schließlich relativ oft fahrlässig, werden aber selten straffällig.

Die Ergebnisse zeigen weiters, dass Pflichten für Unternehmensleiter wohl nur bedingt geeignet sind, Anreiz für frühzeitiges Handeln zu schaffen. Aus Sicht der Befragten sind die Pflichten tendenziell eher zu locker als zu streng.

Wo das wahre Problem liegt, zeigt der Rest der Studie. Obwohl die meisten IV angeben, dass die bestehenden Regelungen (eher) zur Verfolgung von Haftungsansprüchen ausreichen,

delt. Ein Befund, der zwar aus menschlicher Sicht nachvollziehbar sein mag, aus Sicht der insolventen Gesellschaft und sonstiger Geschädigter ist dieses Ergebnis jedoch unbefriedigend. Dieses Ergebnis zeigt aber auch, wo der Hebel wohl tatsächlich anzusetzen ist.<sup>29</sup> Ob die in Titel III der RIRL vorgesehene zweite Chance für Unternehmer hier Lösungen bringen kann, bleibt abzuwarten.

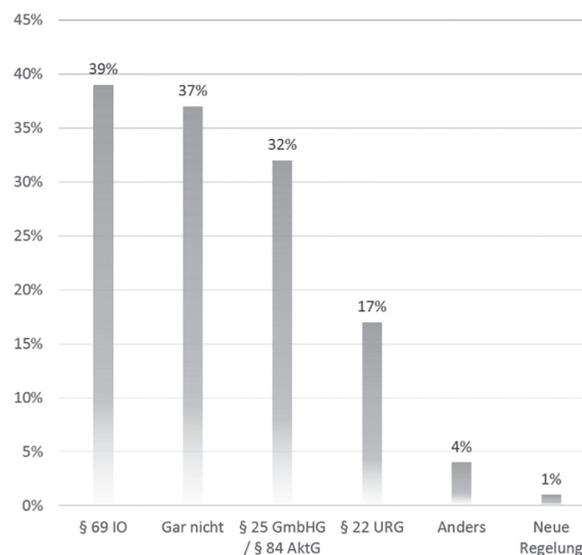
## 6. Überlegungen zur Umsetzung

Für die Umsetzung von Art 19 RIRL kommen in Österreich mehrere Optionen infrage. **Grafik 8** deutet an, dass es hier wohl einigen Diskussionsbedarf geben wird:

Das stärkste IV-Lager wünscht sich eine Anpassung der Insolvenzantragspflicht (39 %). Ähnlich viele IV (37 %) sehen gar keinen Anpassungsbedarf, weil die bestehenden Regelungen bereits richtlinienkonform seien. Rund ein Drittel (32 %) würde schließlich eine Anpassung der gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltspflicht bevorzugen. Immerhin noch 17 % sprechen sich für eine eigene Regelung in einem geänderten URG aus.

Dass *gerade* Art 19 RIRL mit besonderer Vorsicht zu behan-

**Grafik 8: Wie sollte Art 19 RIRL in Österreich umgesetzt werden?**



kommt jeder dritte Unternehmensleiter „ungestraft“ davon. Ungestraft steht unter Anführungszeichen, da diese Unternehmensleiter laut Studie aufgrund der Gesellschaftsinsolvenz zu meist selbst in finanzielle Schwierigkeiten bzw in die Privatinsolvenz schlittern und Haftungsansprüche gegen sie daher einbringlich sind. Dementsprechend überrascht es auch nicht, dass aus Sicht der Befragten nahezu *jeder* Unternehmensleiter im Krisenzusammenhang primär im *eigenen* Interesse han-

deln ist, zeigen die Verhandlungen zur RIRL auf EU-Ebene – die Bestimmung wurde zwischenzeitig aufgrund breiter Kritik gestrichen und erst am Ende der Trilogverhandlungen wieder in den RL-Text aufgenommen.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Haarmeyer in Haarmeyer/Huber/Schmittmann, Praxis der Insolvenzanfechtung<sup>3</sup> (2018) 13; Huber, Keine Unschuldsvermutung im Anfechtungsrecht, ZInsO 2008, 929.

<sup>29</sup> So schon Riel, Mit Unternehmen auch Unternehmer sanieren, Die Presse 2017/03/04, der in Reaktion auf den Kommissionsvorschlag zur RIRL, COM(2016) 723 final, ausführt, dass auch „eine neuerliche Insolvenzsrechtsreform mit weiteren Erleichterungen der Sanierung von Unternehmen (...) diese nicht attraktiver“ mache, „wenn den dahinterstehenden Menschen kein Angebot gemacht wird“.

<sup>30</sup> Mehrere Mitgliedstaaten äußerten teils heftige Kritik, nicht zuletzt weil Art 19 RIRL neben dem Insolvenzrecht auch in das nationale Unterneh-

Ausführliche Umsetzungsüberlegungen würden den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen, ein erstes Brainstorming sei aber nachfolgend erlaubt.

Das bestehende österr Pflichtenregime mit der weitestgehend stringenten Differenzierung zwischen Innen- und Außenhaftung, dem Grundsatz der Haftungskanalisation von Gläubigeransprüchen über das Gesellschaftsvermögen und dem während des Insolvenzverfahrens in Bezug auf den Gesamtgläubigerpool bestehenden Anspruchsmonopol des IV (§ 69 Abs 5 IO) kann mE als durchaus ausgewogen bezeichnet werden.<sup>31</sup> Durch die mit der Strafrechtsreform 2000<sup>32</sup> vollzogene Entkriminalisierung der „bloßen“ Insolvenzverschleppung<sup>33</sup> und die mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015<sup>34</sup> erfolgte Kodifizierung der *Business Judgement Rule* sind wichtige Schritte gesetzt worden, um Unternehmensleiter beim Treffen unternehmerischer Entscheidungen zu bestärken. Es liegt daher nahe, bei der RL-Umsetzung so wenig invasiv wie möglich vorzugehen.

Viel spricht dafür, die Pflichten der Unternehmensleitung bei einer wahrscheinlichen Insolvenz in das mit der *Business Judgement Rule* festgeschriebene unternehmerische Ermessen einzubetten.<sup>35</sup> Darauf deuten nicht nur die ErwGr zur RIRL<sup>36</sup> sowie der Umstand hin, dass die RIRL gerade *keine* explizite Pflicht zur Inanspruchnahme der in selbiger vorgesehenen Restrukturierungsinstrumente vorsieht. Dafür sprechen auch die zu § 22 URG ergangene Judikatur<sup>37</sup> und der Umstand, dass eine explizite Pflicht zur Setzung *bestimmter* Sanierungs- oder Reorganisationsmaßnahmen oft an den individuellen Bedürfnissen des Einzelfalls vorbeigeht. Eine Einbettung in das unternehmerische Ermessen (und eine damit allenfalls verbundene Sanierungs-

mensrecht, Zivilrecht und in andere Materien eingreifen würde (s auch die auf der Rats-Website abrufbaren Kommentare der Mitgliedstaaten vom 4. 5. 2017 [Dok Nr ST 8774 2017 INIT] sowie vom 11. 10. 2017 [Dok Nr ST 13121 2017 INIT], consilium.europa.eu/en/documents-publications/public-register [abgefragt am 7. 10. 2019]).

- 31 Viele erfreuliche Klarstellungen sind unlängst durch die 2017 ergangene E OGH 6 Ob 164/16k ecolex 2017/487 (*Reich-Rohrwig*) = ZIK 2018/51, 37 erfolgt (s dazu ausf *Gassner/Wabl*, Insolvenzverschleppung und Zahlungsverbot: Aktuelle Entwicklungen und Bedeutung für Geschäftsführer, ecolex 2018, 908; *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsführers – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 und JBl 2018, 434).
- 32 BGBl I 2000/58.
- 33 Siehe auch die dazugehörigen Mat, ErläutRV 92 BlgNR 21. GP 3, 12.
- 34 BGBl I 2015/112.
- 35 Mit allen damit verbundenen Folgefragen wie Sorgfaltsmaßstab, Beweislast, Innenhaftung etc.
- 36 Nach ErwGr 70 soll 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“. Nach ErwGr 71 sollen die Mitgliedstaaten „die entsprechenden Bestimmungen der vorliegenden Richtlinie umsetzen können, indem sie sicherstellen, dass Justiz- oder Verwaltungsbehörden [Art 19 RIRL] bei der Beurteilung, ob ein Mitglied der Unternehmensleitung für Verletzungen der Sorgfaltspflicht haftbar zu machen ist“, berücksichtigen.
- 37 OGH 6 Ob 269/05k GesRZ 2006, 92, wo klargestellt wurde, dass die Haftung nach § 22 URG für die Nichteinleitung eines Reorganisationsverfahrens entfällt, wenn nachgewiesen wird, dass andere betriebswirtschaftlich sinnvolle außergerichtliche Reorganisationsmaßnahmen – wenn auch letztlich erfolglos – vorgenommen wurden.



#### Der Autor:

Mag. **Georg Wabl**, LL.M. (London) ist seit 2017 Rechtsanwalt bei BINDER GRÖSSWANG Rechtsanwälte GmbH in Wien mit Schwerpunkt Restrukturierung, Insolvenzrecht und Gesellschaftsrecht. Davor absolvierte er einen LL.M. an der Queen Mary University of London (QMUL) mit Schwerpunkt Financial und Corporate Restructuring, wo er auch als Research Assistant tätig war.

#### Aktuelle Publikationen:

Wabl, To File, or Not to File: That Is the Question. Directors' Duties in the Company Crisis, BULA 40-2, 49; Gassner/Wabl, Die neue Restrukturierungs-RL, ecolex 2019, 333; Wabl, Haften Geschäftsleiter im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung wie Masseverwalter? ZIK 2018/164, 134; Gassner/Wabl, Insolvenzverschleppung und Zahlungsverbot: Aktuelle Entwicklungen und Bedeutung für Geschäftsführer, ecolex 2018, 908.

✉ wabl@bindergroesswang.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Wabl/Georg

Foto: Binder Grösswang

pflicht)<sup>38</sup> würde der Unternehmensleitung die erforderliche Flexibilität geben, die im jeweiligen Einzelfall gebotenen Maßnahmen zu setzen.<sup>39</sup> Die *gebührende Berücksichtigung* der in Art 19 lit a RIRL genannten Interessen könnte durch die vom österr Gesetzgeber ohnehin bereits getätigten Wertungen (insb iZm Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz) sichergestellt werden. Art 19 lit c RIRL und das darin genannte vorsätzliche oder grob fahrlässige Verhalten wären durch die vorhandenen, auch strafrechtlichen Sanktionen bereits abgedeckt.

Diesfalls könnte sich die Diskussion darauf beschränken, ob trotzdem mit einer deklaratorischen Norm ein größeres Problembewusstsein bei den Unternehmensleitern geschaffen werden soll.<sup>40</sup> Denn entscheidend wird am Ende immer sein, ob die Chancen einer Restrukturierung auch erkannt und genutzt werden.<sup>41</sup> Dass auch explizite Pflichten nicht zwingend einen Unterschied machen, zeigen die in Pkt 4.1. zusammengefassten Ergebnisse, wonach etwa Verletzungen der explizit geregelten Insolvenzantragspflicht ähnlich oft vorkommen wie Verletzungen einer aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht abgeleiteten Sanierungspflicht.

- 38 OGH 3 Ob 521/84 GesRZ 1986, 97 (Pflicht zur Vermeidung eines Ungleichgewichts zwischen Kapitalausstattung und Umfang der unternehmerischen Tätigkeit) sowie OLG Wien 3 R 49/03b (Pflicht zu Sanierungsmaßnahmen); stellvertretend für die österr hA: *Karollus*, Pflichten und Haftung der Organe von Kapitalgesellschaften in der Krise und bei der Sanierung, in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Handbuch Krisenmanagement<sup>2</sup> 1145 (1154 ff); für die dt hA: *Seibt*, Pflichten der Geschäftsleitung bei Eingehung von Finanzierungsgeschäften – in Normal- und Krisenzeiten des Unternehmens, ZIP 2013, 1597 (1599 f).
- 39 So auch *Seibt/von Treuenfeld*, Gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche Aspekte der EU-Restrukturierungsrichtlinie, DB 21/2019, 1190 (1192).
- 40 Ähnlich *Thole*, Der Richtlinienvorschlag zum präventiven Restrukturierungsrahmen, ZIP 2017, 101 (111). Ebenso schon iZm der Einführung des URG: *Dellinger*, Zur geplanten Haftung der Organmitglieder gemäß § 24 Unternehmensreorganisationsgesetz, ZIK 1997, 8 (15).
- 41 Siehe auch *Mohr*, Der präventive Restrukturierungsrahmen – Titel II der Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz, in *Jauer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Unternehmenssanierung mit Auslandsbezug (2019) 15 (39), der auf die in der RIRL vorgesehenen Frühwarnsysteme verweist.

Aus Sicht der Unternehmensleitung wäre es schließlich wünschenswert, den Zeitpunkt der wahrscheinlichen Insolvenz möglichst praxisgerecht zu definieren. Unternehmensleiter sollten einfach und verlässlich feststellen können, wann von ihnen ein bestimmtes Verhalten erwartet wird.

## 7. Conclusio

Für eine erfolgreiche Umsetzung der RIRL spielt auch die Unternehmensleitung eine entscheidende Rolle. Die beschriebene

Studie zeigt, dass zwar häufig Pflichtverletzungen vorkommen, es aber auch viele sorgfältig agierende Unternehmensleiter gibt. Hauptursache für verspätetes Handeln ist die Furcht der Unternehmensleiter um die eigene Existenz, weswegen neben dem in der RIRL für Unternehmen vorgesehenen präventiven Restrukturierungsrahmen auch der zweiten Chance für Unternehmer eine große Bedeutung zukommen wird. Eine möglichst wenig invasive Umsetzung des Art 19 RIRL könnte durch eine Einbettung in das unternehmerische Ermessen und in die *Business Judgement Rule* erfolgen.