

Nikolaus Adensamer / Janine Oelkers / Anna Katharina Zechner*)

Geschäftsleiterpflichten in Insolvenznähe

DIRECTORS' DUTIES IN THE VICINITY OF INSOLVENCY

The main task of insolvency related creditor protection is to facilitate, at an early stage, a company's restructuring or where required, liquidation. Numerous provisions have been implemented by the Austrian legislator in light of this aim. However, the efficiency of these may be questionable. The deficit can be ascribed to a lack of coordination and acceptance in practice. At present, directors' duties in the vicinity of insolvency are being revised, both on a national and European level. This paper aims at shedding light on selected European legal systems, and their respective methods to prevent corporate bankruptcy. The authors argue that the adaption of certain instruments, in particular an earlier intervention, could help to shift the emphasis of Austrian insolvency law from compulsory liquidation to reorganisation.

I. Einleitung Die zentrale Regelungsaufgabe insolvenzbezogenen Gläubigerschutzrechts besteht in der Sicherstellung, dass mit der Sanierung eines angeschlagenen Unternehmens, wie auch mit einer allenfalls erforderlich werdenden Liquidation, rechtzeitig, und das heißt vor Eintritt der Überschuldung begonnen wird.¹⁾ Um dieser Zielsetzung gerecht zu werden, konfrontiert der Gesetzgeber die Geschäftsleiter krisenverfangener Gesellschaften mit einem breiten Spektrum einschlägiger Bestimmungen, die ein frühes Ergreifen der notwendigen Maßnahmen fördern sollen. Tatsächlich haben sie sich jedoch als wenig effektiv erwiesen,²⁾ was nicht zuletzt auf ihre fehlende inhaltliche Koordination sowie mangelnde Akzeptanz in der Praxis zurückzuführen ist. Derzeit sind die einzelnen Regelungen aus dem Gesellschafts- bzw. Insolvenzrecht sowohl auf nationaler³⁾ als auch europäischer Ebene Reformbestrebungen unterworfen, die auf eine Verdichtung und Effektivierung des insolvenznahen Gläubigerschutzes gerichtet sind.

II. Die Geschäftsleitung in der „Unternehmenskrise“

Dem österreichischen Recht fehlt ein die verschiedenen Rechtsbereiche (Gesellschafts- und Insolvenzrecht) koordinierendes Regelungsregime von „Verhaltenspflichten in der Unternehmenskrise“; vielmehr greift es mehrere, nicht immer aufeinander abgestimmte und teils parallel geschaltete „Krisenbegriffe“ auf,⁴⁾ an die jeweils unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft sind. Die Akzentuierung ist zunächst auf Inneninformation (§ 36 Abs. 2 GmbHG⁵⁾, § 83 AktG) bzw. Sanierung des Unternehmens gerichtet (URG) und gewinnt erst mit Fortschreiten der Krise – vergleichsweise spät – an verpflichtender Schärfe.

Zentrales Element des gesetzgeberischen Konzepts ist die Überschuldung (§ 67 KO). Sie soll die Grenze zwischen noch lebensfähigen und insolventen Gesellschaften ziehen

*) Mag. Nikolaus Adensamer, Mag. Janine Oelkers und Mag. Anna Katharina Zechner sind Forschungsassistenten des vom Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung finanzierten START-Projekts (Organisation und Vermögensordnung im Recht der Kapitalgesellschaften) unter der Leitung von Univ.-Prof. Dr. Susanne Kalss (Wirtschaftsuniversität Wien). Nähere Informationen unter www.start-law.at

1) Zöllner, Vortrag 2. Deutscher Insolvenzrechtstag (11. 3. 2005).

2) Vgl. jüngst Zoter, Insolvenzzustatistik 2004 für Österreich mit internationalen Vergleichswerten, ZIK 2005, 17; Roth, Gläubigerschutz bei der GmbH: Was ist unverzichtbar? in Doralt-FS (2004) 479 (491 f.).

3) So ist etwa die Kammer der Wirtschaftstreuhänder an der Ausarbeitung von Vorschlägen für eine Reformierung des österreichischen „Sanierungsrechts“ beteiligt. Danach soll der Schwerpunkt des derzeitigen Insolvenzrechts von der Zerschlagung auf die Sanierung krisenverfangener Gesellschaften verlagert werden; siehe etwa Wirtschaftsblatt v. 20. 8. 2004; Die Presse v. 28. 4. 2005.

4) Symptomatisch ist insoweit die Bestimmung des § 2 EKEG (Krise) die sich darauf beschränkt, drei relevante Tatbestände herauszugreifen, und schlicht einen Verweis auf die Reorganisation (§ 22 URG), die Überschuldung (§ 67 KO) und schließlich die Zahlungsunfähigkeit (§ 66 URG) enthält; vgl. auch Fromm, Der Überschuldungsstatus im Insolvenzrecht, ZinsO 2004, 943.

5) Anders Nowotny, Verlust des halben Stammkapitals, in Semler-FS (1993) 231 (247).

und dient zusammen mit der Antragspflicht nach § 69 KO als Ausgangspunkt für die haftungsrechtliche Sanktionierung der Konkursverschleppung.

1. Konkursantragspflicht – § 69 KO

§ 69 Abs. 2 KO verpflichtet den Schuldner, bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber binnen sechzig Tagen, die Eröffnung des Konkursverfahrens bei Gericht zu beantragen.⁶⁾ Die Konkursantragspflicht greift allgemein bei Zahlungsunfähigkeit (§ 66 KO),⁷⁾ bestimmte Schuldner (juristische Personen, eigens genannte Verlassenschaften und konkursfähige Personengesellschaften) sind allerdings schon zuvor, mit eingetretener Überschuldung (§ 67 KO), zur Antragstellung verpflichtet.

Nach der ursprünglichen gesetzgeberischen Intention zielt der Überschuldungstatbestand auf eine Vorverlegung des Konkurs- bzw. Ausgleichszeitpunkts von Schuldnern,⁸⁾ mit deren wirtschaftlichem Zusammenbruch künftig zu rechnen ist, um die Gleichbehandlung und bestmögliche Befriedigung der Gläubiger zu gewährleisten. Gleichzeitig soll erreicht werden, dass im Insolvenzverfahren noch ein „zur Fortführung und Sanierung des Unternehmens ausreichendes Vermögen zur Verfügung steht.“⁹⁾ Der Gesetzgeber hat auf eine gesetzliche Definition der Überschuldung verzichtet, um die erforderliche begriffliche Elastizität auch im Einzelfall zu gewährleisten.¹⁰⁾ Diese Wertung hat sich im Wandel des Überschuldungsbegriffs niedergeschlagen, der sich von einer ursprünglich rein statischen Größe zu einem flexiblen Tatbestand entwickelt hat, in dessen Mittelpunkt eine Prognoseentscheidung über die zukünftige Lebensfähigkeit des Unternehmens steht (Fortbestehensprognose).¹¹⁾ Nur bei negativer Fortbestehensprognose, die kumulativ neben einer Überschuldung zu Liquidationswerten vorliegen muss, kann vom Eintritt insolvenzrechtlich relevanter Überschuldung gesprochen werden (teleologische Reduktion des Überschuldungsbegriffs).¹²⁾

Von einer negativen Fortbestehensprognose ist auszugehen, wenn die zukünftige Zahlungs- bzw. Lebensfähigkeit des Unternehmen nicht überwiegend (> 50 %) wahrscheinlich ist.¹³⁾ Wann dies im Einzelfall angenommen werden kann, ist umstritten;¹⁴⁾ das Herausarbeiten zuverlässiger Kriterien bereitet in der Praxis Schwierigkeiten;¹⁵⁾ unsicher

⁶⁾ Vgl. allgemein *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht⁴, Band II/2, §§ 63–79 KO (2004) § 69; *Koppensteiner, GmbHG*² (1999) § 25 Rz. 35 ff.; *Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I*² (1997) Rz. 2/446.

⁷⁾ Nach der von Lehre und Rechtsprechung erarbeiteten Formulierung soll Zahlungsunfähigkeit dann vorliegen, „wenn der Schuldner mangels bereiter Zahlungsmittel nicht in der Lage ist, (alle) seine fälligen Schulden zu bezahlen, und sich die erforderlichen Zahlungsmittel auch nicht alsbald beschaffen kann“; vgl. nur m. w. N. *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, § 66 Rz. 1 ff.

⁸⁾ Siehe etwa *Dellinger in Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen I, (1999) § 67 KO Rz. 2.

⁹⁾ *Dellinger in Konecny/Schubert*, KO, § 67 Rz. 2.

¹⁰⁾ *Karollus*, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung (1997) 32; *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall (1991) 15.

¹¹⁾ Vgl. *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005) 334 ff.

¹²⁾ Siehe nur OGH, SZ 59/216 = WBl. 1987, 74 (*Wilhelm*) = RdW 1987, 126 = EvBl. 1987/104 = ÖBA 1987, 322 (*Hoyer*).

¹³⁾ Siehe OGH, SZ 59/216; *Dellinger in Konecny/Schubert*, KO, § 67 Rz. 77 ff.; *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, § 67 Rz. 29 ff.; *Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I*² Rz. 2/371 ff.; kritisch *Doralt/Nowotny*, Abschied von der Überschuldungsbilanz, RdW 1987, 146; *Schummer*, Die Gegenwart und (ungewisse) Zukunft des Eigenkapitalersatzrechts, GesRZ 2000, 246 (250 f.).

¹⁴⁾ Vgl. etwa *Karollus*, Fortbestehensprognose, 27 ff., der darauf abstellen will, dass die Überlebensfähigkeit anhand gesicherter Prämissen festgestellt werden kann, sowie *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, § 67 Rz. 29 ff.; *Dellinger in Konecny/Schubert*, KO, § 67 Rz. 77.

¹⁵⁾ Eine Wiederherstellung des positiven Eigenkapitals bzw. eine Beseitigung der rechnerischen Überschuldung – wie von der Literatur verschiedentlich vorgeschlagen (für die Wiederherstellung positiven Eigenkapitals *Doralt/Nowotny*, Abschied von der Überschuldungsbilanz, RdW 1987, 146 [149]; für eine Beseitigung der rechnerischen Überschuldung *Karollus*, Fortbestehensprognose, 34) – ist derzeit kein notwendiger Inhalt einer positiven Fortbestehensprognose (OGH SZ 59/216; OGH SZ 2002/26; *Dellinger in Konecny/Schubert*, KO, § 67 Rz. 81).

ist auch der Zeitraum, für den die Fortbestehensprognose aufzustellen ist. Die Vorschläge reichen von sechs Monaten,¹⁶⁾ über das laufende Geschäftsjahr¹⁷⁾ bis zu einer Zeitspanne, die neben dem laufenden auch das nächste Geschäftsjahr umfassen soll. Vereinzelt wird sogar eine Frist von zwei bis drei Jahren vorgeschlagen.¹⁸⁾

Mit Eintritt der Voraussetzungen (§§ 66 f. KO) ist der Schuldner zur Antragstellung verpflichtet;¹⁹⁾ wobei ihm das Gesetz gleichzeitig eine Frist (60 Tage) für weitere Sanierungsbemühungen einräumt. Innerhalb dieser Frist vorgenommene, als aussichtsreich und realisierbar erscheinende Sanierungsversuche befreien den Gemeinschuldner nicht nur vom Vorwurf der Nichteinleitung des Insolvenzverfahrens, sondern erlauben ihm auch, die zur Erhaltung und Fortführung eines Unternehmens erforderlichen Geschäfte abzuwickeln.²⁰⁾

Im Unterschied zur insolvenzrechtlichen Überschuldung ist die auf Going-concern-Werten beruhende (§ 201 Abs. 2 Z 2 HGB) – rein bilanzielle – Überschuldung (negatives Eigenkapital) mit keinen besonderen Anforderungen verbunden. Geschäftsleiter anhangpflichtiger Kapitalgesellschaften sind allerdings dazu angehalten, im Anhang zu erläutern, ob eine Überschuldung im Sinne des Insolvenzrechts vorliegt (§ 225 Abs. 1 HGB).²¹⁾ Diese Angabe unterliegt bei allen Kapitalgesellschaften auch der Veröffentlichungspflicht.²²⁾ Die normierte Erläuterungspflicht verlangt entsprechend den Anforderungen des zweistufigen (insolvenzrechtlichen) Überschuldungsbegriffs entweder die Aufstellung eines Vermögensstatus zu Liquidationswerten oder die Erstellung einer Fortbestehensprognose.²³⁾

2. Haftung wegen Antragspflichtverletzung – § 69 KO i. V. m. § 1311 ABGB

§ 69 KO bildet nach allgemeiner Ansicht und Rechtsprechung ein Schutzgesetz (§ 1311 ABGB) zugunsten der Gesellschaftsgläubiger.²⁴⁾ Seine schuldhaftige Verletzung ist daher mit einer direkten schadenersatzrechtlichen Verantwortlichkeit gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft verbunden (Konkursverschleppungshaftung).²⁵⁾ Grundsätzlich werden sämtliche durch die verspätete Konkursöffnung geschädigten Gläubiger in den Schutzbereich des § 69 KO mit einbezogen.²⁶⁾ Der genaue Umfang des ersatzfähigen Schadens ist jedoch umstritten und nach derzeit geltender Judikatur von der bekannten Differenzierung zwischen den Gruppen der Alt- und Neugläubiger abhängig.²⁷⁾

¹⁶⁾ Vordazka in Seicht, Die Fortbestehensprognose zur Feststellung der Überschuldung, JdR 1995, 517 (526).

¹⁷⁾ Doralt/Nowotny, RdW 1987, 146 (149).

¹⁸⁾ Karollus, Fortbestehensprognose, 35 f.

¹⁹⁾ Für die Antragspflicht kommt es auf ein subjektives Element beim Antragspflichtigen nicht an, dieses wird nur für Beginn des Fristenlaufs nach § 69 Abs 2 KO diskutiert (siehe unten); vgl. nur Dellinger, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung, 41 ff.

²⁰⁾ OGH 23. 11. 1989, 12 Os 124/89; OGH, JBl. 1991, 807 = EvBl. 1991/81; wenn vor oder während der 60-tägigen Frist nicht mehr ernsthaft mit einer Sanierbarkeit der GmbH gerechnet werden kann, muss der Konkursantrag unverzüglich gestellt werden; OGH, ÖBA 1991, 680.

²¹⁾ Vgl. Hofians in Straube, HGB Kommentar IP² (2000) § 225.

²²⁾ Hofians in Straube IP², § 225 Rz. 4.

²³⁾ Hofians in Straube IP², § 225 Rz. 4.

²⁴⁾ EBRV 124 BigNR 22. GP, 16; siehe nur m. w. N. aus einer umfangreichen Judikatur, Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht § 69 KO, Rz. 107 ff.

²⁵⁾ Die Geschäftsleitung ist damit einer Doppelhaftung ausgesetzt; einerseits kann die Gesellschaft, andererseits jeder einzelne Gläubiger Ansprüche geltend machen: Schummer, Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen Konkursverschleppung – ebenfalls ein Irrweg? in Koppensteiner-FS (2001) 211 (212).

²⁶⁾ Vom Schutzbereich des § 69 KO sind allerdings Personen ausgenommen, die trotz Kenntnis von der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens Gläubigerstellung erlangt haben; OGH, WBl. 1990, 147.

²⁷⁾ Altgläubiger sind mit Eintritt materieller Insolvenz (Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit) bereits Forderungsinhaber. Die Konkursverschleppung ist daher für den – bereits erfolgten – Vertragsabschluss nicht kausal, führt aber regelmäßig zur Verringerung ihrer Konkursquote. Im Gegensatz dazu erlangen Neugläubiger erst nach bereits eingetretener Insolvenz Forderungen gegenüber dem Unternehmen. Diese Gläubigergruppe hätte bei rechtzeitiger Konkursantragsstellung mit der insolventen Gesellschaft überhaupt nicht kontrahiert, weshalb ihr Schaden über eine bloße Quotenverschlechterung hinausgeht und das gesamte negative Interesse umfasst.

Während die Altgläubiger – schon aus Kausalitätserwägungen – nur ihre Quotenverschlechterung²⁸⁾ von den sorgfaltswidrig handelnden Geschäftsleitern verlangen können, gewährt die Judikatur den Neugläubigern darüber hinaus den Ersatz ihres Vertrauensschadens; dies wird aus der Zielsetzung der Konkursantragspflicht abgeleitet, welche darauf ausgerichtet sei, insolvente Gesellschaften aus dem Rechtsgeschäftsverkehr zu ziehen, um potenzielle Geschäftspartner vor einer Kreditgewährung an eine bereits insolvente Gesellschaft zu bewahren.²⁹⁾

3. Zahlungsverbot

Korrespondierend zur Haftung aus Verletzung der Antragspflicht normieren § 25 Abs. 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs. 3 Z 6 AktG eine eigene Ersatzpflicht der Geschäftsleitung für den Fall, dass noch nach Eintritt materieller Insolvenz (Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung) Zahlungen geleistet wurden.³⁰⁾

Der eingetretene Schaden besteht in der entsprechenden – aus der verbotenen Zahlung resultierenden – Masseschmälerung und verringert sich daher um diejenige Quote, die der unstatthafterweise befriedigte Gläubiger im Konkurs erhalten hätte. Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind, werden von der Bestimmung allerdings nicht erfasst und bleiben daher auch nach Eintritt der materiellen Insolvenz zulässig.³¹⁾ Die Regelung begründet – als Spezialfall der allgemeinen Sorgfaltspflicht – eine reine Innenhaftung. Allfällige Ersatzansprüche stehen der Gesellschaft, bzw. im Konkurs dem Masseverwalter zu. Im Gegensatz zur deutschen Rechtslage³²⁾ trägt die Haftung nach § 25 Abs. 3 Z 2 GmbHG bzw. § 84 Abs. 3 Z 6 AktG subsidiären Charakter.³³⁾ Sie dient der schadenersatzrechtlichen Effektivierung des Anfechtungsrechts, weshalb zunächst vom Empfänger der verbotenen Zahlung Ersatz zu suchen ist.³⁴⁾

4. Problemstellung

Der gegenwärtige Überschuldungsbegriff zeigt sich seiner zentralen Stellung und seinen vielfältigen Aufträgen nicht gewachsen. Das Streben nach Einzelfallgerechtigkeit wird auf Kosten der Praktikabilität (als präventiv wirkendes Instrumentarium) verwirklicht. Das Ergebnis ist ein vager, zugleich überfrachteter Begriff, der trotz der etablierten Fortbestehensprognose keine trennscharfe Grenzziehung zwischen Lebensfähigkeit und Insolvenz leisten kann.

Das Ausbleiben der Präventivwirkung ist auch auf das Fehlen effizienter insolvenzbezogener Überwachungspflichten – die eine aktuelle Kontrolle der Überschuldungsnähe gewährleisten – zurückzuführen. Die bloße Erläuterungspflicht (§ 225 HGB) allein kann dazu nicht veranlassen.³⁵⁾ In Anbetracht der Bewertungsunterschiede, könnte eine Überschuldung zu Liquidationswerten selbst bei voller Nennkapitaldeckung vorliegen. Das bedeutet nicht, die Frage nach einer allfälligen Überschuldung selbst bei vollständigem Fehlen jeglicher Krisensymptome aufzuwerfen; bei Verlust des halben Nennkapi-

²⁸⁾ Das ist die Differenz zwischen fiktiver Quote bei rechtzeitiger Konkursanmeldung und tatsächlich erzielter Quote.

²⁹⁾ OGH, ecolex 1998, 329 = ÖBA 1998, 488; bestätigend OGH, ecolex 1999, 634 = EvBl. 1999/149; OGH, ZIK 1999, 178; kritisch *Koppensteiner*, GmbHG², § 25 Rz. 38.

³⁰⁾ *Koppensteiner*, GmbHG², § 25 Rz. 9.

³¹⁾ Während die deutsche Parallelbestimmung zu § 25 Abs. 3 Z 2 GmbHG dies ausdrücklich festlegt (§ 64 Abs. 2 dGmbHG), fehlt im österreichischen GmbH-Recht eine entsprechende Bestimmung. Im Aktienrecht ist sie ausdrücklich normiert (§ 84 Abs. 3 Z 6 AktG); für das GmbH-Recht empfiehlt sich ihre analoge Anwendung; *Koppensteiner*, GmbHG², § 25 Rz. 9.

³²⁾ Vgl. BGHZ 146, 264; BGHZ 131, 325; K. *Schmidt*, Verbotene Zahlungen in der Krise von Handelsgesellschaften und die daraus resultierenden Ersatzpflichten, ZHR 168 (2004) 637 (644 ff.).

³³⁾ OGH 29. 4. 1998, 9 ObA 416/97k, SZ 45/46 = EvBl. 1972/272.

³⁴⁾ OGH 29. 4. 1998, 9 ObA 416/97k, SZ 45/46 = EvBl. 1972/272.

³⁵⁾ Für negatives Eigenkapital als Auslöser der Prüfpflicht *Drukarczyk*, Überschuldung: Zur Konstruktion eines Insolvenzstatbestandes im Spannungsfeld von Kapitalerhaltungsrecht und Kreditmarkt, in *Moxter-FS* (1994) 1232 (1250 f.).

tals³⁶) bzw. bei vermutetem Reorganisationsbedarf³⁷) besteht aber Anlass, eine (rechnerische) Überschuldung des Unternehmens zu überprüfen bzw. eine entsprechende Fortbestehensprognose zu erstellen,³⁸) da der Geschäftsleitung mit Eintritt materieller Insolvenz – entgegen der in der 60-Tage-Frist zum Ausdruck kommenden Wertung des Gesetzgebers – die für ein Abwenden der Liquidation notwendige Bewegungsfreiheit regelmäßig fehlt.

III. Harmonisierungsbestrebungen

In funktionaler Entsprechung zum österreichischen Überschuldungstatbestand – bzw. zur damit verbundenen Antragspflicht – normiert eine Vielzahl europäischer Mitgliedstaaten konkrete Verhaltenspflichten der Leitungsorgane, die bereits bei Eintritt erheblicher Verluste des Nennkapitals, d. h. in einem der Überschuldung weit vorgelagerten Stadium greifen. Insbesondere der romanische und skandinavische Rechtskreis koppelt dieses Moment, das in Österreich eine bloße Einberufungs- und Informationspflicht auslöst, an sanierende Handlungspflichten.

Obgleich es ratsam erscheint, eine Reorganisation möglichst früh, d. h. zu einem Zeitpunkt einzuleiten, in dem gegenüber der Überschuldung deutlich mehr Reaktionsmöglichkeiten verbleiben, finden die an den Kapitalverlust knüpfenden Konsequenzen romanisch-skandinavischer Prägung auf europäischer Ebene gegenwärtig keine Entsprechung: Die 2. Richtlinie normiert Handlungspflichten allein für die Aktiengesellschaft³⁹) und sieht auch für diese lediglich eine Einberufungs- und Informationspflicht des Verwaltungorgans vor.

Dem Wunsch nach einer Vorverlagerung des pflichtenauslösenden Zeitpunkts tragen jedoch die derzeitigen europäischen Reformbestrebungen Rechnung. In ihrem Aktionsplan vom 21. 5. 2003⁴⁰) hat die Kommission die Ausarbeitung einer europäischen Regelung zur Konkursverschleppungshaftung ausdrücklich befürwortet und unter die mittelfristig zu verwirklichenden Maßnahmen eingereiht.⁴¹) Die Kommission folgt damit entsprechenden Vorschlägen der *Winter-Gruppe (High Level Group)*,⁴²) die – unter der programmatischen Vorgabe, europaweit gleichwertigen Gläubigerschutz zu gewährleisten – die Einführung einer europäischen Rahmenbestimmung für eine Insolvenzverschleppungshaftung angeregt hatte.⁴³)

Inhaltlich war beabsichtigt, diese an die britischen Regeln zum „*wrongful trading*“ anzulehnen. So sollte auch sie bereits im Vorfeld der Zahlungsunfähigkeit einsetzen, sobald absehbar ist, dass das Unternehmen nicht mehr in der Lage sein wird, seine Verbindlichkeiten zu begleichen.⁴⁴) In diesem Moment sollten der Geschäftsleitung zwei Optionen offen stehen, nämlich geeignete Schritte zur Sanierung des Unternehmens zu ergreifen oder die Gesellschaft zu liquidieren; während ein einfaches Weiterführen der Geschäfte die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit der Geschäftsleiter nach sich ziehen würde. Die Ansiedelung von Verhaltenspflichten bereits vor der Zahlungsunfähigkeit würde den Forderungsausfall der Gläubiger deutlich herabsetzen, dabei zugleich die Chance auf eine frühe und erfolgreiche Sanierung erhöhen.⁴⁵)

³⁶) *Dellinger in Konecny/Schubert*, KO, § 67 Rz. 41.

³⁷) *Dellinger in Konecny/Schubert*, KO, § 67 Rz. 41.

³⁸) *Restriktiver Nowotny/Bertl/Broganyi/Gelter*, *Going Concern* und *Redepflicht*, IWP 2000, 203 (209 ff.).

³⁹) Sinnvollerweise normieren viele Mitgliedstaaten diese (häufig gleichlautend) auch für die GmbH.

⁴⁰) Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, *Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union – Aktionsplan KOM (2003) 284 endg.*

⁴¹) Aktionsplan, 29.

⁴²) „Bericht der Hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa“ (*Winterbericht II*); abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/consult/report_de.pdf

⁴³) *Winter-Bericht*, 73.

⁴⁴) *Winter-Bericht*, 74.

⁴⁵) *Forum Europaeum Konzernrecht*, *Konzernrecht für Europa*, ZGR 1998, 672 (752 f.).

In der Literatur wurde das Vorhaben grundsätzlich positiv aufgenommen,⁴⁶⁾ das ins Auge gefasste Regelungsvorbild (*wrongful trading*) aber kritisch hinterfragt. Angesichts der restriktiven Spruchpraxis der englischen Gerichte – welche den haftungsrelevanten Zeitpunkt vielfach erst nach der Zahlungsunfähigkeit ansiedeln –, erscheint eine Vorverlagerung des haftungsrelevanten Zeitpunktes unwahrscheinlich.⁴⁷⁾ Die jüngsten Einschätzungen über den Fortgang dieser Regelungsvorhaben sind daher auch zurückhaltend.⁴⁸⁾

So erscheint der Zeitpunkt günstig, jene Verhaltenspflichten in den Vordergrund zu rücken, die eine Vielzahl der Mitgliedstaaten an den qualifizierten Verlust knüpft und die in der bisherigen Diskussion noch kaum aufgegriffen und gewürdigt wurden.

IV. Länderberichte in Stichworten⁴⁹⁾

1. Tatbestandsseite – Qualifizierte Verluste

Die Definition des qualifizierten Verlusts ist uneinheitlich.⁵⁰⁾ Während die Mehrzahl der Mitgliedstaaten (neben Österreich und Deutschland vor allem England, Finnland, Frankreich, die Niederlande, Schweden und Spanien) den Verlust von 50 % des Nennkapitals als Zäsur und pflichtbegründend einstufen, sehen Belgien und Italien mehrere Grenzwerte vor, deren Erreichen unterschiedlich strenge Verhaltenspflichten auslöst. Beide Staaten ergänzen ein prozentual bestimmtes Defizit (Belgien: 25 %, Italien: 33 %) um das Unterschreiten der absoluten Ziffer des Mindestkapitals. Im Vergleich zu Österreich und Deutschland, welche die Leistungskraft des Mindestkapitals als Seriösitätsgewähr auf die Phase der Kapitalaufbringung beschränken,⁵¹⁾ weisen ihm Belgien und Italien damit einen deutlich höheren Stellenwert zu. Das dänische Recht kennt zwei, von der Rechtsform der Gesellschaft abhängige Schwellenwerte (GmbH: 40 %, AG: 50 %). Norwegen schließlich ergänzt die 50%ige Verlustgrenze um das dynamische Kriterium der dem unternehmerischen Wagnis und der Größe des Geschäftsbetriebes angemessenen Eigenkapitalausstattung.

Der in der relevanten Höhe eingetretene Verlust begründet in allen untersuchten Rechtsordnungen zunächst die Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung. In Österreich und Deutschland, aber auch in England, den Niederlanden und Norwegen ist der Pflichtenkatalog bereits damit, sowie mit der anschließenden Erörterung der finanziellen Situation, erschöpft.

Hingegen stellen der romanische (Belgien, Frankreich, Italien, Spanien) sowie der skandinavische (Dänemark, Finnland, Schweden) Rechtskreis die Hauptversammlung vor die Option, entweder (a) eine Sanierung in Form von Kapitalmaßnahmen vorzu-

⁴⁶⁾ Vgl. *Fleischer*, Erweiterte Außenhaftung der Organmitglieder im Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht – Insolvenzsverschleppung, fehlerhafte Kapitalmarktinformation, Tätigkeitsverbote, ZGR 2004, 437 (455 ff.); Stellungnahme der Group of German Experts on Corporate Law zum Konsultationspapier der High Level Group of Experts on Corporate Law, ZIP 2002, 1310 (1314).

⁴⁷⁾ Siehe nur *Bachner*, Wrongful Trading – A New European Model for Creditor Protection? EBOR 2004, 293 (300 ff.); *Habersack/Verse*, Wrongful Trading – Grundlage einer europäischen Insolvenzsverschleppungshaftung? ZGR 2004, 174 (183 ff.).

⁴⁸⁾ *Fleischer*, ZGR 2004, 437 (462); *Maul*, Verantwortlichkeit der Organmitglieder, WM 2004, 2146 (2149).

⁴⁹⁾ Die dargestellten Thesen sind das Ergebnis einer rechtsvergleichenden Untersuchung der insolvenznahen Geschäftsleiterpflichten in Österreich, Deutschland, Slowenien, Italien, Spanien und Skandinavien; vgl. in Kürze *Adensamer/Oelkers/Zechner*, Verhaltenspflichten der Geschäftsleitung in der Unternehmenskrise, ZfRV 2005.

⁵⁰⁾ So werden etwa die stillen Reserven nur in Schweden sowie Finnland mit einbezogen, die in der Insolvenznähe zusätzliche Aktivierungsrechte kennen.

⁵¹⁾ Vgl. dazu und zur aktuellen Diskussion, *Oelkers*, Mindestkapital und Nennkapital – Leistungskraft für den Gläubigerschutz, GesRZ 2004, 360 und 2005, 17; *Rüffler*, Gläubigerschutz durch Mindestkapital und Kapitalerhaltung in der GmbH – überholtes oder sinnvolles Konzept? GeS 2005, 140; *Eidenmüller*, Die angemessene Höhe des Grundkapitals der Aktiengesellschaft, AG 2005, 97; *Blaurock*, Mindestkapital und Haftung bei der GmbH, in *Raiser-FS* (2005) 3; zudem für Deutschland Referentenentwurf vom 15. 4. 2005 zur Neuregelung des Mindestkapitals der GmbH (MindestkapitalG), abrufbar unter www.bmj.de/media/archive/908.pdf

nehmen, (b) die Kapitalgesellschaft umzuwandeln oder als *ultima ratio*, (c) die Gesellschaft zu liquidieren.

(a) Zu den Kapitalmaßnahmen zählen insbesondere die Kapitalherabsetzung bis an die Grenze des Mindestkapitals (häufig wird das bilanzielle Defizit mittels nomineller Kapitalherabsetzung unter gleichzeitiger effektiver Erhöhung ausgeglichen), Gesellschafterzuschüsse (u. U. auch -darlehen) sowie eine Kapitalerhöhung unter Verwendung des Agio zur Verlustabdeckung.

Ein Großteil der untersuchten Rechtsordnungen zieht für die Kapitalmaßnahmen eine Frist ein, binnen derer diese Sanierungsmaßnahmen greifen müssen. Am großzügigsten zeigt sich Frankreich, indem es einen zweijährigen Zeitrahmen vorgibt. Finnland und Italien gewähren (sofern nicht bereits das Mindestkapital unterschritten wurde) immerhin ein Jahr Aufschub. Schweden räumt lediglich eine achtmonatige Frist ein, innerhalb derer jedoch die gänzliche Auffüllung des fehlenden Eigenkapitals erfolgen muss, während sich die übrigen Staaten mit der Aufstockung bis an die relevante prozentuale Schwelle begnügen. Binnen der Sanierungsfrist steht es der Gesellschaft theoretisch auch frei, keinerlei Maßnahmen zu ergreifen – in der Hoffnung, dass sich die Geschäftslage automatisch erholt (*wait and pray*).

(b) Parallel zu den Kapitalmaßnahmen steht den Gesellschaften die (wohl wenig attraktive) Möglichkeit der Umwandlung in eine Gesellschaft mit einem niedrigeren (bzw. keinem) Mindestkapitalerfordernis offen. In Finnland und Schweden bietet sich etwa die geschlossene anstelle der offenen Aktiengesellschaft an, regelmäßig zudem die GmbH statt der AG sowie stets auch die Umwandlung in eine Personengesellschaft.

(c) Zeigen die Sanierungsmaßnahmen keine Wirkung bleibt regelmäßig – als *ultima ratio* – die Auflösung der Gesellschaft. Diese kann ohnehin von der Gesellschafterversammlung jederzeit positiv beschlossen werden.

2. Rechtsfolgenseite – Haftung

Während der romanische und skandinavische Rechtskreis jene Schäden, die durch das einfache Weiterführen der Geschäfte in der Krise entstehen (*Verschleppung*), über den dargestellten Mechanismus der Kapitalbindung und die mit qualifizierten Verlusten einhergehenden Verhaltenspflichten auffängt, ziehen Norwegen und Dänemark sowie die Niederlande für einen Teil dieser Schäden (zusätzlich)⁵²⁾ das Instrumentarium der *culpa in contrahendo* heran, das eine pflichtwidrig unterlassene Aufklärung über die eigene wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sanktioniert.⁵³⁾

Im Vergleich dazu greift eine dritte Ländergruppe die Verletzung insolvenzrechtlicher Geschäftsleiterpflichten – die Verletzung der Insolvenz- bzw. Konkursantragspflicht – auf.⁵⁴⁾ Innerhalb dieser (wenig homogenen) Gruppe lassen sich beachtliche inhaltliche Unterschiede feststellen: Während Spanien und Italien allein die Zahlungsunfähigkeit als Konkursgrund normieren,⁵⁵⁾ tritt in Deutschland, Österreich und auch Slowenien die Überschuldung als alternativer – regelmäßig früher greifender – Tatbestand hinzu.

Der Schutzbereich sämtlicher untersuchter Haftungsfiguren umfasst grundsätzlich Alt- und Neugläubiger. Einzuschränken ist dieser Grundsatz jedoch mit Blick auf jene Staaten,

⁵²⁾ In den Niederlanden stellt die *culpa in contrahendo* das einzige Instrument dar, mit dem Verschleppungsschäden aufgefangen werden; vgl. *Bervoets*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern niederländischer Kapitalgesellschaften in *Kalss*, Vorstandshaftung (2005, in Druck).

⁵³⁾ Das Instrument der Haftung wegen Aufklärungspflichtverletzung beschränkt sich jedoch typischerweise auf den Schutz der Neugläubiger; Gläubiger, die der Gesellschaft bereits vor Eintritt der Krise kreditiert haben (Altgläubiger), werden schon aus Kausalitätserwägungen vom Schutzbereich dieses Instrumentariums nicht erfasst.

⁵⁴⁾ Vgl. dazu die Darstellung der österreichischen Rechtslage unter I.1. bis 3.

⁵⁵⁾ Siehe zu Italien FN 64.

welche die Haftung ausschließlich an die Verletzung von Aufklärungspflichten binden (Niederlande); die Verantwortlichkeit aus *culpa in contrahendo* kann schließlich schon aus Kausalitätserwägungen nur den Neugläubigern zugute kommen.

Mit Blick auf den Haftungsumfang erweist sich Spanien als am strengsten. Es lässt die Geschäftsleiter unabhängig von der Kausalität für die gesamten Gesellschaftsverbindlichkeiten eintreten; Italien und Schweden begrenzen die Verantwortlichkeit hingegen auf den aus der Unterlassung des gebotenen Handelns entstandenen Schaden bzw. auf die während des Fehlverhaltens entstandenen Gesellschaftsverbindlichkeiten. Noch restriktiver ist Slowenien, das zwar grundsätzlich auf die gesamte Unterdeckung abstellt, zugleich aber für das Leitungsorgan und den Aufsichtsrat eine Deckelung vorsieht. Österreich und Deutschland differenzieren zwischen den Alt- und den Neugläubigern und gewähren Letzteren das gesamte negative Interesse, während die Altgläubiger nur die Quotenverschlechterung geltend machen können.

V. Fazit

Die untersuchten Rechtsordnungen kennzeichnen ein Fortschreiten der Krise mit drei unterschiedlichen Indikatoren; die aber nur in Deutschland, Österreich und Slowenien kumulativ auftreten: (i) Der erhebliche Verlust des Nennkapitals, (ii) die Überschuldung, sowie (iii) die Zahlungsunfähigkeit. Speziell für Österreich gilt, dass die verschiedenen Krisenindikatoren unabhängig voneinander entwickelt wurden und eine inhaltliche Abstimmung der genannten Regelungsinstrumente weitgehend fehlt.

Insgesamt erscheint es vor dem Hintergrund der untersuchten Modelle sinnvoll, eine Verdichtung der Geschäftsleiterverantwortlichkeit in der Krise – etwa in Gestalt der nachfolgend dargestellten Mechanismen – in Erwägung zu ziehen, wobei sich als Ausgangspunkt die gewonnenen rechtsvergleichenden Erkenntnisse nutzbar machen lassen.

1. Frühe Krise – Schwere Verluste des Nennkapitals

Anders als die Ausgestaltung nach österreichischem oder deutschem Recht – die reine Informationspflichten zugunsten der Gesellschafterversammlung vorgibt –, nimmt die Mehrzahl der untersuchten Rechtsordnungen die genannten Schwellenwerte zum Anlass, dem Geschäftsleiter detaillierte Verhaltensanforderungen aufzuerlegen, die mitunter bereits in die Auflösung der Gesellschaft münden.

Die Vorteile dieses vergleichsweise frühen Ansatzes sind schnell aufgezählt: Dem Schuldner verbleiben zu diesem Zeitpunkt ungleich mehr Reaktions- und realistischere Sanierungsmöglichkeiten, als dies nach eingetretener Überschuldung der Fall ist. Dazu kommt, dass schwere Verluste in der Regel direkt aus der Bilanz und damit unproblematischer zu ermitteln sind als der vage Überschuldungsbegriff.

Entgegenhalten lässt sich dem romanischen sowie skandinavischen Modell die Anknüpfung an einen zu beliebig gewählten bzw. zu schablonenhaften Zeitpunkt, um die Handlungsfreiheit der Geschäftsleitung in dieser Intensität zu beschränken bzw. – möglicherweise noch lebensfähige – Gesellschaften (in letzter Konsequenz) in die Liquidation zu treiben.

So ist zu überlegen, den vergleichsweise willkürlichen Zeitpunkt durch Heranziehung trennschärferer Krisenindikatoren, wie sie etwa das österreichische Unternehmensreorganisationsgesetz in Gestalt der Kennzahlen Eigenmittelquote und fiktive Schuldentilgungsdauer (§ 22 URG) vorsieht, mit Inhalten zu füllen, die einen Rückschluss von einer vorhandenen Unterkapitalisierung auf eine etwa bestehende Insolvenzgefahr erlauben. Zwar sind die Kennzahlen anfällig für bilanzpolitische Maßnahmen;⁵⁶⁾ diese Pro-

⁵⁶⁾ Etwa in Form bilanzverkürzender Maßnahmen.

blemstellung lässt sich jedoch durch eine Erweiterung des zeitlichen Betrachtungshorizonts zumindest teilweise kompensieren.

Die URG-Kriterien haben erst jüngst im Zuge des In-Kraft-Tretens des EKEG (§ 2 EKEG) eine Aufwertung erfahren und besitzen eine höhere Aussagekraft⁵⁷⁾ als der schlichte Hälfteverlust, mit dem sie die leichte Feststellbarkeit noch immer gemein haben. Da sich beide Indikatoren unabhängig von der Erstellung der Jahresbilanz auch aus einem Zwischenabschluss erschließen lassen, läuft der Einwand leer, dass der Jahresabschluss nur eine zeitverzögerte Information erlaubt.

Da die Einberufung der Hauptversammlung mit der Veröffentlichung in einem amtlichen Bekanntmachungsblatt – Amtsblatt zur Wiener Zeitung – einhergeht, werden nach derzeitiger Rechtslage nicht bloß die Gesellschafter, sondern zugleich auch Außenstehende, insbesondere Gläubiger, über die Krisensituation in Kenntnis gesetzt. Die Information der Öffentlichkeit ist aber zu diesem Zeitpunkt nicht die Intention der Regelung, sondern schlicht eine Folge der Konzeption des Aktienrechts als Recht der Publikumsgesellschaft – bei der die Einberufung der Hauptversammlung durch öffentliche Bekanntmachung das geeignete Mittel darstellt.⁵⁸⁾

Publizität ist in diesem frühen Krisenstadium als kontraproduktiv anzusehen; sie sollte weitestgehend vermieden werden, sodass den Gesellschaftern Reaktionsmöglichkeiten ohne Irritation des Marktes (Kündigung der Kreditlinien, Fälligkeit, Verweigerung einer Geschäftsbeziehung) verbleiben.⁵⁹⁾

Pflichten: Mit dem Krisenindikator erhebliche Verluste werden unterschiedliche Verhaltensanforderungen verbunden. Ohne Ausnahme normieren alle Rechtsordnungen Informationspflichten der Geschäftsleiter. Während Österreich und Deutschland sich auf diese beschränken, nimmt die Mehrzahl der Rechtsordnungen bereits die dargestellten Konkretisierungen vor.⁶⁰⁾ Eine Ausweitung der krisenbezogenen Geschäftsleiterpflichten ist rechtspolitisch positiv zu bewerten. Die oben beschriebenen Modelle etablieren aber ein zu grobmaschiges Instrumentarium, das auch Gesellschaften einbindet, die unter Berücksichtigung ihrer konkreten Umstände (Firmenwert, Sanierungsaussichten etc.) keiner erhöhten Insolvenzgefahr unterliegen. Jene Gesellschaften auf die beschriebenen Reaktionsmöglichkeiten zu beschränken, erscheint wenig sachgerecht. Daher sollte dieser Schnittmenge parallel (als zusätzliche Option) die Möglichkeit geboten werden, das Unternehmen unter Vorlage eines geprüften Sanierungskonzepts bzw. Bewertungsgutachtens in bestehender Form weiterzuführen. Dieses könnte funktional an die Stelle der Fortbestehensprognose treten, welche bei Ermittlung der Überschuldung eingesetzt wird. Insgesamt ist die Liquiditätssicherung in den Vordergrund zu rücken.

Sanktionen: Strafrechtliche Sanktionen, wie sie etwa das deutsche GmbHG (§ 84 Abs. 1 Z 1, 2) oder das italienische Konkursgesetz (Art. 217 Nr. 4 legge fallimentare)⁶¹⁾ vorsehen, sind als überschneidend zu bewerten. Die Eignung der Strafjustiz zur Sanktionierung derartiger Pflichtverletzungen ist generell in Frage zu stellen. Nicht zuletzt die österreichischen Erfahrungen mit der Rechtsprechung zur fahrlässigen Krida legen hier

⁵⁷⁾ Für die URG-Kennzahlen wurde im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens eine Prognosegüte von 75 % ermittelt; siehe *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts, 223.

⁵⁸⁾ Seit der im Zuge des GesRÄG 2004 erfolgten Neufassung des § 105 Abs. 2 AktG kann von einer Veröffentlichung in den Bekanntmachungsblättern abgesehen werden, wenn von der Gesellschaft ausschließlich Namensaktien ausgegeben wurden und die Satzung dies vorsieht; in diesem Fall hat die Verständigung der Aktionäre mittels eingeschriebenen Briefes zu erfolgen.

⁵⁹⁾ Siehe HHB 272 BlgHH XVII. Session S. 10, abgedruckt in *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts, 558.

⁶⁰⁾ Siehe dazu unter III.1.

⁶¹⁾ Art. 217 Nr. 4 legge fallimentare (*bancarotta semplice*) normiert zwar nicht unmittelbar eine Konkursantragspflicht des Schuldners; resultiert aus seiner Unterlassung jedoch eine Minderung der Konkursmasse, unterliegt er einer Strafdrohung von sechs Monaten bis zu zwei Jahren. Vgl. *Pajardi*, Codice del Fallimento⁴ (2001) 54. Siehe auch *Oelkers*, Die Haftung des Leitungsorgans in der italienischen Società per azioni, in *Kalss*, Vorstandshaftung (2005, in Druck).

Zurückhaltung zugunsten der Zivilgerichte nahe. Dem frühen Eingreifen und den bereits umfassenden Handlungspflichten der Geschäftsleitung sollte auf der Rechtsfolgenseite mit entsprechend milden Sanktionen Rechnung getragen werden. Zielsetzung des Instituts des Hälfteverlusts ist noch nicht der Ausgleich von Masseschmälerungen (Gläubigerschutz), sondern die Steigerung der Chance auf eine nachhaltige Sanierung (Gesellschafts- bzw. Gesellschafterschutzes). Da eine Innenhaftung sich aufgrund der geringen Bereitschaft der Anteilseigner, vor Eintritt der Insolvenz gegen die Geschäftsleitung vorzugehen, bislang als wenig effizientes Präventivinstrument erwiesen hat, mag etwa die Androhung von Zwangsstrafen (in Anlehnung an § 283 HGB) einen sinnvollen, begleitenden Verhaltensanreiz bilden, dem vom Gesetzgeber bereitgestellten Verhaltenskatalog zu entsprechen.

Mit Rücksicht auf die rein innergesellschaftliche Zielsetzung sollte zu diesem Zeitpunkt keine Außenhaftung die Einhaltung der beschriebenen Verhaltenspflichten begleiten.

2. Qualifizierte Krise – Überschuldung

Jene Rechtsordnungen, die den Schwerpunkt auf erhebliche Verluste des Nennkapitals legen, verzichten – mit Ausnahme von Slowenien – auf den Überschuldungstatbestand als zusätzliches Korrektiv. Vor diesem Hintergrund, aber auch mit Bedacht auf die bekannten Defizite des Überschuldungsbegriffs,⁶²⁾ ist sein derzeitiger zentraler Stellenwert zu überdenken.

(a) Überschuldung als trennscharfe Grenze zwischen lebensfähigen und insolventen Gesellschaften?

Selbst unabhängig von der Feststellung, dass die insolvenzrechtliche Überschuldung in ihrer derzeitigen Ausprägung die ihr zugewiesene Aufgabenstellung nicht leistet, ist diese Grenzziehung mit Blick auf das vorgestellte Modell der frühen Krise generell entbehrlich. Die Frage nach Fortbestand bzw. Liquidation der Gesellschaft wird nun bereits zu einem deutlich früheren Zeitpunkt entschieden.

(b) Überschuldung als zusätzliches Korrektiv mit Fortschreiten der Krise?

Der gegenwärtige Stellenwert des Überschuldungsbegriffs geht über die genannte Grenzziehung hinaus. Angesichts seiner Eigenschaft als zentraler Anknüpfungspunkt der insolvenznahen Geschäftsleiterverantwortlichkeit, ist der Beseitigung jedoch unweigerlich die Frage voranzustellen, ob auch diese Funktion ersatzlos gestrichen werden kann oder durch ein geeignetes Äquivalent zu ersetzen ist.

Da die frühe Krise angesichts ihrer Ausrichtung auf eine rein innergesellschaftliche Information keine – in diesem Stadium – kontraproduktive Außenpublizität begründet, ist eine korrespondierende (Außen-)Haftung denkunmöglich. Im Hinblick auf die sich mit Fortschreiten der Krise wandelnde Akzentuierung – von Sanierung auf Liquidation – ist auch ein Rückbau allein sanierungsbezogener Maßnahmen zugunsten einer Gläubiger- und Marktinformation geboten.

Als publizitätswirksame Zäsur kommen verschiedenen Anknüpfungspunkte in Betracht: (i) Ablauf einer gesetzlich vorgegebenen Frist (denkbar etwa 12 Monate⁶³⁾ mit Erstreckungsmöglichkeit) ohne Beseitigung des die frühe Krise auslösenden Tatbestands; (ii) zusätzlich *laufende Kontrolle* unter Beibehaltung eines (allenfalls modifizierten) Überschuldungsstatus.

Zudem ist die Außenpublizität haftungsrechtlich abzusichern (Informationshaftung). Neben die interne Haftung tritt nun eine unmittelbare Verantwortlichkeit gegenüber (Neu-) Gläubigern. Unter Umständen ist eine Disqualifikation zu erwägen. Die Haftung gegenüber den Gläubigern ist in Fortführung der *culpa in contrahendo* als Informationshaftung zu konzipieren.

⁶²⁾ Siehe dazu unter I.4.

⁶³⁾ So etwa Finnland, Italien, Spanien.

3. Zahlungsunfähigkeit – Konkurs

Am Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit ist in seiner derzeitigen Form festzuhalten. Wie der Rechtsvergleich gezeigt hat, ist die Zahlungsunfähigkeit in allen untersuchten Rechtsordnungen als Konkursgrund normiert und inhaltlich weitestgehend einheitlich ausgestaltet.⁶⁴⁾ Eine Abkehr von diesem Institut wäre allenfalls auf europäischer Ebene zu diskutieren. Die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft sollte daher wie bisher den endgültigen Entzug der Verfügungsbefugnis über die Gesellschaft und die Konkursöffnung nach sich ziehen. Schließlich wären auch die haftungsrechtlichen Folgen, welche die Verletzung von § 69 KO nach geltendem Recht begründet (Außenhaftung), beizubehalten.

V. Zusammenfassung

Die derzeitige Rechtslage ist unbefriedigend. Entsprechend der Zielsetzung vom Zerschlagungs- zum Sanierungsrecht erscheint eine Vorverlagerung der haftungsrelevanten Handlungspflichten sinnvoll. Als pflichtenauslösendes Moment bieten sich die URG-Kennzahlen an. Im Vergleich zu den qualifizierten Verlusten des romanischen und skandinavischen Rechtskreises stellen sie ein trennschärferes, gegenüber der Fortbestehensprognose ein konkreteres und damit leichter handzuhabendes Kriterium dar. Der Vorverlegung und dem Ausbau der Handlungspflichten ist auf der Rechtsfolgenseite durch eine Abschwächung der Sanktionen Rechnung zu tragen.

⁶⁴⁾ Eine gewisse Ausnahmestellung nimmt Italien ein, das den Begriff der Zahlungsunfähigkeit mit dem dynamischen Element der „Kreditwürdigkeit“ des Gemeinschuldners kombiniert; vgl. *Caponi*, Das italienische Insolvenzverfahren nach der Europäischen Verordnung, Jahrbuch für Italienisches Recht 17 (2004) 21 (41).

Grenzgängereigenschaft eines Italieners

(BMF) – Das DBA-Italien enthält hinsichtlich der für die Grenzgängereinstufung erforderlichen Merkmale eines grenznahen Wohnsitzes und eines grenznahen Arbeitsortes keine näheren Präzisierungen. Durchführungsregelungen, wie sie im Verhältnis zu Deutschland vorgesehen sind (AÖFV. Nr. 283/1986), entfalten im Geltungsbereich des DBA-Italien keine Wirkung.

Unter EAS 839 wurden im Verhältnis zur Schweiz aus österreichischer Sicht noch alle Arbeitsorte (und Wohnorte) als in Grenznähe gelegen angesehen, die unter Berücksichtigung der modernen Verkehrsverhältnisse es erlauben, unter Zugrundelegung einer vertretbaren Wegzeit den Arbeitsort täglich von der Wohnung anzufahren. Mit anderen Worten, wird am Arbeitsort keine Zweitwohnung (z. B. ein Untermietzimmer) unterhalten und findet daher tatsächlich üblicherweise eine arbeitstägliche Rückkehr zum italienischen Wohnsitz statt, dann wäre es denkbar, dass sich Österreich einer von der italienischen Steuerverwaltung vorgenommenen Grenzgängereinstufung anschließen könnte. Die bloße „Möglichkeit“ einer täglichen Rückkehr zum Wohnsitz wäre aber für die Grenzgängerqualifikation nicht ausreichend.

Damit daher unter derartigen Gegebenheiten der österreichische Arbeitgeber den Lohnsteuerabzug ohne Haftungsrisiko unterlassen kann, wäre einerseits eine dementsprechende amtliche Erklärung des zuständigen italienischen Wohnsitzfinanzamtes über die Grenzgängereigenschaft erforderlich und andererseits müsste vom italienischen Dienstnehmer seinem österreichischen Arbeitgeber gegenüber belegmäßig einwandfrei dokumentiert werden, dass er tatsächlich täglich zwischen Innsbruck und Bozen pendelt. (EAS 2612 v. 25. 5. 2005)