

Susanne Kalss/Peter Kunz (Hg.)

Handbuch für den Aufsichtsrat

Sonderdruck

facultas.wuv

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Angaben in diesem Fachbuch erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr, eine Haftung des Autors oder des Verlages ist ausgeschlossen.

Copyright © 2010 Facultas Verlags- und Buchhandels AG
facultas.wuv Universitätsverlag, Berggasse 5, A-1090 Wien
Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und der
Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten.
Satz und Druck: Facultas AG
Printed in Austria
ISBN 978-3-7089-0572-9

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Autorenverzeichnis	15
Abkürzungsverzeichnis	27
Allgemeine Literatur	37
1 Erscheinungsformen des Aufsichtsrats und ihr Zusammenhang mit den Ursachen seines Versagens	
<i>Peter Doralt</i>	41
2 Qualifikationsanforderungen an die AR-Mitglieder	
<i>Susanne Kalss/Matthias Schimka</i>	65
3 Der Rechtsanwalt als Aufsichtsrat	
<i>Peter Kunz</i>	91
4 Der hauptberufliche Aufsichtsrat	
<i>Wilfried Stadler</i>	115
5 Persönliche Entscheidungskriterien	
<i>Anneliese Fuchs</i>	131
6 Die Wahl des Aufsichtsrats	
<i>Maria Doralt</i>	137
7 Die Arbeitnehmervertreter	
<i>Sieglinde Gahleitner</i>	197
8 Aufgaben des Aufsichtsrats	
<i>Stephan Frotz/Paul Schörghofer</i>	219
9 Zustimmungspflichtige Geschäfte gem § 95 Abs 5 AktG	
<i>Theresa Jordis</i>	241
10 Beratungsverträge und sonstige Orgengeschäfte von Aufsichtsratsmitgliedern mit der Gesellschaft	
<i>Susanne Kalss</i>	263
11 Strategisches Management für den Aufsichtsrat	
<i>Werner H. Hoffmann</i>	283
12 Die Begründung, Gestaltung und Beendigung der Vorstandstätigkeit durch den Aufsichtsrat	
<i>Georg Schima</i>	309
13 Vergütung des Vorstands – gesetzliche Rahmenbedingungen – neue Modelle	
<i>Philipp Harmer</i>	543

14	Auswahl und Beauftragung des Abschlussprüfers <i>Aslan Milla/Friedrich Rödler</i>	557
15	Aufsichts- und Handlungsinstrumente des Aufsichtsrats <i>Johannes Zollner</i>	591
16	Die Beziehung eines Sachverständigen durch den Aufsichtsrat <i>Susanne Kalss</i>	629
17	Paperwork <i>Maximilian Eiselsberg/Andreas Bräuer</i>	639
18	Interessenkonflikte im Aufsichtsrat <i>Stephan Frotz/Paul Schörghofer</i>	667
19	Das Informationsregime des Aufsichtsrats <i>Susanne Kalss</i>	687
20	Der Aufsichtsratsvorsitz <i>Eduard Saxinger/Friedrich Helml</i>	719
21	Der Vorsitzende des Aufsichtsrats als Leiter der Hauptversammlung <i>Christian Nowotny</i>	751
22	Die Aufsichtsratsausschüsse <i>Matthias Schimka</i>	767
23	Der Aufsichtsrat in der Krise – Der Aufsichtsrat im konjunkturell schwierigen Umfeld <i>Kurt Berger</i>	819
24	Der Aufsichtsrat in der Unternehmenskrise und in der Insolvenz <i>Susanne Kalss/Janine Oelkers</i>	833
25	Der Aufsichtsrat im Konzern <i>Michael Enzinger</i>	855
26	Der Aufsichtsrat bei Unternehmensübernahmen und Anteilerwerben an der Gesellschaft <i>Sascha Hödl</i>	873
27	Besonderheiten des Aufsichtsrats in Kreditinstituten <i>Christoph Herbst</i>	911
28	Besonderheiten des Aufsichtsrats in Versicherungsunternehmen <i>Susanne Kalss</i>	943

29	Besonderheiten des Aufsichtsrats in der börsennotierten Gesellschaft	
	<i>Edith Hlawati/Claudia Schmidt</i>	953
30	Besonderheiten des Aufsichtsrats in der GmbH	
	<i>Markus Heidinger</i>	989
31	Besonderheiten des Aufsichtsrats in der Genossenschaft	
	<i>Markus Dellinger</i>	1009
32	Der Aufsichtsrat in der Privatstiftung	
	<i>Susanne Kalss</i>	1027
33	Der Aufsichtsrat in der SE	
	<i>Susanne Kalss</i>	1037
34	Zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats	
	<i>Martin Schauer</i>	1041
35	Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats	
	<i>Wolfgang Brandstetter</i>	1093
36	D&O-Versicherung	
	<i>Martin Ramharter</i>	1113
37	Aufsichtsratsvergütung in Österreich – die Sicht des Praktikers	
	<i>Manfred Reichl</i>	1155
38	Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern	
	<i>Susanne Kalss</i>	1171
39	Bilanzlesen und Bilanzanalyse für den Aufsichtsrat	
	<i>Klaus Hirschler</i>	1195
40	Veranlagungsentscheidungen am Finanzmarkt	
	<i>Waltraud Bauer</i>	1227
41	Investitionsentscheidung für den Aufsichtsrat	
	<i>Romuald Bertl</i>	1255
	Stichwortverzeichnis	1273

Der Aufsichtsrat in der Unternehmenskrise und in der Insolvenz

Susanne Kalss/Janine Oelkers

§§: 52–56, 75, 81–83, 88–90, 92, 95, 98–99, 209 AktG; 48d BörseG; 1, 25, 69, 99, 147, 167–171 IO; 153 StGB; 273 UGB; 22 URG; EKEG; ÖCGK.

Literatur

Ö: *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht IV⁴ (2006); *Dellinger*, Zur Kridahaftung der GmbH-Gesellschafter sowie zur Ersatzfähigkeit und Berechnung des Vertrauensschadens der Neugläubiger, WBI 1993, 201 (203); *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall, insbesondere gegenüber sogenannten Neugläubigern (1991); *P Doralt*, Erscheinungsformen des Aufsichtsrats in Österreich und ihr Zusammenhang mit den Ursachen seines Versagens – Ein erster Versuch, in FS Hopt (2010) 305; *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz (2003); *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement-Sanierung-Insolvenz² (2002); *Gassner*, Update zur Reform des Unternehmensinsolvenzrechts, GeS 2009, 378; *Geppert/Moritz*, Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte, Ein Handbuch für die Praxis (1979); *Heil*, Insolvenzrecht (1989); *Höbarth*, Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, infas 2010, 86; *Hoffmann*, zitiert in: Jüngere Aufsichtsräte wollen keine „Kaffeekränzchen“ mehr, Die Presse v 24.6.2010, 17; *Iro*, Banken und Wissenszurechnung, ÖBA 2001, 3 (Teil I), 112 (Teil II); *Iro*, Neue Rechtsprechung des BGH zur Geschäftsführerhaftung wegen Konkursverschleppung, RdW 1994, 270; *Kalss*, Das interne Kontrollsystem (IKS) als Angelpunkt der Corporate Governance in Kapitalgesellschaften, in FS Krejci (2002) 699; *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008); *Kalss/Oelkers*, Der Aufsichtsrat in der Insolvenz, Aufsichtsrat aktuell 1/2007, 11; *Kalss/Oelkers*, Der Aufsichtsrat in der Unternehmenskrise, Aufsichtsrat aktuell 6/2006, 6; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht (2005); *Karollus*, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in Leitner, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung (2010) 9; *Karollus*, Neues zur Konkursverschleppungshaftung und zur Geschäftsführerhaftung aus culpa in contrahendo, ÖBA 1995, 7; *Karollus/Huemer*, Die Fortbestehungsprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung² (2006); *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990); *Kittel*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder (2006); *Kodek*, Von der KO zur IO – das IRÄG 2010 im Überblick, ÖBA 2010, 498; *Konecny*, IRÄG 2010 (2010); *Kommedia*, Erfolg für neues Insolvenzrecht, Die Presse v 27.9.2010, 8; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz Kommentar³ (2007); *Koziol*, Pflichtenkollisionen im Wertpapiergeschäft bei Übernahme von Aufsichtsratsmandaten durch Mitarbeiter der Bank, in FS Frotz (1993) 351; *Krejci*, Zur Berichtspflicht des AG-Vorstandes gegenüber dem Aufsichtsrat, in FS Frotz (1993) 367; *Kuhn*, Bessprechung ÖJZ 2009, 81; *Lutter*, Interessenkonflikte durch Bankenvertreter im Aufsichtsrat, RdW 1987, 314; *Mohr*, Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, ecolex 2010, 563; *Mohr*, Der Sanierungsplan, in Konecny, IRÄG 2010 (2010) 117; *Nitsche*, Aufsichtsratsmandat und Interessenkollision, in FS Krejci (2001) 751; *Oberhofer*, Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats. Die Rolle des Aufsichtsrats in einer modernen Corporate Governance (2008); *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004); *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung, Band I² (1997); *Riel*, Die Eigenverwaltung gem §§ 169 ff IO, in Konecny, IRÄG 2010 (2010) 131; *Riss*, Doppelorganschaft und Treuepflichten. Haftungsfragen bei Kollision organchaftlicher Treuepflichten infolge mehrfacher Organstellung (2008); *Riss*, Doppelorganschaft, Kollision von Treuepflichten und Business Judgment Rule, ecolex 2010, 156; *Ristic*, Insolvenznovelle – IRÄG 2010, RdA 2010, 268; *G H Roth/Wörle*, Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats – Recht und Wirklichkeit, in *Bücheler/Mildner/Murschitz/G H Roth/Wörle*, Corporate Governance in Deutschland und Österreich (2006) 35; *Schärf*, Rieger Bank – OGH zu Fragen der Haftung der Aufsichtsräte – Ende der Fragen? GesRZ 2004, 39;

Schönbacher, Die Haftung des Aufsichtsrats bei Konkursverschleppung (2009); *Schopper*, Zurechnung des deliktischen Verhaltens eines Multiorganmitglieds, in FS Kalus (2010) 477; *Schummer*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen Konkursverschleppung – ebenfalls ein Irrweg? in FS Koppensteiner (2001) 211; *Viehböck/Linder*, Die Leitung eines Unternehmens in der Krise, SWK 2009, 1269; *Weissel*, Die Sorgfaltspflicht der Bank in der Rechtsprechung zu § 31 KO, ÖBA 1994, 955; *Wenger*, Zu Interessenkonflikten der Aufsichtsratsmitglieder und zur Inkompatibilität von Ämtern, RWZ 2002, 1.

Dtl: *Assmann*, Insiderrecht und Kreditwirtschaft, WM 1996, 1337; *Canaris*, Bankvertragsrecht³ (1988); *Clausen*, Abgestufte Überwachungspflicht des Aufsichtsrats? AG 1984, 20; *Faßbender*, Innerbetriebliches Wissen und bankrechtliche Aufklärungspflichten (1998); *Fischer*, Die Verantwortung des Aufsichtsrats bei Interessenkollisionen, in GS Duden (1982) 55; *Flöther/Smid/Wehdeking*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz (2005); *Foltis*, FrankfurtKommInsO⁵ (2009); *Gribbohm*, Untreue zum Nachteil der GmbH, ZGR 1990, 1; *Henze*, Leitungsverantwortung der Vorstandsüberwachungspflicht des Aufsichtsrats, BB 2000, 209; KölnKommAktG (1996); *Krebs*, Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmandaten in der Aktiengesellschaft (2002); *Lutter*, Zivilrechtlich korrekt und doch strafbar? Das kann nicht sein, NZG 2010, 601; *Lutter*, Bankenvertreter im Aufsichtsrat, ZHR 1981, 224; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats⁵ (2008); Münch-KommAktG (2004); *Noack*, Der Aufsichtsrat in der Insolvenz der Kapitalgesellschaft (2003); *Oechsler*, Der Aufsichtsrat in der Insolvenz, AG 2006, 606; *Römmer-Collmann*, Wissenszurechnung innerhalb juristischer Personen (1998); *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbH-Gesetz Kommentar⁴ (2002); *Schilling*, Rollenmodelle für Aufsichtsräte, FAZ v 25.9.2006; *D Schneider*, Der Aufsichtsrat im Konkurs der Aktiengesellschaft, in FS Oppenhoff (1985) 349; *J Schneider*, Erfolgsfaktoren der Unternehmensüberwachung (2000); *U H Schneider/Nowak*, Der Grundsatz der Weisungsfreiheit des Aufsichtsratsmitglieds, in FS Rosen (2008) 577; *Seibt/Schwarz*, Aktienrechtsuntreue – Analyse und aktienrechtsspezifische Konturierung der Untreuestrafbarkeit von Geschäftsleitern bei Pflichtverletzungen, AG 2010, 301; *Semler/von Schenk*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder³ (2009); *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft² (1996); *Semler*, Abgestufte Überwachungspflicht, AG 1984, 21; *Semler*, Aktienrechtlicher Aufsichtsrat in der Unternehmenskrise, AG 1983, 141; *Siegelmann*, Die Stellung des Vorstands, des Aufsichtsrats und der Hauptversammlung nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Aktiengesellschaft, DB 1967, 1029; *Theiselmann*, Pflichten des Managements in der Unternehmenskrise – Leitfaden für Manager am Kapitalmarkt, Corporate Finance law 2010, 197; *Tippach*, Das Insider-Handelsverbot und die besonderen Rechtspflichten der Banken (1995); *Wehdeking*, Masseverwaltung durch den insolventen Schuldner (2005); *Werner*, Aufsichtsratsstätigkeit von Bankenvertretern, ZHR 1981, 252.

Gliederung	Rz
I. Gesetzliche Anknüpfungspunkte	1–2
II. Risikomanagementsystem	3
III. Berichtspflichten des Vorstands	4–7
IV. Abgestufte Überwachungspflichten	8–21
A. Begleitende Überwachung → Unterstützende Überwachung	8–13
B. Konsequenzen für die Aufsichtsratsmitglieder	14–15
C. Weitere Intensivierung	16–21
V. Kriseninduzierte Interessenkonflikte einzelner Aufsichtsratsmitglieder	22–29
VI. Vorliegen der Insolvenzvoraussetzungen	30–32
VII. Das neue Insolvenzverfahren	33–38
VIII. Der Insolvenzantrag als Auflösungsgrund	39–40
IX. Die Rechtsstellung des Vorstands in der Insolvenz	41–44
A. Konkursverfahren	41
B. Sanierungsverfahren	42–44

X.	Die Rechtsstellung des Aufsichtsrats in der Insolvenz	45–50
A.	Konkursverfahren	45–47
1.	Überwachungskompetenz	45–46
2.	Personalkompetenz	47
B.	Sanierungsverfahren	48–50
1.	Überwachungskompetenz	48–49
2.	Personalkompetenz	50
XI.	Finanzielle Ansprüche des Aufsichtsrats	51–52
A.	Vergütung	51
B.	Aufwandersatz	52
XII.	Die Mandatsniederlegung im Aufsichtsrat	53
XIII.	Fazit	54

I. Gesetzliche Anknüpfungspunkte

Existenzbedrohende Unternehmenskrisen entwickeln sich regelmäßig über einen längeren Zeitraum, wobei mit fortschreitender Intensität allgemein drei Krisenstadien unterschieden werden: (1.) die **strategische Krise**, die sich durch ein Abweichen der Ist-Umsätze von den Plan-Umsätzen auszeichnet; (2.) die **operative Krise**, in welcher das Unternehmen bereits defizitär arbeitet und Eigenkapital verzehrt sowie schließlich (3.) die **Liquiditätskrise**, in welcher Zahlungsstockungen auftreten und Zahlungsunfähigkeit droht.¹ Wie erfolgreich eine Schiefelage des Unternehmens bewältigt wird, hängt auch maßgeblich davon ab, wie frühzeitig, dh in welcher Phase, sie vom Management erkannt wird. Eine wirksame Aufsicht ist ein großer Hebel zur Vermeidung von Unternehmenskrisen.²

Eine **einheitliche Definition** des Begriffs **der Unternehmenskrise besteht nicht**. Je nach normativem Zusammenhang und Krisenphase werden unterschiedliche synonyme Bezeichnungen verwendet, die je nach dem Stadium der negativen Unternehmensentwicklung auch verschiedene Rechtsfolgen auslösen.³ Das Eigenkapitalersatzgesetz EKEG etwa spricht explizit von der „Krise“, während das Unternehmensreorganisationsgesetz die Einleitung eines eben solchen Reorganisationsverfahrens gemäß § 22 URG bei „Reorganisationsbedarf“ verlangt. Noch später, bei Vorliegen der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit, greift sodann das Insolvenzrecht.

Welche Stellung der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft in den unterschiedlichen Phasen einer Unternehmenskrise sowie schließlich in der Insolvenz einnimmt und welchen Pflichten er sich jeweils gegenüber sieht, soll dieser Beitrag zeigen.

II. Risikomanagementsystem

Der Vorstand einer Aktiengesellschaft hat dafür Sorge zu tragen, dass bestandsgefährdende Entwicklungen frühzeitig, nicht erst bei Insolvenzureife, erkannt werden. Um eine sich abzeichnende Krise so rechtzeitig erkennen zu können, dass Gefahren für die Liquidität und Rentabilität des Unternehmens noch ab-

¹ Theiselmann, Corporate Finance law 2010, 197.

² Hoffmann, zitiert in: Die Presse v 24.6.2010, 17.

³ Viehböck/Linder, SWK 2009, 1269 (1269).

zuwenden sind, hat der Vorstand ein funktionierendes **Risikomanagement** einzurichten, das bereits erste Anzeichen einer strategischen Krise wahrnimmt. Hierzu zählt nach § 82 AktG ein angemessenes Rechnungswesen sowie ein **internes Kontrollsystem IKS**,⁴ das der Geschäftstätigkeit des Unternehmens und den mit ihr verbundenen Risiken entspricht. Eine idealtypische Unternehmensplanung sollte eine Gewinn- und Verlustrechnung (**GuV**), die **Bilanz** und eine nach Unternehmensbereichen gegliederte **Kapitalflussrechnung** zumindest für die drei bevorstehenden Jahre beinhalten.⁵ Ob das IKS bzw. genereller das Risikomanagementsystem die erforderliche Wirksamkeit erreicht, fällt gemäß § 92 Abs 4a Z 2 AktG in die Kontrollpflicht des Prüfungsausschusses des Aufsichtsrats (s *Frotz/Schörghofer* § 8 Rz 22; *Schimka* § 22 Rz 88).

III. Berichtspflichten des Vorstands

- 4 Notwendiger Bestandteil des Risikomanagements ist ein **Berichtswesen** an den Aufsichtsrat: Gemäß § 81 AktG hat der Vorstand dem Aufsichtsrat die Jahres- und Quartalsberichte zu übermitteln. Im Jahresbericht sind jene Planrechnungen zu erstellen, die die künftige Entwicklung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage prognostizieren, deren (Nicht-)Einhaltung mittels eines Plan-Ist-Abgleichs wiederum in den Quartalsberichten darzulegen ist (s näher *Zollner* § 15 Rz 17 ff; *Kalss* § 19 Rz 54).⁶
- 5 Nach § 81 Abs 1 Satz 3 zweiter Halbsatz AktG hat der Vorstand den Aufsichtsrat als **Kollegialorgan unverzüglich** über Umstände in Kenntnis zu setzen, die für die **Rentabilität** oder **Liquidität** der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind (s *Zollner* § 15 Rz 29 f).⁷ Allgemein greift die Berichtspflicht bei allen bestandsgefährdenden Entwicklungen, sofern diese ausreichend konkret eingetreten sind.⁸ Jedenfalls in diese Kategorie fallen Ereignisse, die in einer börsennotierten Gesellschaft eine **Ad-hoc-Publizitätspflicht** nach § 48d BörseG auslösen.⁹
- 6 Ein Sonderbericht an den **Aufsichtsratsvorsitzenden** wird ferner dann für notwendig gem § 81 Abs 1 Satz 3 erster Halbsatz AktG erachtet, wenn gegenüber dem Geschäftsplan eine **Abweichung von mehr als 10 %** im Bereich des Ergebnisses der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit (**EGT**) eintritt (vgl *Zollner* § 15 Rz 32).¹⁰

⁴ *Kalss* in FS Krejci 699 ff; *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 84 Rz 2.

⁵ *Theiselmann*, Corporate Finance law 2010, 197.

⁶ *Viehböck/Linder*, SWK 2009, 1269 (1271); *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 81 Rz 5; *Karollus/Huemer*, Fortbestehungsprognose 105.

⁷ *Kalss* in MünchKommAktG § 90 Rz 70; *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 81 Rz 7; *Spindler* in MünchKommAktG § 90 Rz 28 ff; *Kalss/Oelkers*, AR aktuell 6/2006, 6 (6). Anders als die deutsche Parallelregelung des § 90 Abs 1 Z 4 dAktG knüpft die Norm an Umstände an, die von erheblicher Bedeutung für Liquidität oder Rentabilität „sind“ und nicht bloß „sein können“.

⁸ *Viehböck/Linder*, SWK 2009, 1269 (1271).

⁹ *Viehböck/Linder*, SWK 2009, 1269 (1271); *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 14 Rz 2.

¹⁰ *Viehböck/Linder*, SWK 2009, 1269 (1271), *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 81 Rz 7.

Ein weiterer relevanter Krisenindikator ist das Vorliegen einer **Unterbilanz**,⁷ jedenfalls aber ein **Verlust in der Höhe des halben Grundkapitals** entsprechend § 83 AktG.¹¹ Auch ein Erfüllen der Kennzahlen des § 22 Abs 1 Z 1 URG, dh das **Vorliegen eines Reorganisationsbedarfs** iSd URG löst eine Sonderberichts-pflicht an den Aufsichtsrat aus. Im Falle des Verlusts in der Höhe des halben Grundkapitals hat der Aufsichtsrat dafür Sorge zu tragen, dass der Vorstand seiner Pflicht nachkommt, umgehend eine Hauptversammlung einzuberufen und diese über den erheblichen Verlust zu unterrichten, um den Aktionären die Möglichkeit zu geben, sich mit der Lage der Gesellschaft auseinanderzusetzen.¹² Handelt der Vorstand nicht, ist die Einberufung gem § 95 Abs 4 AktG Aufgabe des Aufsichtsrats. Diese Beispiele zeigen einige Facetten des Pflichtenkatalogs des Aufsichtsrats in der Unternehmenskrise, eine abschließende Auflistung sind sie naturgemäß nicht.

IV. Abgestufte Überwachungspflichten

A. Begleitende Überwachung → Unterstützende Überwachung

Der Aufsichtsrat wird nicht geschäftsführend, sondern begleitend beratend⁸ und kontrollierend tätig. Er ist nicht „Neben- oder Supergeschäftsführer“,¹³ der „operativ in den Vorstand hineinregiert“¹⁴, er soll sich aber durchaus intensiv um die strategische Ausrichtung des Unternehmens kümmern (vgl *Hoffmann* § 11 Rz 42 ff.¹⁵ Die konkret vom Aufsichtsrat zu leistende Kontrolldichte und die Intensität der von ihm wahrzunehmenden Aufgaben richten sich abgestuft nach der aktuellen wirtschaftlichen Situation des Unternehmens.¹⁶ Da erhöhte Gefahr erhöhte Aufmerksamkeit erfordert, muss sich die im gewöhnlichen Geschäftsverlauf ausreichende beratende und **begleitende Überwachung** der Geschäftsleitung zu einer **unterstützenden Überwachung** intensivieren, sobald sich die Lage des Unternehmens zu verschlechtern droht.¹⁷ Zur Veranschaulichung der Pflichten des Aufsichtsrats sind modellhaft drei Krisenstadien des Unternehmens zu unterscheiden, nämlich die strategische Krise, die operative Krise sowie schließlich die Liquiditätskrise.¹⁸

¹¹ *Noack*, Der Aufsichtsrat 44; *Kalss/Oelkers*, AR aktuell 6/2006, 6 (6).

¹² *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/367.

¹³ OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k, GesRZ 2002, 86.

¹⁴ *Hoffmann*, zitiert in: *Die Presse* v 24.6.2010, 17.

¹⁵ *Hoffmann*, zitiert in: *Die Presse* v 24.6.2010, 17.

¹⁶ *Semler*, Leitung und Überwachung Rz 231; *Semler*, AG 1983, 141; *Semler*, AG 1984, 21 (21); im Anschluss hieran *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß⁵ 258, FN 111; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 95 Rz 17; *Hüffer*, AktG § 111 Rz 7; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten⁵ § 2 Rz 27; *Schärf*, GesRZ 2004, 41; *Schönbacher*, Haftung 71 ff; *Schneider*, Erfolgsfaktoren 78. Kritisch, allerdings im Ergebnis ähnlich *Krejci* in *FS Frotz* 367, 378 f. AA schließlich *Clausen*, AG 1984, 20 f; *Mertens* in *KölnKommAktG* § 111 Rz 20.

¹⁷ *Semler*, Leitung und Überwachung² Rz 233; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß⁵ 258; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten⁵ Rz 87; *Schneider*, Erfolgsfaktoren 78.

¹⁸ *Theiselmann*, Corporate Finance law 2010, 197.

9 Erforderlich für die Einschätzung der konkret zu leistenden Kontrollintensität ist demnach, dass der Aufsichtsrat die **strategischen Unternehmensziele** kennt und sie versteht. Deren Definition setzt den Bezugspunkt, um Informationen überhaupt einen krisenhaften Sinn zuschreiben zu können. Daher hat der Aufsichtsrat in einen permanenten Strategie-Dialog mit dem Vorstand zu treten. Hier ist der Aufsichtsrat gefordert, Methodenkompetenz für die Überwachungshilfsmittel, Eigeninitiative und Durchsetzungsfähigkeit gegenüber dem Vorstand zu entwickeln.¹⁹ Findet der Kontakt zwischen Vorstand und Aufsichtsrat ausschließlich in einem starren Reportwesen aus Bilanz, GuV und Anhang statt, kann der Aufsichtsrat die Anzeichen einer frühen Krise – wie etwa eine Verschlechterung der Wettbewerbsposition oder des Markenimages – nicht erkennen. Schließlich werden die Ertragsziele wie Gewinn und Umsatz im allerersten Krisenstadium oft noch erreicht, die Liquidität ist erst recht nicht beeinträchtigt. Vielmehr müssen andere **Krisenindikatoren** wie etwa eine stockende Produktentwicklung oder eine sinkende Auftragslage beobachtet werden. Steht der Aufsichtsrat daher nicht in enger, auch strategischer Absprache mit dem Vorstand und zieht er nicht zusätzliche Informationsquellen heran, kann dies zur Folge haben, dass er seine Überwachungshandlungen nur unzureichend der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens anpasst.

10 Zeigt sich also beispielsweise, dass die Produktentwicklung stockt, die Anzahl an Reklamationen steigt, sich die Lagerbestände erhöhen, Liefertermine nicht eingehalten werden können oder die Fluktuation in der Belegschaft zunimmt, so können dies erste Anzeichen einer Krise sein, auf die der Aufsichtsrat zu reagieren hat. Sobald die Erfolgspotentiale eines Unternehmens – wie etwa die Qualität der Produkte, eine spezielle Marktstellung oder ein besonderes Markenimage – beeinträchtigt erscheinen, erhöht sich der Sorgfaltsmaßstab des Aufsichtsrats.²⁰ In der praktischen Umsetzung bedeutet dies, dass die Dauer und auch die Frequenz der Aufsichtsratssitzungen ansteigen und dass über § 81 AktG hinausgehende, detaillierte Vorstandsberichte anzufordern und zu beraten sind. Da sich der Aufsichtsrat mit Hilfe vermehrter **Zustimmungsvorbehalte** in heiklen unternehmenspolitischen Entscheidungen zudem ein maßgebliches Mitwirkungsrecht einräumen lassen kann, wird auch die Zahl der Umlaufbeschlüsse zunehmen. Zu einer Hemmung der Vorstandstätigkeit dürfen diese naturgemäß nicht führen.²¹

11 Der Aufsichtsrat als Organ kann **folgende Maßnahmen** beschließen:²²

- a) Stellungnahmen und Beanstandungen;
- b) den Erlass einer neuen Geschäftsordnung für den Vorstand;
- c) Zustimmungsvorbehalte gem § 95 Abs 5 AktG sowie
- d) die vorzeitige Abberufung aus wichtigem Grund.²³

12 Ein Beispiel soll die konkret zu leistende Überwachungspflicht illustrieren: Kreditgeschäfte sowie Veranlagungsgeschäfte sind Risikogeschäfte, naturgemäß

¹⁹ Rückle in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement 287 (302).

²⁰ Semler, AG 1983, 141 (142); Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten⁵ Rz 87 ff.

²¹ Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten⁵ Rz 88.

²² Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten⁵ Rz 100 ff; Lutter, NZG 2010, 603.

²³ Henze, BB 2000, 214.

kalkulierte Risikogeschäfte. Eine Kreditvergabe ist ebenso wie eine Veranlagung eine typische unternehmerische Entscheidung.²⁴ Der Vorstand agiert nicht pflichtwidrig, sondern umgekehrt pflichtgemäß, wenn er bei einer unternehmerischen Entscheidung voll informiert, ohne eigene Interessen im Interesse der Gesellschaft und ohne existenzgefährdende Risiken einzugehen, handelt, unabhängig davon, ob das Geschäft gelingt oder scheitert.²⁵ Bei angemessener Information über das Risiko und bei Ausschluss persönlicher Interessen des Vorstands sowie bei mangelnder überzogener Risikoneigung liegt ein ordnungsgemäßes Ausüben unternehmerischen Ermessens vor; die Organe der Gesellschaft handeln rechtmäßig.²⁶ Die Vor- und Nachteile eines solchen Geschäfts abzuschätzen, steht im Ermessen von Vorstand und Aufsichtsrat, wenn dieser das Geschäft gem § 95 Abs 5 AktG zu genehmigen hat. Der Aufsichtsrat hat hierfür eine **Plausibilitätskontrolle** der Abwägungen des Vorstands vorzunehmen (s *Jordis* § 9 Rz 12); eine volle eigenständige Analyse und Bewertung des genehmigungspflichtigen Geschäfts werden von ihm nicht verlangt.²⁷ Besondere Aufmerksamkeit hat der Aufsichtsrat in der Unternehmenskrise auf die Frage zu richten, ob das beabsichtigte Geschäft drittvergleichsfähig ist und ob bei fehlender Drittvergleichsfähigkeit eine betriebliche Rechtfertigung hierfür besteht.²⁸ Andernfalls stellt das inäquivalente Geschäft – etwa als Umsatzgeschäft zu unangemessenen Konditionen oder als für die Gesellschaft in der Krisenphase nutzlose Leistung – eine nach § 52 AktG verbotene Einlagenrückgewähr dar.²⁹ Auch Aufsichtsratsmitglieder kann eine Schadenersatzhaftung treffen, wenn sie bezüglich des verbotenen Vorgangs der Einlagenrückgewähr ihre Überwachungspflichten verletzen.³⁰ Sollte der Aufsichtsrat nicht in der Lage sein, allein eine Einschätzung über die Zulässigkeit zu treffen, hat er einen Sachverständigen – zB für Bewertungsfragen und die Beurteilung der (In-)Äquivalenz des Geschäfts – beizuziehen.

Kommt der Aufsichtsrat zum Ergebnis der Ordnungsgemäßheit, so trifft er eine rechtmäßige Entscheidung, wenn er zustimmt. Wenn aber eine derartige unternehmerische Entscheidung zivilrechtlich erlaubt ist, kann sie strafrechtlich nicht verboten sein (zur strafrechtl Beurteilung *Brandstetter* § 35 Rz 23 ff).³¹ Ein nach aktienrechtlichen Vorschriften rechtmäßiges Handeln kann strafrechtlich nicht als Verletzung des Untreuetatbestands gem § 153 StGB qualifiziert werden. Es besteht somit eine negative Akzessorietät zwischen Straf- und Zivilrecht (vgl *Schauer* § 34 Rz 31, 87).³²

²⁴ *Lutter*, GesRZ 2007, 81 (84); *Krieger* in *Krieger/Schneider*, Handbuch Managerhaftung² § 3 Rz 7; *Spindler* in *MünchKommAktG*³ § 93 Rz 65.

²⁵ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/402, 3/571; *Lutter*, GesRZ 2007, 81 ff.

²⁶ KG 22.3.2005, ZIP 2005, 1866; ferner OLG Celle, NZG 2008, 669.

²⁷ *Geppert/Moritz*, Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte, 260.

²⁸ *Karollus* in *Leitner*, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung 40.

²⁹ *Karollus* in *Leitner*, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung 54 f.

³⁰ *Karollus* in *Leitner*, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung 39.

³¹ Ausdrücklich *Lutter*, NZG 2010, 602; *Seibt/Schwarz*, AG 2010, 301, 304.

³² *Lutter*, NZG 2010, 603; *Seibt/Schwarz*, AG 2010, 301, 304 ff.

B. Konsequenzen für die Aufsichtsratsmitglieder

- 14 Für das **einzelne Aufsichtsratsmitglied** wird die Intensivierung der Kontroll-dichte primär als gesteigerte zeitliche Inanspruchnahme spürbar: Zur Bündelung der beschriebenen Aufgaben ist es erforderlich, dass der Vorstand zu den Aufsichtsratsmitgliedern auch **informellen Kontakt** hält; von ihnen wird eine hohe Verfügbarkeit etwa in Gestalt **telefonischer Erreichbarkeit** verlangt (s *Kalss/Schimka* § 2 Rz 53 ff). Nur eine laufende Beschäftigung mit dem krisenverfange-nen Unternehmen kann sicherstellen, dass die Beratung und Kontrolle des Auf-sichtsrats der jeweiligen Lage und den Erfordernissen der Gesellschaft entspre-chen. Dabei erschöpft sich der aktuell notwendige Kenntnisstand nicht automatisch mit den vom Vorstand bereit gestellten Berichten; oftmals setzen erst **zusätzliche Informationsquellen** wie Kosten- und Leistungsrechnungen, Um-satz- und Ergebnisanalysen oder Marktforschungsstudien den notwendigen Be-zugspunkt, um zu einer **eigenen realistischen Einschätzung** der Unternehmens-situation gelangen zu können (s *Kalss* § 19 Rz 55 ff).³³
- 15 Stärker noch als das einfache Aufsichtsratsmitglied ist der **Vorsitzende** des Gremiums gefordert: Er steht in engem Kontakt zum Vorstandsvorsitzenden, dis-kutiert mit ihm die strategischen Unternehmensziele und bewertet anhand dieser die Geschäftsentwicklung und das Risikomanagement der Gesellschaft.³⁴ Bei wichtigem Anlass ist der Aufsichtsratsvorsitzende vom Vorstand unverzüglich – gegebenenfalls mündlich – zu unterrichten; dies entspricht den Anforderungen der Dringlichkeit und der Vertraulichkeit. Die hohe persönliche Präsenz, die der Aufsichtsratsvorsitzende in der Krise leistet, ist dabei nicht nur dem Erfordernis geschuldet, bei wichtigen Entscheidungen prompt zur Stelle zu sein, sie ist auch symbolischen Charakters und dient der **Unterstützung** des Vorstands wie auch der **Teambildung** von Vorstand und Aufsichtsrat (vgl *Kalss/Schimka* § 2 Rz 55).³⁵

C. Weitere Intensivierung

- 16 Verschärft sich die Krise derart, dass sie auch die Ertragslage des Unterneh-mens berührt und dieses beginnt, defizitär zu arbeiten und Eigenkapital zu ver-zehren (operative Krise),³⁶ **intensivieren sich** die Kontrollpflichten des Auf-sichtsrats **nochmals**: Er ist nun zu einer so genannten **gestaltenden** Überwachung verpflichtet,³⁷ dh er hat alle zur Verfügung stehenden Möglichkeiten auszuschöp-fen, damit die Gesellschaft so rasch wie möglich zum Normalzustand zurück-kehrt. An vorderster Stelle hat der Aufsichtsrat darauf hinzuwirken, dass der Vor-stand die Ursachen der Ertragskrise erschöpfend analysiert und aufbauend auf

³³ *Rückle* in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement 287 (293).

³⁴ Für börsennotierte Gesellschaften gibt dies Regel 37 ÖCGK als Comply or Explain-Rege-lung vor. Als Teil des gesetzlich verankerten Pflichtengefüges zwischen Vorstand und Auf-sichtsrat gilt dieser Grundsatz jedoch auch für kapitalmarktferne Gesellschaften.

³⁵ *Roth/Wörle* in Büchele/Mildner/Murschitz/Roth/Wörle, Corporate Governance 82 ff; *Schil-ling*, FAZ v 25.9.2006, 20.

³⁶ *Theiselmann*, Corporate Finance law 2010, 197 (199 f).

³⁷ *Semler*, Leitung und Überwachung² Rz 234; *Kittel*, Handbuch 278.

grundlegenden strategischen Überlegungen ein taugliches Konzept zur Bewältigung der Krise samt Zeitplan entwickelt.³⁸ Um sicher zu stellen, dass der Vorstand seiner Führungsaufgabe in der konkreten Situation gewachsen ist, kann der Aufsichtsrat zudem zusätzliche Zustimmungsvorbehalte festlegen oder Sachverständige zur Prüfung einzelner unternehmerischer Entscheidungen beiziehen (s näher zur Beiziehung von Sachverständigen *Kalss* § 16).³⁹ Ebenso hat der Aufsichtsrat in einer derartigen Situation seine **Personalkompetenz** wahrzunehmen, indem er etwa die Geschäftsverteilung ändert, das Aufsichtsgremium durch neue Mitglieder verstärkt oder als äußerstes Mittel den Vorstand oder einzelne seiner **Mitglieder vorzeitig abberuft**: Fehlt einem Vorstandsmitglied die unternehmerische Befähigung zur Bewältigung der Krise, liegt ein die Abberufung rechtfertigender Grund im Sinne des § 75 Abs 4 AktG (Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung) vor, zu denken ist auch an einen massiven Vertrauensverlust. Sind maßgebliche Mitglieder des Vorstands „angezählt“ und steht die Ablöse unmittelbar bevor, hat der Aufsichtsratsvorsitzende gerade in dieser Phase die **Repräsentations- und Kommunikationsaufgaben** nach außen wahrzunehmen (s näher *Berger* § 23 Rz 23 ff).

Gelingt es dem Vorstand nicht, gemeinsam mit dem Aufsichtsrat ein zur Überwindung der Krise geeignetes Konzept zu entwickeln, hat der Aufsichtsrat – unter Umständen unter **Zuhilfenahme Sachverständiger** – eine eigene Analyse zu erstellen.⁴⁰ In der Sanierungsphase selbst hat der Aufsichtsrat zu prüfen, ob die erforderlichen Maßnahmen zeitgerecht und mit der erforderlichen Sorgfalt gesetzt werden und auf ihre Durchführung zu drängen. Speziell in dieser Phase ist die ständige Präsenz des Aufsichtsratsvorsitzenden bzw eines ausgewählten Mitglieds erforderlich, um die stringente Vornahme der Sanierungsmaßnahmen zu gewährleisten. **17**

Gerät die Gesellschaft trotz der Sanierungsbemühungen von der operativen Krise in eine **akute Liquiditätskrise** (negativer Cash Flow, Knappheit der liquiden Mittel, Aufstockung der Kredite, Lieferungen ausschließlich gegen Barzahlung, verspätete Auszahlung der Gehälter, Kundenverlust, schließlich Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit),⁴¹ hat der Aufsichtsrat die größte Kontrolldichte aufzuwenden: Neben der Aufforderung an den Vorstand, einen Finanzplan für die nächsten Monate bzw Wochen zu erstellen und dessen Einhaltung zu gewährleisten, hat der Aufsichtsrat insbesondere darüber zu wachen, dass der Vorstand die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bei Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung rechtzeitig, dh binnen sechzig Tagen, beantragt.⁴² Zu diesem Zweck hat der Aufsichtsrat seinerseits eine Überschuldungsprüfung durchzuführen sowie in regelmäßigen Abständen zu kontrollieren, ob noch Zahlungsfähigkeit gegeben ist. Die Einbindung eines Wirtschaftsprüfers, insbesondere im Rah- **18**

³⁸ *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten⁵ Rz 91.

³⁹ *Semler*, AG 1983, 141 (142).

⁴⁰ *Semler*, AG 1983, 141 (146).

⁴¹ Vgl *Theiselmann*, Corporate Finance law 2010, 197 (200 f).

⁴² Der Aufsichtsrat selbst ist zur Antragstellung nicht berechtigt. In Deutschland abweichend, s *Theiselmann*, Corporate Finance law 2010, 197 (202).

men von dessen Redepflicht nach § 273 UGB ist in dieser akuten Krise jedenfalls sinnvoll.

- 19 Dem Aufsichtsrat stehen beträchtliche Möglichkeiten zur Verfügung, Unternehmenskrisen frühzeitig zu erkennen und ihnen gegenzusteuern. Mit fortschreitender Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens ist er zu einer stufenweisen Intensivierung seiner Überwachungstätigkeit verpflichtet. Dies setzt ein zunehmend wachsendes Zeitbudget voraus, welches das einzelne Aufsichtsratsmitglied aufzubringen hat. Die konkret zu leistende Kontrollintensität hängt von der Tiefe und dem gegenwärtigen Stand der Unternehmenskrise ab. Das Ausmaß der Kontrolle ist stets sorgsam abzuwägen, da eine **unterstützende Überwachung** in eine **belastende Überwachung** abgleiten kann, die die Arbeit eines Vorstands, der durch die Krise ohnehin bereits unter Druck geraten ist, zusätzlich erschwert.
- 20 Durch die Steigerung der Überwachung erfüllen die Aufsichtsratsmitglieder lediglich die von § 99 AktG vorgegebenen Handels- und Sorgfaltspflichten; eine **unzulässige Einflussnahme auf die Geschäftsleitung** etabliert das beschriebene Stufenmodell dabei – trotz der ausgeprägten Einbindung des Aufsichtsrats in die Entscheidungsfindung der Gesellschaft – nicht, diese wäre mit § 99 AktG auch unvereinbar.
- 21 Für das einzelne Aufsichtsratsmitglied wird die Intensivierung der Kontrollen primär als **gesteigerte zeitliche Inanspruchnahme** spürbar. Nur ein enger Kontakt zum Vorstand und eine laufende Beschäftigung mit dem krisenverfangenen Unternehmen können sicherstellen, dass Beratung und Kontrolle den aktuellen Erfordernissen der Gesellschaft entsprechen.

V. Kriseninduzierte Interessenkonflikte einzelner Aufsichtsratsmitglieder

- 22 Jedes Aufsichtsratsmitglied unterliegt der organschaftlichen Treuepflicht (*Schauer* § 34 Rz 13, 41).⁴³ Diese verpflichtet – konkretisiert durch eine in § 99 AktG enthaltene Verweisung auf § 84 AktG – zur Verschwiegenheit.⁴⁴ Da das Aufsichtsratsamt klassischerweise als Nebenamt ausgeübt wird⁴⁵ und das Aufsichtsratsmitglied folglich hauptberuflich einem anderen Unternehmen angehört, treten **konzeptionsimmanente Interessenkonflikte** auf (*s Frotz/Schörghofer* § 18 Rz 1).⁴⁶ Besonders die folgenden Konstellationen sind konfliktbeladen: (1.) Verträge mit der Gesellschaft, (2.) Rechtsstreitigkeiten mit der Gesellschaft,

⁴³ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/570; eine entsprechende Verpflichtung findet sich auch im ÖGCK (C-Regel 44).

⁴⁴ *Krebs*, Interessenkonflikte 73; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/402, 3/571.

⁴⁵ Vgl *Fischer* in *GS Duden* 55 (56); *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 86 Rz 56; *Kittel*, Handbuch 122 f; *Nitsche* in *FS Krejci* 751 (768); *Oberhofer*, Unabhängigkeit 206; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten⁵ § 12 Rz 894; *Krebs*, Interessenkonflikte 11 f; *Wenger*, RWZ 2002, 1 (1).

⁴⁶ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/392.

(3.) Konflikte der Arbeitnehmervertreter, (4.) Konflikte von Vertretern öffentlicher Einrichtungen, (5.) Übernahmen, (6.) Konflikte im Konzern sowie (7.) **Bankenvertreter** im Aufsichtsrat.⁴⁷ Gerade für die letztgenannte Fallgruppe kann die Unternehmenskrise Brisanz bergen:⁴⁸ Zunächst ist ein Bankenvertreter im Aufsichtsrat angehalten, mit besonderer Sorgfalt die Liquidität der Gesellschaft und ihre Ertragslage zu prüfen und das Gesamtgremium vor dem Hintergrund seiner beruflichen Erfahrung frühzeitig auf drohende Gefahren hinzuweisen.⁴⁹

Zugleich aber ist der Vorstand eines Bankinstituts, der einem Aufsichtsrat in einer anderen Gesellschaft angehört, angesichts der **gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht**⁵⁰ nicht berechtigt, der Bank vertrauliche Informationen zB über eine sich abzeichnende Krise zu übermitteln, die er im Rahmen der Aufsichtsratsmitgliedschaft erworben hat. Der Bankvorstand erlangt seine Kenntnis nicht als Organ des Kreditinstituts, sondern in einer externen Rolle,⁵¹ in seiner Aufsichtsratsfunktion bei der anderen Gesellschaft.⁵² Aus Sicht der Bank liegt kein betriebszugehöriges, sondern **privates Wissen** des Vorstands vor.⁵³ Dass die Beschäftigung bei der Bank für die Bestellung zum Aufsichtsrat in der anderen Gesellschaft ursächlich war, ist hierfür irrelevant.⁵⁴ 23

Aufsichtsratsämter sind **weisungsfrei** auszuüben (s *Kalss/Schimka* § 2 Rz 56). Aufsichtsräte sind daher weder an die Weisung der Hauptversammlung noch eines Entsendungsberechtigten gem § 88 AktG oder eines Interessenträgers, in dessen Angelegenheit sie im Aufsichtsrat sitzen, gebunden.⁵⁵ Der Grundsatz der höchstpersönlichen Amtswahrnehmung schließt das Gebot ein, das Aufsichtsratsamt **unabhängig** auszuüben.⁵⁶ Jedes Aufsichtsratsmitglied ist ad personam gewählt und hat als oberste Leitschnur seiner Aufsichtstätigkeit das Wohl des Unternehmens zu verfolgen, für dessen Schicksal der Aufsichtsrat eine Mitverantwortung trägt.⁵⁷ Dieser in § 70 AktG explizit für den Vorstand normierte Grundsatz gilt gem § 99 AktG abgeleitet und modifiziert für die Tätigkeit des Aufsichtsrats und daher auch für jedes einzelne Mitglied. 24

Aus der Zugehörigkeit zum Aufsichtsrat als unabhängige Person, nicht als Organ des Kreditinstituts, ergibt sich auch, dass der Bankvorstand keiner besonderen Pflicht unterliegt, das in Finanznöte geratene Unternehmen, in dessen Auf- 25

⁴⁷ *Schönbacher*, Haftung 123.

⁴⁸ S *Koziol* in FS Frotz 351 (351 ff); *Kittel*, Handbuch 125; *Lutter*, RdW 1987, 314 (314 ff); *Lutter*, ZHR 1981, 224; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten⁵ § 12 Rz 915 ff; *Werner*, ZHR 1981, 252 (252 ff).

⁴⁹ *Lutter*, RdW 1987, 315.

⁵⁰ §§ 84, 99 AktG.

⁵¹ *Lutter*, ZHR 1981, 226.

⁵² *Iro*, ÖBA 2001, 113.

⁵³ *Assmann*, WM 1996, 1349.

⁵⁴ Vgl *Iro*, ÖBA 2001, 113; *Riss*, Doppelorganschaft und Treuepflichten 15 ff.

⁵⁵ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 99 Rz 10; OGH 29.8.1995, 5 Ob 554/94, ecolex 1996, 25.

⁵⁶ BGH II ZR 137/05, ZIP 2006, 2077; *Hopt/Roth* in GroßkommAktG⁴ § 111 Rz 745; *Habersack* in MünchKommAktG³ § 111 Rz 136.

⁵⁷ OGH I Ob 144/01k, GesRZ 2002, 86; *Lutter*, ZHR 1981, 228.

sichtsrat er sitzt, mit Kredithilfen zu versorgen.⁵⁸ Schließlich ist die Person Aufsichtsratsmitglied, nicht das Kreditinstitut.

26 Das Wissen, das ein Bankenvertreter im Aufsichtsrat erwirbt, wird dem Kreditinstitut nicht zugerechnet.⁵⁹ **Wissenszurechnung** schließt nämlich auch eine Redepflicht ein: Käme es zu einer Zurechnung seines Wissens zum Kreditinstitut, müsste der Bankvorstand dafür Sorge tragen, dass seine Vorstandskollegen und das sonstige Personal die Interna auch tatsächlich und nicht nur fiktiv kennen.⁶⁰ Hierfür müsste der Aufsichtsrat seine Verschwiegenheitspflicht verletzen: Er ist weder berechtigt noch gar verpflichtet, in seinem Institut auf die Schwierigkeiten des Unternehmens hinzuweisen und hat die Vertraulichkeit – wenn erforderlich – auch durch organisatorische Maßnahmen zu gewährleisten (chinese walls).⁶¹ Eine Wissenszurechnung findet daher nur in jenen Ausnahmefällen statt, in denen die vertrauliche Information (über die wirtschaftliche Situation des Unternehmens) auch anderen Bankmitarbeitern anvertraut wurde, die ihrerseits keiner Geheimhaltung unterliegen.⁶² Die Preisgabe der im Aufsichtsrat erworbenen Information soll im Sinne einer Nothilfe ferner dann ausnahmsweise zulässig sein, wenn sie die Bank vor einem Schaden bewahrt⁶³ – dies wird in Krisensituationen, in welchen die Bank als Kreditgeberin auftritt, freilich regelmäßig der Fall sein. Daher ist vielmehr davon auszugehen, dass die Entsendung eines Bankvorstands in den Aufsichtsrat eines anderen Unternehmens so zu verstehen ist, dass die Bank von ihrem Organträger gerade **keine Preisgabe geheimer Informationen** erwartet.⁶⁴ Selbst wenn die Bank (oder einer ihrer Kunden) ein schutzwürdiges Interesse an der Information der Krise in der anderen Gesellschaft hat, darf es nicht die Aufgabe des Aufsichtsratsmitglieds sein, hier „auf kurzem Weg“ für die Informationsbeschaffung zu sorgen.⁶⁵ Maximal kann der Bankvorstand darauf hinwirken, dass die krisenverfangene Gesellschaft, in deren Aufsichtsrat er sitzt, selbst entsprechende Veröffentlichungen vornimmt.⁶⁶

27 Trotz der grundsätzlichen Weisungsfreiheit jedes einzelnen Mitglieds ist nämlich anerkannt, dass einzelne Mitglieder die **Interessen** etwa eines Anteilseigners mit einer Beteiligung iSv § 228 Abs 3 AktG oder eines sonstigen Interessenträgers **im Gremium einbringen** dürfen (vgl insbesondere zum entsandten Aufsichtsratsmitglied *M Doralt* § 6 Rz 142 ff).⁶⁷ Auch ist es zulässig, das Aufsichtsratsmitglied intern zu einer derartigen Einbringung zu verpflichten (s *Kalss/Schimka* § 2 Rz 58). Der Vertretung der Interessen eines Anteilseigners

⁵⁸ *Lutter*, ZHR 1981, 229.

⁵⁹ *Iro*, ÖBA 2001, 112; *Faßbender*, Innerbetriebliches Wissen 275; *Koziol* in FS Frotz 361; *Lutter*, RdW 1987, 319; *Römmer-Collmann*, Wissenszurechnung 193; *Weissel*, ÖBA 1994, 955.

⁶⁰ *Lutter*, RdW 1987, 320.

⁶¹ *Lutter*, ZHR 1981, 243.

⁶² *Iro*, ÖBA 2001, 112 f; *Faßbender*, Innerbetriebliches Wissen 277; *Koziol* in FS Frotz 360.

⁶³ *Koziol* in FS Frotz 362; *Canaris*, Bankvertragsrecht Rz 1894; aA *Tippach*, Insider-Handelsverbot 276.

⁶⁴ *Iro*, ÖBA 2001, 113; *Koziol* in FS Frotz 354, 363.

⁶⁵ So *Iro*, ÖBA 2001, 113.

⁶⁶ *Tippach*, Insider-Handelsverbot 193.

⁶⁷ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 86 Rz 66; *Kalss*, GesRZ 2010, 143.

oder sonstigen Interessenträgers setzt aber jedenfalls das Wohl des Unternehmens Grenzen.⁶⁸

Aus der mangelnden Wissenszurechnung folgt, dass sich die Bank nicht so behandeln lassen muss, als hätte sie Kenntnis von der Krise in der anderen Gesellschaft gehabt.⁶⁹ Damit erhöht sich das **Anfechtungsrisiko** für die Bank nicht. Der Insolvenzverwalter darf die vom Aufsichtsrat erworbenen Informationen über den Eintritt der Insolvenzvoraussetzungen in einem Anfechtungsprozess gegen die Bank nicht verwerten. **28**

Generell hat das Aufsichtsratsmitglied im Fall auftretender **Interessenkonflikte** fallangepasst zu reagieren (s *Frotz/Schörghofer* § 18 Rz 8 ff). Dies kann die Offenlegung des Konflikts, eine Stimmenthaltung, die Nichtteilnahme an einzelnen Sitzungen sowie als ultima ratio die Zurücklegung des Mandats bedeuten. Jedenfalls ist unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit ein Ausweg aus dem Konflikt zu suchen. Ein Geschäftsverbot des entsendenden bzw nominierenden Kreditinstituts mit dem durch den Aufsichtsrat kontrollierten Unternehmen resultiert aus dem Interessenkonflikt regelmäßig nicht. Nur in Ausnahmefällen ist in der Geschäftsbeziehung beider Unternehmen auf den Umstand Rücksicht zu nehmen, dass ein organschaftlicher Vertreter des einen Unternehmens im Aufsichtsrat des anderen Unternehmens übertreten ist – dann etwa, wenn ein Kredit zur Finanzierung einer feindlichen Übernahme des Unternehmens gewährt werden soll, in dessen Aufsichtsrat der Vorstand der Bank sitzt. **29**

VI. Vorliegen der Insolvenzvoraussetzungen

Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit führen nach § 1 IO zur Insolvenz der Kapitalgesellschaft. § 69 Abs 2 IO verpflichtet den Schuldner, mit Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber binnen 60 Tagen, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei Gericht zu beantragen.⁷⁰ Damit erfasst § 69 IO natürliche Personen, persönlich haftende Gesellschafter und Liquidatoren einer eingetragenen Personengesellschaft und die organschaftlichen Vertreter juristischer Personen, dh die Geschäftsführer einer GmbH und den Vorstand der Aktiengesellschaft. Eine **Ausweitung der Verpflichtung** auf den Aufsichtsrat ist vom Wortlaut der Bestimmung des § 69 Abs 3 IO weder gedeckt, noch kann sie aus anderen Vorschriften – namentlich der Einberufungspflicht bei erheblichen Verlusten des Nennkapitals gemäß 83 AktG⁷¹ – abgeleitet werden.⁷² **30**

Selbst wenn die Aufsichtsratsmitglieder die Antragspflicht selbst nicht trifft, können sie wegen **Verschleppung des Insolvenzantrags** haftbar gemacht werden – wenn sie die Antragstellung etwa durch entsprechende Beschlussfassung **31**

⁶⁸ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 86 Rz 66; *Nowotny*, RdW 1999, 284 FN 9.

⁶⁹ *Iro*, ÖBA 2001, 114.

⁷⁰ Vgl *Schumacher* in Bartsch/Pollak/Buchegger, InsR § 69 Rz 36 ff; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I Rz 2/446.

⁷¹ *Dellinger*, WBI 1993, 201 (203); *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß⁵ 427.

⁷² *Dellinger*, WBI 1993, 201 (203 f); s auch *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung 46; so auch OGH 13.9.1995, eolex 1996, 94; anders noch OGH 10.12.1992, 6 Ob 656/90, SZ 65/155. Anders in Deutschland *Theiselmann*, Corporate Finance law 2010, 197 (202).

verzögert oder verhindert haben oder sie zu der Verschleppung durch zu nachlässige Überwachung beitragen.⁷³ Der Aufsichtsrat ist verpflichtet, die Prüfung des Vorliegens eines Insolvenzgrundes durch den Vorstand zu veranlassen. Zu diesem Zweck können Sonderberichte angefordert werden.⁷⁴

- 32 Die wichtigste materielle Änderung des neuen Insolvenzrechts besteht darin, dass nach § 1 IO ein Insolvenzverfahren zwar wie bisher (aktuelle) Zahlungsunfähigkeit bzw Überschuldung voraussetzt, ein „Sanierungsverfahren“ – wie zuvor der Ausgleich – nach § 167 Abs 2 IO nunmehr aber auch bereits bei erst **drohender Zahlungsunfähigkeit** beantragt werden kann.

VII. Das neue Insolvenzverfahren

- 33 Bis zum 1.7.2010 unterschied das österreichische Insolvenzrecht bekanntlich zwischen dem Konkursverfahren nach der Konkursordnung (KO) und dem Ausgleichsverfahren nach der Ausgleichsordnung (AO). Die Insolvenzrechtsreform des IRÄG 2010 brachte – als umfangreichste Änderung des Insolvenzrechts der letzten Jahre – nun stattdessen eine **einheitliche Insolvenzordnung (IO)**, die sich an dem bisherigen Konkursverfahren orientiert. Als Oberbegriff wurde das „**Insolvenzverfahren**“ eingeführt.⁷⁵ Die Bestimmungen der IO finden auf beide Varianten des Insolvenzverfahrens, das Konkursverfahren sowie das Sanierungsverfahren, Anwendung.⁷⁶ Die Ausgleichsordnung, deren praktische Bedeutung als Sanierungsinstrument nicht zuletzt aufgrund der gesetzlichen, vom Schuldner zu erbringenden Mindestquote von 40 % in der Vergangenheit überaus gering geblieben war,⁷⁷ wurde aufgehoben und ihre Bestimmungen in das neue Insolvenzverfahren eingearbeitet. Dies wird von den Unternehmen positiv aufgenommen. In den ersten drei Monaten seit dem Inkrafttreten des neuen Insolvenzverfahrens sind österreichweit 126 Sanierungsverfahren eröffnet worden, davon 48 unter Eigenverwaltung.⁷⁸

- 34 Das neue, einheitliche Insolvenzverfahren kann als Sanierungsverfahren (mit Eigenverwaltung des Schuldners) oder als Konkursverfahren eröffnet werden. Als „**Sanierungsverfahren**“ werden dabei nur jene Insolvenzverfahren bezeichnet, in denen bereits mit dem Insolvenzantrag ein Sanierungsplan eingebracht wird. Es ist daher nicht jedes Verfahren, in dem ein Sanierungsplan vorliegt, ein Sanierungsverfahren, sondern nur dann, wenn die Voraussetzungen des § 167 IO erfüllt sind. In den übrigen Fällen handelt es sich – wie bisher – um „**Konkursverfahren**“. Dass ein Insolvenzverfahren ein Sanierungsverfahren ist, hat für das materielle Insolvenzrecht insoweit Bedeutung, als dann die Möglichkeit zur Belassung der Eigenverwaltung besteht. Voraussetzung für die Eigenverwaltung unter Auf-

⁷³ S Schönbacher, Haftung 209; Kalls/Oelkers, AR aktuell 6/2006, 6 ff; Kittel, Handbuch 344 ff.

⁷⁴ Schumacher in Bartsch/Pollack/Buchegger, InsR § 69 Rz 201; Schärf, GesRZ 2004, 41 f.

⁷⁵ ErlRV 621 BlgNR 24. GP 10.

⁷⁶ Vgl Kodek, ÖBA 2010, 499.

⁷⁷ 2009 wurden lediglich 48 Ausgleichsverfahren eröffnet.

⁷⁸ Kommenda, Erfolg für neues Insolvenzrecht, Die Presse v. 27.9.2010, 8.

sicht eines Verwalters⁷⁹ ist also die Vorlage eines Sanierungsplans, der zugleich mit dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens einzubringen ist. Die Bezeichnung des Sanierungsverfahrens ist auf Konkursverfahren abzuändern, wenn der Insolvenzverwalter Massearmut anzeigt, der Sanierungsplan zurückgezogen, zurückgewiesen oder abgelehnt bzw ihm die Bestätigung versagt wird.⁸⁰ Die Änderung der Bezeichnung ist öffentlich bekannt zu machen.

Der Sanierungsplan hat eine **Mindestquote von 30 %**⁸¹ zahlbar längstens **35** innerhalb von zwei Jahren vorzusehen. Darüber hinaus hat das insolvente Unternehmen einen Finanzplan einzureichen, der die Finanzierung der Unternehmensfortführung für die folgenden 90 Tage darlegt. Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen wird das Sanierungsverfahren unter Eigenverwaltung eröffnet, das keine mit der „Konkureröffnung“ vergleichbare Beschlagswirkung kennt.⁸² Nicht der Insolvenzverwalter, sondern der Vorstand leitet weiterhin das Unternehmen.

Ist es dem Vorstand nicht möglich, die Mindestquote von 30 % binnen zwei **36** Jahren zu erbringen, kann er dennoch sogleich mit dem Eröffnungsantrag des Insolvenzverfahrens einen **Sanierungsplan** vorlegen. In diesem Fall bestellt das Gericht einen Insolvenzverwalter; das Verfahren wird ohne Eigenverwaltung des Schuldners abgewickelt.

Wird überhaupt kein Sanierungsplan vorgelegt, wird das Verfahren im **37** Wesentlichen wie das bisherige Konkursverfahren durchgeführt.

In Ersetzung des bisherigen **Zwangsausgleichsverfahrens** kann der Vorstand **38** schließlich auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch eine Sanierung des Unternehmens erreichen, indem er den Gläubigern während des laufenden Insolvenzverfahrens einen Sanierungsplan anbietet, der zumindest eine Tilgung von 20 % der Verbindlichkeiten innerhalb von zwei Jahren vorsieht. Dieser Sanierungsplan ist von den Gläubigern des Unternehmens in der Sanierungstagplansatzung anzunehmen. Zur Erleichterung der Sanierung wurde die erforderliche **Summenmehrheit gesenkt**; nun genügt neben der einfachen Mehrheit der anwesenden Insolvenzgläubiger (Kopfmehrheit) die einfache Mehrheit der Forderungen.⁸³ Wird nur eine der beiden Mehrheiten erreicht, kann der Schuldner eine Vertragung beantragen.⁸⁴

VIII. Der Insolvenzantrag als Auflösungsgrund

Ziel des Insolvenzverfahrens ist die gemeinschaftliche Befriedigung der Gläu- **39** biger durch die Verwertung des Vermögens der Gesellschaft und die Verteilung dessen Erlöses. Damit dient die Insolvenzantragspflicht dem **Gläubigerschutz**. Sie bietet Geschäftsleitern zahlungsunfähiger oder überschuldeter Gesellschaften

⁷⁹ Wie im bisherigen Ausgleichsverfahren.

⁸⁰ § 167 IO.

⁸¹ Anstelle der bisherigen 40 % des Ausgleichsverfahrens.

⁸² *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht Rz 779.

⁸³ § 147 IO; s auch *Mohr* in Konecny, IRÄG 2010, 117 (121).

⁸⁴ *Kodek*, ÖBA 2010, 500.

einen negativen Anreiz,⁸⁵ ihre Unternehmen der Insolvenz zuzuführen, um weitere Schmälerungen der Konkursmasse zu vermeiden.⁸⁶ Gleichzeitig trägt sie auch dem Gedanken des **Verkehrsschutzes** Rechnung, insolvente Gesellschaften aus dem Verkehr zu ziehen, um potentielle Vertragspartner vor rechtsgeschäftlichem Kontakt mit derartigen Gesellschaften zu bewahren.⁸⁷

- 40 Entsprechend stellt die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens für die Gesellschaft einen **Auflösungsgrund** dar.⁸⁸ Die Gesellschaft wird jedoch nicht sogleich beendet, sondern ist vermögens- und organisationsrechtlich im Rahmen des Insolvenzverfahrens abzuwickeln,⁸⁹ an dessen Ende die vollständige Vermögensverteilung durch den Insolvenzverwalter und die amtswegige Löschung der Gesellschaft im Firmenbuch stehen.

IX. Die Rechtstellung des Vorstands in der Insolvenz

A. Konkursverfahren

- 41 Unter diesen Begriff fallen das Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung und das eigentliche Konkursverfahren (völlig ohne Sanierungsplan), die voneinander nur in wenigen Bestimmungen abweichen.⁹⁰ Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der juristischen Person lässt die Existenz und die Besetzung der Gesellschaftsorgane unberührt – Vorstand und Aufsichtsrat bleiben im Amt.⁹¹ Die Vertretungsbefugnis des Vorstands wird durch den Insolvenzverwalter jedoch umfassend verdrängt.⁹² Während die fortdauernde Existenz des Organs Vorstand angesichts der Auskunftspflicht des Gemeinschuldners in der Insolvenz einsichtig erscheint, ist die fortgesetzte Organstellung des Aufsichtsrats aus insolvenzrechtlicher Sicht wohl vor allem dadurch zu erklären, dass dieser nach § 75 AktG für die Besetzung des Vertretungsorgans Vorstand zuständig ist.⁹³ Die insolvenzrechtlichen Verfahrenspflichten der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder bieten angesichts der **stark eingeschränkten Kompetenzen** des Aufsichtsrats gerade keinen Beleg für dessen Weiterexistenz als Organ der Gesellschaft.

⁸⁵ Adressaten sind zwar nicht ausschließlich die Geschäftsleiter, faktisch fällt die Antragspflicht gemäß § 69 IO aber nur bei juristischen Personen ins Gewicht. Nur hier kommt es zu einer Ausweitung der Haftungsmasse durch Zugriff der Gläubiger auf das Vermögen anderer Personen.

⁸⁶ Exemplarisch OGH 29.3.1990, 6 Ob 532/90, WBI 1990, 345; zustimmend *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Gesetz³ § 25 Rz 38.

⁸⁷ OGH 22.10.1997, 7 Ob 2339/96p, ÖBA 1998, 488 = *ecolex* 1998, 327; s auch *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht Rz 2/474; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen 28; *Karollus*, ÖBA 1995, 7 (10 ff); *Iro*, RdW 1994, 270 (271); kritisch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Gesetz³ § 25 Rz 38; *Dellinger*, WBI 1996, 173 (180 ff); *Schummer* in FS *Koppensteiner* 211 (219 ff).

⁸⁸ § 203 Abs 1 Z 3 AktG; § 84 Abs 1 Z 4 GmbHG.

⁸⁹ *Noack*, Aufsichtsrat 11.

⁹⁰ *Kodek*, ÖBA 2010, 502; *Mohr*, *ecolex* 2010, 563 (565).

⁹¹ AA noch *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 87 Rz 45.

⁹² *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 71 Rz 31; *Noack*, Aufsichtsrat 12; *Oechsler*, AG 2006, 606 (606).

⁹³ *Noack*, Aufsichtsrat 13.

B. Sanierungsverfahren

Im Unterschied zum Gemeinschuldner im Konkursverfahren verwaltet der Vorstand im Sanierungsverfahren sein Unternehmen weiterhin selbst. Diese Möglichkeit der **Eigenverwaltung unter Aufsicht** eines Verwalters bildet das Kernstück des neuen Sanierungsverfahrens.⁹⁴ Voraussetzung ist, dass der Schuldner bei der Eröffnung einen Sanierungsplan mit einer Mindestquote von 30 %, ein aktuelles Vermögensverzeichnis, einen Status, einen Finanzplan, ein Gläubigerverzeichnis sowie Angaben über die erforderlichen Sanierungs- bzw Reorganisationsmaßnahmen vorlegt.⁹⁵ Diesfalls steht dem Schuldner ex lege die Eigenverwaltung zu. Eine Vertretung im Rechtssinn durch den Insolvenzverwalter findet also nicht statt, da dem Vorstand die Verfügungsbefugnis nicht entzogen ist. Er leitet und vertritt die Gesellschaft – unter Aufsicht des Verwalters – weiterhin. Lediglich Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, die nicht zum gewöhnlichen Unternehmensbetrieb zu zählen sind, sowie der Rücktritt, die Kündigung oder die Auflösung von Verträgen erfordern wie bisher nach der AO die Genehmigung des Sanierungsverwalters.⁹⁶ Der Schuldner muss aber auch eine zum gewöhnlichen Unternehmensbetrieb erforderliche Handlung unterlassen, wenn der **Sanierungsverwalter** dagegen **Einspruch erhebt**. Rechtshandlungen, die der Schuldner ohne Zustimmung oder gegen den Einspruch des Sanierungsverwalters vorgenommen hat, sind den Gläubigern gegenüber unwirksam, wenn der Dritte wusste oder wissen musste, dass sie über den gewöhnlichen Unternehmensbetrieb hinausgehen und dass der Sanierungsverwalter seine Zustimmung nicht erteilt oder Einspruch gegen die Vornahme erhoben hat.⁹⁷

Das Gericht hat die Eigenverwaltung zu entziehen, wenn Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Eigenverwaltung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird, der Sanierungsplan nicht innerhalb von 90 Tagen angenommen wird oder der Schuldner dies beantragt. Die **Entziehung der Eigenverwaltung** ist öffentlich bekannt zu machen.

Die Eigenverwaltung bietet mehrere Vorteile:⁹⁸ Die **Kenntnisse und Erfahrungen** des Vorstands bleiben erhalten; dadurch entfallen die Einarbeitungszeit und die damit verbundenen Kosten eines Fremdverwalters. Zudem ist **Kontinuität** gewährleistet, welche besonders in der Beziehung zu Kunden, Lieferanten und Mitarbeitern wichtig sein kann. Die gegen die Eigenverwaltung geäußerte Kritik, dass die Verwaltung einem Schuldner übertragen werde, der sich gerade dazu als unfähig erwiesen habe, verkennt, dass eine Insolvenz vielfältige Ursachen haben kann und es zudem in der Krise oftmals ohnedies zu einem Austausch der Unternehmensleitung kommt.⁹⁹

⁹⁴ §§ 169 ff IO. Auch die deutsche InsO sieht in den §§ 270 ff die Möglichkeit der Eigenverwaltung in einer Unternehmensinsolvenz vor, wobei der Schuldner der Aufsicht und Überwachung durch einen „Sachwalter“ unterliegt.

⁹⁵ §§ 169 ff IO; s auch *Riel* in Konecny, IRÄG 2010, 131.

⁹⁶ § 171 Abs 1 IO.

⁹⁷ § 171 IO.

⁹⁸ S *Kodek*, ÖBA 2010, 502; *Foltis* in FrankfurtKommInsO Vor §§ 270 ff Rz 6 ff; *Wehdeking*, Masseverwaltung; *Flöther/Smid/Wehdeking*, Eigenverwaltung.

⁹⁹ *Kodek*, ÖBA 2010, 502; *Foltis* in FrankfurtKommInsO Vor §§ 270 ff Rz 12.

X. Die Rechtsstellung des Aufsichtsrats in der Insolvenz

A. Konkursverfahren

1. Überwachungskompetenz

- 45 Die **eigentliche Funktion** des Aufsichtsrats in der werbenden Gesellschaft, nämlich die Überwachung des Vorstands, **geht** mit Eröffnung des Konkursverfahrens **unter**. Schließlich betreibt die Gesellschaft die laufenden Geschäfte nicht länger selbst, und gegenüber dem Insolvenzverwalter bestehen keine Informations- und Kontrollrechte. Entsprechend verliert der Aufsichtsrat auch die Informationsbefugnisse nach § 81 AktG bzw überhaupt das Recht, die Bücher und die übrigen Vermögensgegenstände der Gesellschaft zu prüfen.¹⁰⁰
- 46 Diskussionswürdig ist es, dem Aufsichtsrat die Wahrnehmung der Rechte der ansonsten nicht beteiligten Aktionäre gegenüber dem Vorstand zu belassen.¹⁰¹ Außerhalb des Konkurses kontrolliert der Aufsichtsrat gemäß § 209 Abs 2 AktG schließlich die Tätigkeit des Vorstands bei der Abwicklung. Ähnlich ist die Interessenlage im Konkursverfahren: Von der Kooperationsbereitschaft des Vorstands kann es mitunter abhängen, wie weit die Gläubiger befriedigt werden, so dass die Überwachung des Vorstands durchaus dem kaufmännischen Selbstverständnis entsprechen wird und – mit pragmatischem Blick auf weitere Geschäftsbeziehungen – auch im Interesse der Gesellschaft ist.¹⁰²

2. Personalkompetenz

- 47 Das Vorstandsmitglied ist mit der Gesellschaft regelmäßig in zwei Rechtsverhältnissen verbunden: Mit der Bestellung durch den Aufsichtsrat entsteht zunächst ein **verbandrechtliches Verhältnis**.¹⁰³ Parallel wird üblicherweise ein schuldrechtlicher **freier Dienstvertrag** mit der Gesellschaft geschlossen, welche hierbei vom Aufsichtsrat vertreten wird. Mit Eintritt der Insolvenz verliert der Aufsichtsrat zwar nicht seine Bestellungskompetenz, sehr wohl aber die Zuständigkeit für die dienstrechtliche Anstellung des Vorstandsmitglieds. Diese geht auf den Insolvenzverwalter über.¹⁰⁴ Der Aufsichtsrat ist – da die Vorstandszusammensetzung zum insolvenzfreien Schuldnerbereich gehört – nur mehr für die verbandsrechtliche Seite des Bestellungsverhältnisses zuständig. Auch sonst verbleiben dem Aufsichtsrat im Konkurs nur wenige Kompetenzen,¹⁰⁵ wie etwa das Recht zur befristeten Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern in den Vorstand gemäß § 90 Abs 2 AktG, die Mitwirkung bei der Vertretung der Aktiengesell-

¹⁰⁰ Siegelmann, DB 1967, 1029 (1030).

¹⁰¹ So Oechsler, AG 2006, 606 (606).

¹⁰² S Oechsler, AG 2006, 606 (606 f).

¹⁰³ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 87 Rz 10.

¹⁰⁴ § 25 Abs 1 erster Satz IO hält ausdrücklich fest, dass der Insolvenzverwalter die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers ausübt. Dies stellt keine Änderung der bisherigen Rechtslage dar. Vgl auch Ristic, RdA 2010, 268 (268); Höbarth, infas 2010, 86 (86).

¹⁰⁵ Schneider in FS Oppenhoff 349 (351); Hüffer in MünchKommAktG § 264 Rz 71.

schaft im Rahmen von Anfechtungsklagen nach § 196 AktG sowie die außerordentliche Einberufung der Hauptversammlung gemäß § 95 Abs 4 AktG.

B. Sanierungsverfahren

1. Überwachungskompetenz

Die Organe der Gesellschaft behalten im Sanierungsverfahren (mit Eigenverwaltung) ihre Funktion. **Einschränkungen** unterliegen sie nur dann, wenn ihre Kompetenzen mit den vom Insolvenzverwalter im Verfahren wahrzunehmenden Aufgaben kollidieren.¹⁰⁶ So obliegen dem Insolvenzverwalter etwa die Überwachung der Geschäftsführung des Unternehmens – vor allem zur Abwendung einer Vermögensschmälerung – sowie die Kontrolle der Lebensführung und der Verfügungen über dessen Vermögen. Die **Überwachungskompetenz** des Aufsichtsrats **ist** entsprechend **einzugrenzen**: Analog dem Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung bzw dem Konkursverfahren verbleiben ihm etwa die Wahrnehmung der Rechte der ansonsten nicht beteiligten Aktionäre gegenüber dem Vorstand sowie die Kontrolle des Vorstands im Hinblick auf dessen Kooperationswillen mit dem Insolvenzverwalter und generell bei der Erfüllung des Sanierungsplans, dh speziell der Quote. **48**

Neben der Kompetenzverteilung der Insolvenzordnung resultiert das Fortbestehen des Aufsichtsrats auch aus dem ihr zugrunde liegenden **Fortsetzungsge-danken**: Wird der Sanierungsplan erfüllt, ist die Überwachung durch den Insolvenzverwalter für beendet zu erklären – und der Aufsichtsrat gefordert, seinen ursprünglichen Zuständigkeitsbereich wieder auszufüllen. **49**

2. Personalkompetenz

Im Sanierungsverfahren bleibt die **Personalkompetenz** des Aufsichtsrats **50** vollinhaltlich aufrecht.

XI. Finanzielle Ansprüche des Aufsichtsrats

A. Vergütung

Nach hM steht einem Aufsichtsratsmitglied in der Insolvenz **kein Vergütungsanspruch gegen die Masse** zu.¹⁰⁷ Nach § 98 AktG hat die Vergütung des Aufsichtsratsmitglieds in einem angemessenen Verhältnis zu seinen Aufgaben und zur Lage der Gesellschaft zu stehen (s *Reichl* § 37 Rz 16 ff; *Kalss* § 38 Rz 23 ff). Wie bereits festgestellt, fallen dem Aufsichtsrat in der Insolvenz keine nennenswerten Aufgaben zu, während sich die Vermögenslage der Gesellschaft dramatisch gestaltet. Eine entsprechende Wertung liegt auch der Insolvenzordnung zugrunde: Dem Schuldner steht für seine Mitwirkung am Insolvenzverfah-

¹⁰⁶ *Heil*, InsR Rz 304.

¹⁰⁷ RGZ 81, 332, 338 f; KG v 4.8.2005 – 1 W 397/03, ZIP 2005, 1553, 1555 = AG 2005, 736; *Hüffer* in MünchKommAktG § 264 Rz 61; *Schmidt-Leithoff* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG § 63 Rz 140.

ren nach hM kein Vergütungsanspruch zu. Ebenso wenig wie die Gesellschaft selbst können daher ihre Organwalter (von der Ausnahme des § 78 Abs 2 AktG abgesehen) einen Entgeltanspruch geltend machen.¹⁰⁸

B. Aufwendersatz

- 52 Auch die Zuerkennung eines Aufwendersatzes, dh insbesondere eine Reisekostenerstattung, ist nur dort zu erwägen, wo der Insolvenzverwalter den Aufsichtsrat über das obligatorische Maß hinaus in Anspruch nimmt. Zwar schuldet der Gemeinschuldner nach dem Wortlaut des § 99 IO nur Auskunft und ist somit zu einer **darüber hinausgehenden Mitwirkung** nicht verpflichtet,¹⁰⁹ in der Praxis ist die Mitarbeit der Organe der gemeinschuldnerischen Gesellschaft jedoch regelmäßig eine wesentliche Voraussetzung für die erfolgreiche Abwicklung eines Konkursverfahrens.¹¹⁰ Ist der Insolvenzverwalter daher auf die Mitarbeit von Aufsichtsratsmitgliedern angewiesen und werden diese daraufhin auf eigene Kosten tätig, wird die Gewährung von Aufwendersatz gegenüber einer Verzögerung oder einer Niederlegung des Aufsichtsmandats die geringere Belastung darstellen. Dem Insolvenzverwalter ist somit in diesem Fall und im Rahmen einer überschaubaren finanziellen Belastung für die Masse ein Beurteilungsspielraum für einen Aufwendersatz gemäß § 1014 ABGB zuzugestehen (zum Aufwendersatz im allgemeinen *Kalss* § 38 Rz 43 ff).¹¹¹

XII. Die Mandatsniederlegung im Aufsichtsrat

- 53 Die Mandatsniederlegung im Aufsichtsrat ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. Die hL lässt den Rücktritt durch ein Aufsichtsratsmitglied – solange er **nicht zur Unzeit** vorgenommen wird – auch ohne besonderen Sachgrund zu;¹¹² niemand soll gegen seinen Willen zur Wahrnehmung des Überwachungsauftrags gezwungen werden (s auch *Schima* § 12 Rz 170 ff).¹¹³ Dass der Aufsichtsrat seine **Vergütungs- und Aufwendersatzansprüche** mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens praktisch **verliert**, ist als **Verwirklichung eines Sachgrundes** zu werten.¹¹⁴ Die Tätigkeit des Aufsichtsrats an sich wird jedoch auch durch eine kollektive Amtsniederlegung nicht beendet. Vielmehr ist der Vorstand bei einem mehr als drei Monate andauernden Verlust der Beschlussfähigkeit¹¹⁵ des Aufsichtsrats nach § 89 AktG verpflichtet, einen gerichtlichen Antrag auf Neubesetzung zu stellen, selbst wenn die Kandidatensuche in einer derartigen Situation schwierig

¹⁰⁸ S *Oechsler*, AG 2006, 606 (608).

¹⁰⁹ § 77 Abs 3 CO 1868 sah noch ausdrücklich vor, dass der Gemeinschuldner den Masseverwalter „bei der Ausführung der getroffenen Verfügungen über Aufforderung tätig unterstützt“. Eine Mitwirkungspflicht des Schuldners statuiert auch § 97 Abs 2 dInsO; s auch *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger, InsR § 99 KO Rz 23.

¹¹⁰ *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger, InsR § 99 KO Rz 24.

¹¹¹ *Oechsler*, AG 2006, 606 (610).

¹¹² *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 87 Rz 43.

¹¹³ S nur *Semler* in MünchKommAktG § 103 Rz 106.

¹¹⁴ *Schmidt-Leithoff* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG § 63 Rz 140.

¹¹⁵ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 89 Rz 7.

ist.¹¹⁶ Grundsätzlich hat auch das Gericht keinen Ermessensspielraum, die Bestellung zeitweise auszusetzen.¹¹⁷ Angesichts der geringen Aufgaben, die dem Aufsichtsrat in der Insolvenz verbleiben, ist eine **Aussetzung der Wiederbestellung** jedoch dann ausnahmsweise zulässig, wenn weder die Notwendigkeit der Vorstandsbesetzung oder -abberufung, der Einberufung der Hauptversammlung oder der Erhebung einer Anfechtungsklage gegen die Gesellschaft zu erwarten ist und der Aufsichtsrat daher nicht tätig werden muss.¹¹⁸

XIII. Fazit

Betrachtet man die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats in der Krise einerseits und in der Insolvenz andererseits, so zeigt sich ein geradezu dramatischer Gegensatz: Während der Aufsichtsrat in der Krise der Gesellschaft umfassend gefordert ist und sich der Kontrolle und Beratung des Vorstands und damit der Beschäftigung mit dem krisenverfangenen Unternehmen intensiv zu widmen hat, reduziert sich die Pflichtenbindung mit Einleitung der Insolvenz plötzlich auf ein Minimum. Dem Aufsichtsrat verbleiben nur mehr wenige Kompetenzen. 54

¹¹⁶ S *Oechsler*, AG 2006, 606 (612).

¹¹⁷ Vgl *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 89 Rz 10.

¹¹⁸ *Oechsler*, AG 2006, 606 (613).



Susanne Kalss, Peter Kunz (Hg.)

Handbuch für den Aufsichtsrat

facultas.wuv 2010, 1.294 Seiten, Leinen mit Schutzumschlag

ISBN 978-3-7089-0579-2

EUR 220,- (A) / EUR 214,00 (D) / sFr 334,00