

Susanne Kalss/Peter Kunz (Hg.)

# **Handbuch für den Aufsichtsrat**

2., überarbeitete und erweiterte Auflage

## **Sonderdruck**

**facultas**

Zitiervorschlag:

Autor in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2016) Rz ../...

### **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 © 2016 Facultas Verlags- und Buchhandels AG  
Stolberggasse 26, A-1050 Wien

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und der Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten.

Satz und Druck: SOLTÉSZ

Printed in Austria

ISBN 978-3-7089-1362-9

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	5
Autorenverzeichnis .....	11
Abkürzungsverzeichnis .....	33
Allgemeines Literaturverzeichnis .....	43

## I. Mitglieder und Zusammensetzung

<b>1</b>	<b>Erscheinungsformen des Aufsichtsrats und ihr Zusammenhang mit den Ursachen seines Versagens – Ein Versuch</b>	
	<i>Peter Doralt und Maria Doralt</i> .....	47
<b>2</b>	<b>Qualifikationsanforderungen der AR-Mitglieder</b>	
	<i>Susanne Kalss und Matthias Schimka</i> .....	75
<b>3</b>	<b>Das freie Mandat – Unabhängigkeit, Weisungsunabhängigkeit und Höchstpersönlichkeit</b>	
	<i>Susanne Kalss</i> .....	109
<b>4</b>	<b>Der Rechtsanwalt als Aufsichtsrat</b>	
	<i>Peter Kunz</i> .....	129
<b>5</b>	<b>Der hauptberufliche Aufsichtsrat</b>	
	<i>Wilfried Stadler</i> .....	165
<b>6</b>	<b>Der Aufsichtsrat als Hochleistungsteam?</b>	
	<b>Was gute Teamarbeit im Aufsichtsrat bewirken kann!</b>	
	<i>Ulrich Königswieser</i> .....	181
<b>7</b>	<b>Diversität in Aufsichtsräten</b>	
	<i>Heike Mensi-Klarbach</i> .....	199
<b>8</b>	<b>Die Wahl des Aufsichtsrats</b>	
	<i>Maria Doralt</i> .....	211
<b>9</b>	<b>Das entsendete und das nominierte Aufsichtsratsmitglied</b>	
	<i>Susanne Kalss</i> .....	279
<b>10</b>	<b>Die Arbeitnehmervertreter</b>	
	<i>Sieglinde Gahleitner</i> .....	301

## II. Aufgaben des Aufsichtsrats

<b>11</b>	<b>Aufgaben des Aufsichtsrats</b>	
	<i>Stephan Frotz und Paul Schörghofer</i> .....	329
<b>12</b>	<b>Zustimmungspflichtige Geschäfte</b>	
	<i>Robert Briem</i> .....	351
<b>13</b>	<b>Beratungsverträge und sonstige Organgeschäfte von Aufsichtsratsmitgliedern mit der Gesellschaft</b>	
	<i>Susanne Kalss</i> .....	391

<b>14</b>	<b>Strategisches Management für den Aufsichtsrat</b> <i>Peter Kunz und Werner H. Hoffmann</i> .....	413
<b>15</b>	<b>Investitionsentscheidung für den Aufsichtsrat</b> <i>Romuald Bertl</i> .....	447
<b>16</b>	<b>Bilanzen und Bilanzpolitik für den Aufsichtsrat</b> <i>Klaus Hirschler und Gudrun Geutebrück</i> .....	469
<b>17</b>	<b>Die Begründung, Gestaltung und Beendigung der Vorstandstätigkeit durch den Aufsichtsrat</b> <i>Georg Schima</i> .....	497
<b>18</b>	<b>Professionelles On- und Offboarding von Vorstandsmitgliedern</b> <i>Josef Fritz</i> .....	607
<b>19</b>	<b>Festsetzung und Prüfung der Vergütung des Vorstands</b> <i>Michael H. Kramarsch und Regine Siepmann</i> .....	627
<b>20</b>	<b>Vorstandsvergütung und CSR</b> <i>Janine Wendt</i> .....	643
<b>21</b>	<b>Auswahl und Beauftragung des Abschlussprüfers</b> <i>Aslan Milla, Friedrich Rödler und Annette Köll</i> .....	663

### III. Handlungsinstrumente

<b>22</b>	<b>Aufsichts- und Handlungsinstrumente des Aufsichtsrats</b> <i>Johannes Zollner</i> .....	709
<b>23</b>	<b>Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats und die Beziehung eines Sachverständigen</b> <i>Susanne Kalss</i> .....	751
<b>24</b>	<b>Paperwork – Ein Leitfaden für die Praxis</b> <i>Maximilian Eiselsberg und Andreas Bräuer</i> .....	773
<b>25</b>	<b>Interessenkonflikte im Aufsichtsrat</b> <i>Stephan Frotz und Paul Schörghofer</i> .....	813
<b>26</b>	<b>Das Informationsregime des Aufsichtsrats</b> <i>Susanne Kalss</i> .....	833

### IV. Aufsichtsratsvorsitz

<b>27</b>	<b>Der Aufsichtsratsvorsitz</b> <i>Leo W. Chini und Elisabeth Reiner</i> .....	879
<b>28</b>	<b>Der Vorsitzende des Aufsichtsrats als Leiter der Hauptversammlung</b> <i>Christian Nowotny</i> .....	901
<b>29</b>	<b>Die Aufsichtsratsausschüsse</b> <i>Matthias Schimka</i> .....	925

## V. Sondersituationen

<b>30</b>	<b>Der Aufsichtsrat in der Unternehmenskrise und in der Insolvenz</b> <i>Susanne Kalss und Janine Wendt</i> .....	999
<b>31</b>	<b>Der Aufsichtsrat im Konzern</b> <i>Michael Enzinger und Susanne Kalss</i> .....	1019
<b>32</b>	<b>Besonderheiten des Aufsichtsrats in der börsennotierten Gesellschaft</b> <i>Edith Hlawati und Gernot Wilfling</i> .....	1053
<b>33</b>	<b>Der Aufsichtsrat bei Unternehmensübernahmen und Anteilerwerben an der Gesellschaft</b> <i>Sascha Hödl</i> .....	1095
<b>34</b>	<b>Der Aufsichtsrat in öffentlichen Unternehmen</b> <i>Susanne Kalss und Peter Kunz</i> .....	1137

## VI. Aufsichtsrechtliche Sonderregelungen

<b>35</b>	<b>Besonderheiten des Aufsichtsrats in Kreditinstituten</b> <i>Christoph Herbst</i> .....	1177
<b>36</b>	<b>Anforderungen an AR-Mitglieder eines Kreditinstituts – Fit &amp; Proper</b> <i>Thomas Seeber</i> .....	1235
<b>37</b>	<b>Die Funktion des Aufsichtsrates bei Kreditentscheidungen</b> <i>Martin Oppitz</i> .....	1265
<b>38</b>	<b>Besonderheiten des Aufsichtsrats in Versicherungsunternehmen</b> <i>Susanne Kalss und Domenik Henning Wendt</i> .....	1287

## VII. Aufsichtsorgane in unterschiedlichen Rechtsträgern

<b>39</b>	<b>Der Beirat</b> <i>Susanne Kalss</i> .....	1309
<b>40</b>	<b>Besonderheiten des Aufsichtsrats in der GmbH</b> <i>Markus Heidinger</i> .....	1345
<b>41</b>	<b>Besonderheiten des Aufsichtsrates in der Genossenschaft</b> <i>Markus Dellinger</i> .....	1367
<b>42</b>	<b>Der Aufsichtsrat der Privatstiftung</b> <i>Susanne Kalss</i> .....	1385
<b>43</b>	<b>Das Aufsichtsorgan in der SE mit Sitz in Österreich</b> <i>Susanne Kalss</i> .....	1393
<b>44</b>	<b>Universitätsrat und Aufsichtsrat im Vergleich</b> <i>Franz Marhold</i> .....	1405

## VIII. Verantwortlichkeit

<b>45</b>	<b>Zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats</b> <i>Martin Schauer</i> .....	1427
<b>46</b>	<b>Strafrechtliche Risiken für den Aufsichtsrat</b> <i>Robert Kert und Peter Komenda</i> .....	1483
<b>47</b>	<b>D&amp;O-Versicherung</b> <i>Martin Ramharter</i> .....	1517
<b>48</b>	<b>„Schutzschirm D&amp;O-Versicherung“ – ein Management Summary aus der Praxis für die Praxis</b> <i>Brigitta Schwarzer</i> .....	1577

## IX. Vergütung und Evaluierung

<b>49</b>	<b>Aufsichtsratsvergütung in Österreich: im Nebel von Rollen- verständnis, Verantwortung, Haftung – und Privatleben</b> <i>Manfred Reichl</i> .....	1599
<b>50</b>	<b>Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern</b> <i>Susanne Kalss</i> .....	1619
<b>51</b>	<b>Evaluierung und Effizienzprüfung des Aufsichtsrates</b> <i>Susanne Kalss und Peter Kunz</i> .....	1647

## X. Aufsichtsrat im Vergleich zu Deutschland und Schweiz

<b>52</b>	<b>Der Aufsichtsrat im Rechtsvergleich Österreich/Deutschland</b> <i>Eberhard Vetter</i> .....	1671
<b>53</b>	<b>Vom Damoklesschwert über dem Schweizer Verwaltungsrat und was wirklich zählt</b> <i>Michèle F. Sutter-Rüdisser</i> .....	1715
	Stichwortverzeichnis .....	1727

# Der Aufsichtsrat in der Unternehmenskrise und in der Insolvenz

*Susanne Kalss und Janine Wendt*

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

## Literatur

Ö: *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Band IV<sup>4</sup> (2006); *Dellinger*, Zur Kridahaftung der GmbH-Gesellschafter sowie zur Ersatzfähigkeit und Berechnung des Vertrauensschadens der Neugläubiger, WBl 1993, 201 (203); *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall, insbesondere gegenüber sogenannten Neugläubigern (1991); *P. Doralt*, Die Typologie des Aufsichtsrats und die Logik seines Versagens – ein erster Versuch aus österreichischer Sicht, in FS Hopt (2010) 3059; *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz<sup>2</sup> (2012); *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement (2006); *Gassner*, Update zur Reform des Unternehmensinsolvenzrechts, GeS 2009, 378; *Geppert/Moritz*: Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte, Ein Handbuch für die Praxis (1979); *Heil*, Insolvenzrecht (1989); *Henze*, Leitungsverantwortung des Vorstands – Überwachungspflicht des Aufsichtsrats, BB 2000, 209; *Höbarth*, Insolvenzsicherungsänderungsgesetz 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; *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz<sup>5</sup> (2011); *Kalss*, Das interne Kontrollsystem (IKS) als Angelpunkt der Corporate Governance in Kapitalgesellschaften, in FS Krejci (2002) 699; *Kalss/Durstberger*, Business Judgement Rule bei der Bilanzerstellung, RWZ 2016, 2016, 60; *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<sup>2</sup> (2015); *Karollus*, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in *Leitner*, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung<sup>2</sup> (2014) 9; *Karollus*, Neues zur Konkursverschleppungshaftung und zur Geschäftsführerhaftung aus culpa in contrahendo, ÖBA 1995, 7; *Karollus/Huemer*, Die Fortbestehungsprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung<sup>2</sup> (2006); *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts<sup>5</sup> (1990); *Kittel*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder (2006); *Kodek*; Von der KO zur IO – das IRÄG 2010 im Überblick, ÖBA 2010, 498; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz Kommentar<sup>3</sup> (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*, Besprechung ÖJZ 2009, 81; *Lutter*, Interessenkonflikte durch Bankenvertreter im Aufsichtsrat, RdW 1987, 314; *Mohr*, Das Insolvenzsicherungsänderungsgesetz 2010, eclex 2010, 563; *Nitsche*, Aufsichtsratsmandat und Interessenkollision, in FS Krejci (2001) 751; *C.Nowotny*, Der Beamte als Aufsichtsrat, RdW 1999, 283; *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 I<sup>2</sup> (1997); *Riss*, Doppelorganshaft und Treuepflichten. Haftungsfragen bei Kollision organschaftlicher Treuepflichten infolge mehrfacher Organstellung (2008); *Riss*, Doppelorganshaft, Kollision von Treuepflichten und Business Judgment Rule, eclex 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 *Kramer/Schumacher, FS Koppensteiner* (2001) 211; *U Torggler/Trenker*, Kompetenzverteilung bei der Kapitalgesellschaft im Insolvenzverfahren, in *Konecny, Insolvenzforum* 2014 (2015) 73; *Viehböck/Linder*, Die Leitung eines Unternehmens in der Krise, *SWK* 2009, 1269; *Wachter*, Der Anstellungsvertrag von Vorstandsmitgliedern in der Insolvenz der Aktiengesellschaft, *NZ* 2015, 241; *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.

**Dlt:** *Assmann*, Insiderrecht und Kreditwirtschaft, *WM* 1996, 1337; *Canaris*, Bankvertragsrecht<sup>3</sup> (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*, in *Wimmer, Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*<sup>8</sup> (2014); *Gribbohm*, Untreue zum Nachteil der GmbH, *ZGR* 1990, 1; *Hasselbach*, Überwachungs- und Beratungspflichten des Aufsichtsrats in der Krise, *NZG* 2012, 41; *Krebs*, Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmandaten in der Aktiengesellschaft (2002); *Krieger/Schneider*, Handbuch Managerhaftung<sup>2</sup> (2010); *Lutter*, Zivilrechtlich korrekt und doch strafbar? Das kann nicht sein, *NZG* 2010, 601; *Lutter*, Bankenvertreter im Aufsichtsrat, *ZHR* 1981, 224; *Lutter*, Die Business Judgement Rule in Deutschland und Österreich, *GesRZ* 2007, 79; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats<sup>6</sup> (2014); *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*<sup>4</sup> Band 2 (2014); *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*<sup>4</sup> Band 4 (2016); *Noack*, Der Aufsichtsrat in der Insolvenz der Kapitalgesellschaft (2003); *Oechsler*, Der Aufsichtsrat in der Insolvenz, *AG* 2006, 606; *Polley/Kroner*, Der Aufsichtsrat (2012); *Römmel-Collmann*, Wissenszurechnung innerhalb juristischer Personen (1998); *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbH-Gesetz Kommentar<sup>5</sup> (2013); *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*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft<sup>2</sup> (1996); *Semler*, Aktienrechtlicher Aufsichtsrat in der Unternehmenskrise, *AG* 1983, 141; *Semler*, Abgestufte Überwachungspflicht, *AG* 1984, 21; *Semler/von Schenck*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder<sup>4</sup> (2013); *Siegelmann*, Die Stellung des Vorstands, des Aufsichtsrats und der Hauptversammlung nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Aktiengesellschaft, *DB* 1967, 1029; *Spindler/Stilz*, Kommentar zum Aktiengesetz<sup>3</sup> (2015); *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); *von Schenck*, Der Aufsichtsrat und sein Vorsitzender – Eine Regelungslücke, *AG* 2010, 649; *Wehdeking*, Masseverwaltung durch den insolventen Schuldner (2005); *Werner*, Aufsichtsratsstätigkeit von Bankenvertretern, *ZHR* 1981, 252; *Zöllner/Noack* (Hrsg.), *Kölner Kommentar zum AktG*, Band 2, Teil 2<sup>3</sup> (2012).



<b>Gliederung</b>	<b>Rz</b>
I. Gesetzliche Anknüpfungspunkte .....	1–3
II. Risikomanagementsystem .....	4–6
III. Berichtspflichten des Vorstands .....	7–10
IV. Abgestufte Überwachungspflichten .....	11–27
A. Begleitende Überwachung → Unterstützende Überwachung .....	11–19
B. Konsequenzen für die Aufsichtsratsmitglieder .....	20–21
C. Weitere Intensivierung .....	22–27
V. Kriseninduzierte Interessenkonflikte einzelner Aufsichtsrats- mitglieder .....	28–35
VI. Vorliegen der Insolvenzvoraussetzungen .....	36–38
VII. Die Rechtsstellung des Vorstands in der Insolvenz .....	38–41
A. Konkursverfahren .....	38
B. Sanierungsverfahren .....	39–41
VIII. Die Rechtsstellung des Aufsichtsrats in der Insolvenz .....	42–47
A. Konkursverfahren .....	42–44
1. Überwachungskompetenz .....	42–43
2. Personalkompetenz .....	44
B. Sanierungsverfahren .....	45–47
1. Überwachungskompetenz .....	45–46
2. Personalkompetenz .....	47
IX. Finanzielle Ansprüche des Aufsichtsrats .....	48–49
A. Vergütung .....	48
B. Aufwandsersatz .....	49
X. Die Mandatsniederlegung im Aufsichtsrat .....	50

## I. Gesetzliche Anknüpfungspunkte

**Existenzbedrohende Unternehmenskrisen** entwickeln sich regelmäßig über 1 einen gewissen 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.<sup>1</sup> Wie erfolgreich eine Schieflage 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 Hebel zur Vermeidung von Unternehmenskrisen.

**Akut-Krisen:** Die Praxis zeigt, dass Krisen bzw Not- oder Sondersituationen 2 in einem Unternehmen völlig unverhofft aufbrechen können, wenngleich vielfach die Ursachen gerade wiederum im Unternehmen selbst gelegt wurden. Sie müssen nicht immer existenzbedrohend sein, können das Unternehmen aber jedenfalls empfindlich treffen. Beispiele dafür sind etwa das Hervorkommen von Bestechungs- und Korruptionshandlungen im Unternehmen oder das Bekanntwerden der Nichteinhaltung von Boden- oder Luftschutzwerten mit internationaler oder auch nur regionaler Auswirkung. Ein Unternehmen kann aber auch durch Verhängung von Wirtschaftssanktionen gegenüber einem Kernmarkt des Unternehmens

<sup>1</sup> Theiselmann, Corporate Finance law 2010, 197.

in eine Notlage geraten, durch rasante Änderung der Weltmarktpreise (Rohstoffpreise) oder durch ein hoheitliches Verbot eines maßgeblichen Produkts.

- 3 Eine **einheitliche Definition** des Begriffs der **Unternehmenskrise besteht nicht**. Je nach normativem Zusammenhang, Sonder- oder Notsituation und Krisenphase werden unterschiedliche synonyme Bezeichnungen verwendet, die je nach dem Stadium der negativen Unternehmensentwicklung verschiedene Rechtsfolgen auslösen.<sup>2</sup> Das Eigenkapitalersatzgesetz EKEG etwa spricht explizit von der „Krise“, während das Unternehmensreorganisationsgesetz die Einleitung eines ebensolchen 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 einer Not- oder Sondersituation, 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

- 4 **Der Vorstand** einer Aktiengesellschaft hat dafür Sorge zu tragen, dass bestandsgefährdende Entwicklungen frühzeitig, nicht erst bei Insolvenzreife, erkannt werden. Um eine sich abzeichnende Krise so rechtzeitig erkennen zu können, dass Gefahren für die Liquidität und Rentabilität des Unternehmens noch abzuwenden 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**<sup>3</sup>, 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.<sup>4</sup> 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 (siehe auch Beitrag von *Frotz/Schörghofer Rz 11/24*)<sup>5</sup>.
- 5 **Rechtliches Risikomanagement**: Generell soll eine Gesellschaft in einer Sondersituation oder Notlage über ein rechtliches Risikomanagementsystem verfügen, dh im Vorstand ist genau zu identifizieren, welche Maßnahmen und Entwicklungen welche Risiken hervorbringen und wie diese Risiken zusammenspielen und wie sie insgesamt mit den Vor- und Nachteilen in Balance gebracht und gehalten werden können. Der Aufsichtsrat ist darauf bezogen in seiner Personalkompetenz gefordert. Er hat entsprechend Vorsorge im Vorhinein zu treffen und eine geeignete Person im Vorstand zu bestimmen oder jedenfalls ad-hoc zu bestellen. Berater

<sup>2</sup> *Viehböck/Linder*, SWK 2009, 1269.

<sup>3</sup> *Kalss*, in FS Krejci 699 ff; *Nowotny*, in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Komm AktG § 82 Rz 1.

<sup>4</sup> *Theiselmann*, Corporate Finance law 2010, 197.

<sup>5</sup> *Nowotny*, in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Komm AktG § 82 Rz 1.

von außen können dies im Regelfall nicht leisten; sie sind jeweils auf ihr Spezialgebiet fokussiert und verlieren den Blick auf das Gesamte.

**Reputation Management:** Ein weiterer Aspekt liegt in der laufenden Kommunikation nach außen und in der Imagepflege des Unternehmens trotz der Sonder- oder Notsituation oder Unternehmenskrise. Wiederum muss eine klare Zuständigkeit im Vorstand festgelegt sein und wiederum ist der Aufsichtsrat gefordert, bereits im Vorhinein Vorsorge dafür zu treffen oder jedenfalls ad-hoc eine Person im Vorstand dazu zu bestellen oder zu bestimmen. Zugleich hat er anzuregen und zu überwachen, ob die entsprechenden Prozesse vorbereitet sind. Diese Vorkehrungen und Vorbereitungen sind vom Aufsichtsrat auch deshalb voranzutreiben, um der Gefahr vorzubeugen, in einem völlig neuen unbekanntem Bereich tätig sein zu müssen und zu stark von unternehmensexternen Personen abhängig zu sein (vgl. *Kalss Rz 23/7 f*).

### III. Berichtspflichten des Vorstands

**Notwendiger Bestandteil** des Risikomanagements ist ein **Berichtswesen** an den Aufsichtsrat: Gemäß § 81 AktG hat der Vorstand dem Aufsichtsrat die Jahres- und Quartalsberichte zu übermitteln.<sup>6</sup> 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 (siehe *Kalss Rz 26/66*).<sup>7</sup>

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, Liquidität** der Gesellschaft und ihren Fortbestand von Bedeutung sind (siehe auch Beitrag von *Zollner Rz 22/31 ff*).<sup>8</sup> Allgemein greift die Sonderberichtspflicht bei allen bestandgefährdenden Entwicklungen, sofern diese ausreichend konkret eingetreten sind.<sup>9</sup>

**Ein Sonderbericht** an den **Aufsichtsratsvorsitzenden** wird ferner dann für notwendig gem § 81 Abs 3 Satz 3 erster Halbsatz AktG erachtet, wenn gegenüber dem Geschäftsplan eine **Abweichung von mehr als 20%** im Bereich des Ergebnisses der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit (**EGT**) eintritt.<sup>10</sup>

Ein weiterer relevanter Krisenindikator ist das Vorliegen einer **Unterbilanz**, jedenfalls aber ein **Verlust in der Höhe des halben Grundkapitals** entsprechend

<sup>6</sup> *Strasser*, in *Jabornegg/Strasser*, Komm AktG § 77-84 Rz. 4.

<sup>7</sup> *Viehböck/Linder*, SWK 2009, 1269, 1271; *Nowotny*, in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Komm AktG, § 81 Rz 5; *Karollus/Huemer*, Fortbestehungsprognose 105.

<sup>8</sup> *Kalss*, in *MünchKomm AktG<sup>2</sup> § 90 Rz 73*; *Nowotny*, in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Komm AktG<sup>2</sup>, § 81 Rz 7; *Strasser*, in *Jabornegg/Strasser*, Komm AktG<sup>5</sup> § 77-84 Rz 7; *Spindler* in *MünchKomm AktG § 90 Rz 31 f*; *Kalss/Oelkers*, AR aktuell 2006, 6 (6). Anders als die deutsche Parallelregelung des § 90 Abs 1 Z 4 dAktG knüpft die Norm an Umständen an, die von erheblicher Bedeutung für Liquidität oder Rentabilität „sind“ und nicht bloß „sein können“.

<sup>9</sup> *Viehböck/Linder*, SWK 2009, 1269, 1271.

<sup>10</sup> *Viehböck/Linder*, SWK 2009, 1269, 1271, *Nowotny*, in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Komm AktG, § 81 Rz 7; *Strasser*, in *Jabornegg/Strasser*, Komm AktG § 77-84 Rz. 7.

§ 83 AktG.<sup>11</sup> Auch ein Erfüllen der Kennzahlen des § 22 Abs 1 Z 1 URG, dh das **Vorliegen eines Reorganisationsbedarfs** iSd URG löst eine Sonderberichtspflicht 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.<sup>12</sup> 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

- 11 Der Aufsichtsrat wird nicht geschäftsführend, sondern begleitend beratend und kontrollierend tätig. Er ist kein „Neben- oder Supergeschäftsführer“<sup>13</sup>, der „operativ in den Vorstand hineinregiert“, er soll sich aber durchaus intensiv um die strategische Ausrichtung des Unternehmens kümmern (*Hoffmann/Kunz* Rz 14/54 ff). Der BGH spricht insoweit von „in die Zukunft gerichteter Kontrolle“<sup>14</sup>.
- 12 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.<sup>15</sup> Da erhöhte Gefahr erhöhte Aufmerksamkeit erfordert, hat sich die im gewöhnlichen Geschäftsverlauf ausreichende beratende und **begleitende Überwachung** der Geschäftsleitung zu einer **unterstützenden Überwachung** zu intensivieren, sobald sich die Lage des Unternehmens zu verschlechtern droht.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup>

<sup>11</sup> *Noack*, Der Aufsichtsrat 44; *Kalss/Oelkers*, AR aktuell 2006, 6.

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

<sup>13</sup> OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k GesRZ 2002, 86; *Kalss*, in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 86 Rz 53.

<sup>14</sup> BGH v. 25.3.1991 – II ZR 188/89, BGHZ 114, 127, 130, ZIP 1991, 653, 654; vgl. auch *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten<sup>6</sup> § 3 Rz 103.

<sup>15</sup> *Semler*, Leitung und Überwachung Rz 231; *Semler*, AG 1983, 141; *Semler*, AG 1984, 21 (21); im Anschluss hieran *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß 258, Fn 111; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 95 Rz 18; *Hüffer*, AktG § 111 Rz 7; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten § 3 Rz 95; *Schärf*, GesRZ 2004, 41; *Schönbacher*, Haftung 71 ff; *Schneider*, Erfolgsfaktoren 78. Kritisch, allerdings im Ergebnis ähnlich *Krejci*, FS Frotz 367, 378 f. AA schließlich *Clausen*, AG 1984, 20 f; *Mertens/Cahn*, KölnKomm § 111 Rz 25. Vgl zudem *Polley/Kroner*, Aufsichtsrat 69; *Hasselbach*, NZG 2012, 41.

<sup>16</sup> *Semler*, Leitung und Überwachung Rz 233; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht<sup>5</sup> 258; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten § 3 Rz 95; *Schneider*, Erfolgsfaktoren 78.

<sup>17</sup> *Theiselmann*, Corporate Finance law 2010, 197.

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 ist die Aufgabe eines permanenten Strategie-Dialogs des Aufsichtsrats mit dem Vorstand so bedeutsam. Hier ist der Aufsichtsrat gefordert, Methodenkompetenz für die Überwachungshilfsmittel, Eigeninitiative und Durchsetzungsfähigkeit gegenüber dem Vorstand zu entwickeln,<sup>18</sup> um ihm ein tauglicher Gesprächspartner und institutioneller Ratgeber zu sein,<sup>19</sup> 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. 13

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.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup> Dies lässt sich theoretisch einfach beschreiben, in der konkreten Situation verschwimmen diese Abgrenzungen vielfach. 14

**Enge Zusammenarbeit:** Entscheidend ist vor allem die enge Zusammenarbeit von Vorstand und Aufsichtsrat in dieser Phase, um im Interesse des Unternehmens Ursachen von Fehlentwicklungen zu identifizieren, zu analysieren und rasch geeignete Maßnahmen zur Bewältigung der Krisen- oder Notfallsituation zu setzen. Dies kann aber in dieser Situation besonders schwierig sein, weil gegebene 15

<sup>18</sup> Rückle in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement 287 (302).

<sup>19</sup> BGH v. 25.3.1991 – II ZR 188/89, BGHZ 114, 127, 130, ZIP 1991, 653, 654; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten § 3 Rz 103.

<sup>20</sup> *Semler*, AG 1983, 141 (142).

<sup>21</sup> *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten § 3 Rz 99.

nenfalls völlig unterschiedliche Eigeninteressen hervorkommen (Fortführung der Vorstandstätigkeit, Ablöse und Berufung einer anderen Person, Prioritätensetzung der Einzelmaßnahmen).

- 16 Der Aufsichtsrat als Organ kann **folgende Maßnahmen** beschließen (siehe *Zollner Rz 22/11*):<sup>22</sup>
- Stellungnahmen und Beanstandungen;
  - die Erarbeitung und Verabschiedung einer neuen Geschäftsordnung für den Vorstand;
  - Zustimmungsvorbehalte gem § 95 Abs 5 AktG sowie
  - vorzeitige Abberufung aus wichtigem Grund.<sup>23</sup>
- 17 Wesentlich ist, dass es sich dabei um **interne Maßnahmen** handelt, jedenfalls muss das Unternehmensinteresse oberste Leitschnur des Handelns des Aufsichtsrats sein. Sonderinteressen von einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern dürfen in die Diskussion eingebracht, nicht aber Devise des Handelns des Aufsichtsrats sein (vgl *Kalss Rz 9/53*).
- 18 **Ein Beispiel** soll die konkret zu leistende Überwachungspflicht illustrieren: Kreditgeschäfte sowie Veranlagungsgeschäfte sind Risikogeschäfte, naturgemäß kalkulierte Risikogeschäfte. Eine Kreditvergabe ist ebenso wie eine Veranlagung eine typische unternehmerische Entscheidung (vgl *Oppitz Rz 37/27*).<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> 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 und zusätzlich abzuwägen, ob er der Maßnahme zustimmen kann (siehe näher *Briem Rz 12/71*); eine volle eigenständige Analyse und Bewertung des genehmigungspflichtigen Geschäfts werden von ihm nicht verlangt.<sup>27</sup> Besondere Aufmerksamkeit hat der Aufsichtsrat in der Unternehmenskrise auf die Frage zu richten, ob das beabsichtigte Geschäft – gerade innerhalb der Unternehmensgruppe – drittvergleichsfähig ist und ob bei fehlender Drittvergleichsfähigkeit eine betriebliche Rechtfertigung hierfür besteht.<sup>28</sup> Andernfalls stellt das inäquivalente Geschäft – etwa als Um-

<sup>22</sup> *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten § 3 Rz 109 ff; *Lutter*, NZG 2010, 603.

<sup>23</sup> *Henze*, BB 2000, 214.

<sup>24</sup> *Kalss/Durstberger*, RWZ 2016, 60; *Lutter*, GesRZ 2007, 79 (81); *Krieger* in *Krieger/Schneider*, Handbuch Managerhaftung<sup>2</sup> § 3 Rz 7; *Spindler* in *MünchKomm AktG* § 93 Rz 67.

<sup>25</sup> *Kalss*, in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/402, 3/571; *Lutter*, GesRZ 2007, 81 ff; *Doralt* in *FS Hopt* 3059.

<sup>26</sup> KG 22.3.2005, ZIP 2005, 1866; ferner OLG Zelle, NZG 2008, 669.

<sup>27</sup> *Geppert/Moritz*, Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte, 260.

<sup>28</sup> *Karollus* in *Leitner*, Handbuch 50.



satzgeschäft zu unangemessenen Konditionen oder als für die Gesellschaft in der Krisenphase nutzlose Leistung – eine nach § 52 AktG sowie § 82 GmbHG verbotene Einlagenrückgewähr dar (*Oppitz Rz 37/40 ff.*)<sup>29</sup> Auch Aufsichtsratsmitglieder kann eine Schadenersatzhaftung treffen, wenn sie bei einem verbotenen Vorgang der Einlagenrückgewähr ihre Überwachungspflichten verletzen.<sup>30</sup> 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 Rechtmäßigkeit, so trifft er eine rechtmäßige Entscheidung, wenn er zustimmt. Wenn aber eine derartige unternehmerische Entscheidung zivilrechtlich erlaubt ist, kann sie strafrechtlich nicht verboten sein.<sup>31</sup> 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 *Kert/Komenda Rz 46/62 ff.*)<sup>32</sup>

## B. Konsequenzen für die Aufsichtsratsmitglieder

**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 (siehe Beitrag von *Kalss/Schimka Rz 2/82*). Nur eine laufende Beschäftigung mit dem krisenverfangenen Unternehmen kann sicherstellen, dass die Beratung und Kontrolle des Aufsichtsrats der jeweiligen Lage und den Erfordernissen der Gesellschaft entsprechen. Dabei erschöpft sich der präsent zu haltende Kenntnisstand nicht automatisch mit den vom Vorstand bereit gestellten Berichten; oftmals setzen erst **zusätzliche Informationsquellen** wie Kosten- und Leistungsrechnungen, Umsatz- und Ergebnisanalysen oder Marktforschungsstudien den notwendigen Bezugspunkt, um zu einer **eigenen realistischen Einschätzung** der Unternehmenssituation gelangen zu können (siehe auch Beitrag von *Kalss Rz 26/82 ff.*)<sup>33</sup>

**Aufsichtsratsvorsitzender:** Stärker noch als das einfache Aufsichtsratsmitglied ist der **Vorsitzende** des Gremiums gefordert: Er steht in engem Kontakt, sozusagen „**ständiger Fühlungnahme**“<sup>34</sup> zum Vorstandsvorsitzenden, diskutiert mit ihm die strategischen Unternehmensziele und bewertet anhand dieser die Geschäftsentwicklung und das Risikomanagement der Gesellschaft.<sup>35</sup> Bei wichtigem

<sup>29</sup> *Karollus in Leitner*, Handbuch 63 f.

<sup>30</sup> *Karollus in Leitner*, Handbuch 49.

<sup>31</sup> *Kalss/Durstberger*, RWZ 2016, 60; *Lutter*, NZG 2010, 602; *Seibt/Schwarz*, AG 2010, 301, 304.

<sup>32</sup> *Kalss/Durstberger*, RWZ 2016, 60; *Lutter*, NZG 2010, 603; *Seibt/Schwarz*, AG 2010, 301, 304 ff.

<sup>33</sup> *Rückle in Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement 287, 293.

<sup>34</sup> So *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten<sup>6</sup> § 11 Rz 680.

<sup>35</sup> Für börsennotierte Gesellschaften gibt dies Punkt 37 des Corporate Governance Kodexes als Comply or Explain-Regelung vor. Als Teil der gesetzlich verankerten Pflichten zwischen

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. *Königswieser Rz 6/12 ff*; *Kalss/Schimka Rz 2/86*).<sup>36</sup> Gerade die Unterstützung des Vorstands ist bei der anziehenden Krise von Bedeutung, ebenso etwa in eruptiv hervorkommenden Sondersituationen. Unterstützung heißt nicht lasches Gewährenlassen, sondern aktive Stellungnahme des Aufsichtsrats bei unsachlicher Kritik von außen und innen. Unterstützung heißt ebenso wenig blindes Vertrauen, sondern wohlgesetzte einzelne Schritte, allenfalls ist die Vorgehensweise zeitgerecht zu hinterfragen und sind weitere Maßnahmen zu setzen.

### C. Weitere Intensivierung

- 22 **Verschärft** sich die Krise derart, dass sie auch die Ertragslage des Unternehmens berührt und dieses beginnt, defizitär zu arbeiten und Eigenkapital zu verzehren (operative Krise)<sup>37</sup>, **intensivieren sich** die Kontrollpflichten des Aufsichtsrats **nochmals**: Er ist nun zu einer so genannten *gestaltenden Überwachung* verpflichtet,<sup>38</sup> d.h. er hat alle zur Verfügung stehenden Möglichkeiten auszuschöpfen, damit die Gesellschaft so rasch wie möglich zum Normalzustand zurückkehrt. An vorderster Stelle hat der Aufsichtsrat darauf hinzuwirken, dass der Vorstand die Ursachen der Ertragskrise erschöpfend analysiert und aufbauend auf grundlegenden strategischen Überlegungen ein taugliches Konzept zur Bewältigung der Krise samt Zeitplan entwickelt.<sup>39</sup> 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 (siehe näher Beitrag von *Kalss Rz 23/3 ff*).<sup>40</sup> Dennoch hat er jedenfalls darauf zu achten, dass die eigenständige Entscheidungsfindung im Vorstand – ebenso wie im Aufsichtsrats – erhalten bleibt und keine zu hohe Abhängigkeit gegenüber außenstehenden Sachverständigen entsteht (*Kalss Rz 23/8*). 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

---

Vorstand und Aufsichtsrat gilt dieser Grundsatz auch für kapitalmarktferne Gesellschaften: *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten<sup>6</sup> § 11 Rz 680; v. *Schenck*, AG 2010, 649, 650, 652 f; *Spindler*, in *Spindler/Stilz*, AktG<sup>3</sup>, § 107 Rz 39.

<sup>36</sup> *Roth/Wörle* in *Bücheler/Mildner/Murschitz/Roth/Wörle*, Corporate Governance 82 ff; *Schilling*, FAZ v 25.9.2006, 20.

<sup>37</sup> *Theiselmann*, Corporate Finance law 2010, 197, 199 f.

<sup>38</sup> *Semler*, Leitung und Überwachung Rz 234; *Kittel*, Handbuch 278.

<sup>39</sup> *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten § 3 Rz 98.

<sup>40</sup> *Semler*, AG 1983, 141 (142).



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, um insgesamt das Unternehmen zu vertreten, seinen Auftritt nach außen zu gestalten und laufend die Geschäftskunden, den Markt und gegebenenfalls auch die Öffentlichkeit zu informieren.

**Verstärkung der Tätigkeiten:** 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.<sup>41</sup> 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. **23**

**Insolvenzantrag:** 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),<sup>42</sup> hat der Aufsichtsrat die größte Kontroll-dichte 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, d.h. binnen sechzig Tagen, beantragt.<sup>43</sup> 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 Rahmen von dessen Redepflicht nach § 273 UGB ist in dieser akuten Krise jedenfalls sinnvoll (vgl. *Milla/Rödler/Köll* Rz 21/115 ff). Kommt der Vorstand trotz Vorliegen der Insolvenzvoraussetzungen der Aufforderung des Aufsichtsrats, einen Insolvenzantrag zu stellen, nicht nach, kann dieser den Antrag zwar nicht selbst stellen,<sup>44</sup> aber von seiner Personalkompetenz Gebrauch machen und den Vorstand austauschen.<sup>45</sup> **24**

**Handlungsmöglichkeiten:** Dem Aufsichtsrat stehen beträchtliche Möglichkeiten zur Verfügung, Unternehmenskrisen frühzeitig zu erkennen und ihnen **25**

<sup>41</sup> *Semler*, AG 1983, 141 (146).

<sup>42</sup> Vgl. *Theiselmann*, Corporate Finance law 2010, 197 (200 f).

<sup>43</sup> Der Aufsichtsrat selbst ist zur Antragstellung nicht berechtigt. In Deutschland abweichend, s. *Theiselmann*, Corporate Finance law 2010, 197 (202).

<sup>44</sup> *Schmidt-Leithoff* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, Komm GmbHG Vor § 64 Rz 72.

<sup>45</sup> *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten § 3 Rz 100.

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.

- 26 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.
- 27 Für das einzelne Aufsichtsratsmitglied wird die Intensivierung der Kontroll-dichte 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

- 28 Jedes Aufsichtsratsmitglied unterliegt der organschaftlichen Treuepflicht (*Schauer* Rz 45/13).<sup>46</sup> Diese verpflichtet – konkretisiert durch eine in § 99 AktG enthaltene Verweisung auf § 84 AktG – zur Verschwiegenheit.<sup>47</sup> Da das Aufsichtsratsamt klassischerweise als Nebenamt ausgeübt wird<sup>48</sup> und das Aufsichtsratsmitglied folglich hauptberuflich einem anderen Unternehmen angehört, treten **konzeptionsimmanente Interessenkonflikte** auf (*Frotz/Schörghofer* Rz 25/1).<sup>49</sup> Besonders die folgenden Konstellationen sind konfliktbeladen: (1.) Verträge mit der Gesellschaft, (2.) Rechtsstreitigkeiten mit der Gesellschaft, (3.) Konflikte der Arbeitnehmervertreter, (4.) Konflikte von Vertretern öffentlicher Einrichtungen, (5.) Übernahmen, (6.) Konflikte im Konzern sowie (7.) **Bankenvertreter** im Aufsichtsrat.<sup>50</sup> Gerade die letztgenannte Fallgruppe kann in der Unternehmenskrise

<sup>46</sup> *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/570. Eine entsprechende Verpflichtung findet sich auch im ÖGCK (C-Regel 44).

<sup>47</sup> *Krebs*, Interessenkonflikte 73; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/402, 3/571.

<sup>48</sup> OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k GesRZ 2002, 86, vgl zudem *Fischer* in GS Duden 55 (56); *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 86 Rz 66, 67; *Kittel*, Handbuch 122 f; *Nitsche* in FS Krejci 751 (768); *Oberhofer*, Unabhängigkeit 206; *Krebs*, Interessenkonflikte 11 f; *Wenger*, RWZ 2002, 1 (1).

<sup>49</sup> *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/392.

<sup>50</sup> *Schönbacher*, Haftung 123.

Brisanz zeigen:<sup>51</sup> 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 (vgl. *Kalss/Schimka* Rz 2/100; *Schauer* Rz 45/24).<sup>52</sup>

Zugleich aber ist der Vorstand eines Bankinstituts, der einem Aufsichtsrat in einer anderen Gesellschaft angehört, angesichts der **gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht** nicht berechtigt, der Bank vertrauliche Informationen zB über eine sich abzeichnende Krise oder eine sonstige Notsituation zu übermitteln, die er im Rahmen der Aufsichtsratsmitgliedschaft erworben hat (vgl. *Kalss* Rz 26/10 ff). Der Bankvorstand erlangt seine Kenntnis nicht als Organ des Kreditinstituts, sondern als individuelle Person<sup>53</sup> in seiner Aufsichtsratsfunktion bei der anderen Gesellschaft.<sup>54</sup> Aus Sicht der Bank liegt kein betriebszugehöriges, sondern **sonstiges Wissen** des Vorstands vor.<sup>55</sup> Dass die Beschäftigung bei der Bank für die Bestellung zum Aufsichtsrat in der anderen Gesellschaft ursächlich war, ist hierfür irrelevant.<sup>56</sup> Zur Wissenszurechnung Rz 32; s ferner *Enzinger/Kalss* Rz 31/109.

Aufsichtsratsämter sind **weisungsfrei** auszuüben (siehe dazu näher Beitrag von *Kalss* Rz 3/27 ff). Der Grundsatz der höchstpersönlichen Amtswahrnehmung schließt das Gebot ein, das Aufsichtsratsamt eigenständig auszuüben.<sup>57</sup> Jedes Aufsichtsratsmitglied ist ad personam gewählt und hat als oberste Leitschnur seiner Aufsichtstätigkeit das Wohl des Unternehmens zu verfolgen, für deren Schicksal der Aufsichtsrat eine Mitverantwortung trägt.<sup>58</sup> Dieser in § 70 AktG sowie § 25 GmbHG explizit für den Vorstand und Geschäftsführer normierte Grundsatz gilt gem § 99 AktG und § 33 GmbHG für die Tätigkeit des Aufsichtsrats und daher auch für jedes einzelne Mitglied.

**Eigenständige Verantwortung:** 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 Aufsichtsrat er sitzt, mit Kredithilfen zu versorgen.<sup>59</sup> Schließlich ist die Person Aufsichtsratsmitglied, nicht das Kreditinstitut.

**Das Wissen,** das ein Bankenvertreter im Aufsichtsrat erwirbt, wird dem Kreditinstitut nicht zugerechnet.<sup>60</sup> **Wissenszurechnung** schließt nämlich auch eine

<sup>51</sup> S *Koziol* in FS Frotz 351 ff; *Kittel*, Handbuch 125; *Lutter*, RdW 1987, 314 ff; *Lutter*, ZHR 1981, 224; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten<sup>6</sup> § 12 Rz 915 ff; *Werner*, ZHR 1981, 252 ff.

<sup>52</sup> *Lutter*, RdW 1987, 315.

<sup>53</sup> *Lutter*, ZHR 1981, 226.

<sup>54</sup> *Iro*, ÖBA 2001, 113.

<sup>55</sup> *Assmann*, WM 1996, 1349.

<sup>56</sup> *Iro*, ÖBA 2001, 113.

<sup>57</sup> BGH II ZR 137/05, ZIP 2006, 2077; *Hopt/Roth* in GroßKomm AktG<sup>4</sup> § 111 Rz 745; *Habersack* in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 111 Rz 136.

<sup>58</sup> OGH 1 Ob 144/01k, GesRZ 2002, 86; *Lutter*, ZHR 1981, 228.

<sup>59</sup> *Lutter*, ZHR 1981, 229.

<sup>60</sup> *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.

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.<sup>61</sup> 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).<sup>62</sup> 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.<sup>63</sup> Die Preisgabe der im Aufsichtsrat erworbenen Information soll im Sinne einer Nothilfe ferner dann ausnahmsweise zulässig sein, wenn sie die Bank vor einem Schaden bewahrt<sup>64</sup> – dies wird in Krisensituationen, in denen die Bank als Kreditgeberin auftritt, freilich regelmäßig der Fall sein. Daher ist 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.<sup>65</sup> 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.<sup>66</sup> Maximal kann der Bankvorstand darauf hinwirken, dass eine **börsennotierte krisenverfängene Gesellschaft**, in deren Aufsichtsrat er sitzt, selbst entsprechende Veröffentlichungen vornimmt.<sup>67</sup>

**33** Trotz der grundsätzlichen Weisungsfreiheit jedes einzelnen Mitglieds ist anerkannt, dass einzelne Mitglieder die Interessen etwa eines Anteilseigners mit einer Beteiligung iSv § 189a UGB oder eines sonstigen Interessenträgers im Gremium einbringen dürfen.<sup>68</sup> Auch ist es zulässig, das Aufsichtsratsmitglied intern zu einer derartigen Einbringung zu verpflichten (vgl Beitrag von *Kalss Rz 9/53*). Der Vertretung der Interessen eines Anteilseigners oder sonstigen Interessenträgers setzt aber jedenfalls das Wohl des Unternehmens Grenzen.<sup>69</sup>

**34** **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.<sup>70</sup> 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.

<sup>61</sup> *Lutter*, RdW 1987, 320.

<sup>62</sup> *Lutter*, ZHR 1981, 243.

<sup>63</sup> *Iro*, ÖBA 2001, 112 f; *Faßbender*, Innerbetriebliches Wissen 277; *Koziol* in FS Frotz 360.

<sup>64</sup> *Koziol* in FS Frotz 362; *Canaris*, Bankvertragsrecht Rz 1894; aA *Tippach*, Insider-Handelsverbot 276.

<sup>65</sup> *Iro*, ÖBA 2001, 113; *Koziol*, in FS Frotz 354, 363.

<sup>66</sup> So *Iro*, ÖBA 2001, 113.

<sup>67</sup> *Tippach*, Insider-Handelsverbot 193.

<sup>68</sup> *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 86 Rz 77; *Kalss*, GesRZ 2010, 143.

<sup>69</sup> *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 86 Rz 77; *Nowotny*, RdW 1999, 284 FN 9.

<sup>70</sup> *Iro*, ÖBA 2001, 114.

**Interessenkonflikte:** Generell hat das Aufsichtsratsmitglied im Fall auftretender **Interessenkonflikte** fallangepasst zu reagieren (siehe umfassend Beitrag von *Frotz/Schörghofer* Rz 25/10). 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 vertreten ist – dann etwa, wenn ein Kredit zur Finanzierung einer feindlichen Übernahme des Unternehmens gewährt werden soll, in dessen Aufsichtsrat der Vorstand der Bank vertreten ist. 35

## 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.<sup>71</sup> Damit erfasst § 69 IO natürliche Personen, persönlich haftende Gesellschafter, Liquidatoren von Handelsgesellschaften und die organschaftlichen Vertreter juristischer Personen, d.h. 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 AktG<sup>72</sup>– abgeleitet werden.<sup>73</sup> 36

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 verzögert oder verhindert haben oder sie zu der Verschleppung durch zu nachlässige Überwachung beitragen.<sup>74</sup> Der Aufsichtsrat ist verpflichtet, die Prüfung des Vorliegens eines Insolvenzgrundes durch den Vorstand zu veranlassen. Zu diesem Zweck können Sonderberichte angefordert werden.<sup>75</sup> Ein „Sanierungsverfahren“ kann nach § 167 Abs 2 IO bereits bei erst **drohender Zahlungsunfähigkeit** beantragt werden kann. 37

<sup>71</sup> Vgl. *Schumacher*, in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, InsR § 69 Rz 36 ff.; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I Rz 2/446.

<sup>72</sup> *Dellinger*, WBI 1993, 201, 203; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß 427.

<sup>73</sup> *Dellinger*, WBI 1993, 201 (203 f.); s a *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung 46; so a OGH ecolex 1996, 94; anders noch OGH SZ 65/155. Anders in Deutschland *Theiselman*, Corporate Finance law 2010, 197, 202.

<sup>74</sup> S *Schönbacher*, Haftung 209; *Kalss/Oelkers*, AR aktuell 2006, 6 ff.; *Kittel*, Handbuch 344 ff.

<sup>75</sup> *Schumacher*, in *Bartsch/Pollack/Buchegger*, InsR § 69 Rz 201; *Schärf*, GesRZ 2004, 41 f.

## VII. Die Rechtsstellung des Vorstands in der Insolvenz

### A. Konkursverfahren

- 38 Unter diesen Begriff fallen das Sanierungsverfahrens ohne Eigenverwaltung und das eigentliche Konkursverfahren (völlig ohne Sanierungsplan), die voneinander nur in wenigen Bestimmungen abweichen.<sup>76</sup> 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.<sup>77</sup> Die Vertretungsbefugnis des Vorstands wird durch den Insolvenzverwalter jedoch umfassend verdrängt.<sup>78</sup> Der Dienstvertrag des Vorstands kann durch den Insolvenzverwalter oder den Vorstand gem § 25 IO aufgelöst werden. Das Vorstandsmitglied kann den Ersatz seines Schadens als Insolvenzforderung geltend machen.<sup>79</sup> 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.<sup>80</sup> Die insolvenzrechtlichen Verfahrenspflichten der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder bieten angesichts der **stark eingeschränkten Kompetenzen** des Aufsichtsrats gerade keinen Beleg für dessen Weiterexistenz als Organ der Gesellschaft.

### B. Sanierungsverfahren

- 39 **Vorstand:** 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 Sanierungsverfahrens.<sup>81</sup> Voraussetzung dafür 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.<sup>82</sup> 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

<sup>76</sup> *Kodek*, ÖBA 2010, 498; *Mohr*, *ecolex* 2010, 563 (565).

<sup>77</sup> *U Torggler/Trenker* in *Konecny*, *Insolvenzforum* 2014, 74 f; *Schmidt-Leithoff* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, *Komm GmbHG* Vor § 64 Rz 258, 271.

<sup>78</sup> *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *Komm AktG* § 71 Rz 31; *Noack*, *Aufsichtsrat* 12; *Oechsler*, *AG* 2006, 606 (606).

<sup>79</sup> *OGH* 8 Ob S 3/14w; *Wachter*, *NZ* 2015, 241 ff.

<sup>80</sup> *U Torggler/Trenker* in *Konecny*, *Insolvenzforum* 2014, 74 f; *Noack*, *Aufsichtsrat* 13.

<sup>81</sup> §§ 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.

<sup>82</sup> § 169 IO.



Sanierungsverwalters.<sup>83</sup> 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.<sup>84</sup>

**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. 40

Die Eigenverwaltung bietet mehrere Vorteile:<sup>85</sup> 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.<sup>86</sup> 41

## VIII. Die Rechtsstellung des Aufsichtsrats in der Insolvenz

### A. Konkursverfahren

#### 1. Überwachungskompetenz

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.<sup>87</sup> Entsprechend verliert der Aufsichtsrat auch die Informationsbefugnisse nach § 81 AktG bzw. überhaupt das Recht, die Bücher und die übrigen Vermögensgegenstände der Gesellschaft zu prüfen.<sup>88</sup> 42

Diskussionswürdig ist es, dem Aufsichtsrat die Wahrnehmung der Rechte der ansonsten nicht beteiligten Aktionäre gegenüber dem Vorstand zu belassen.<sup>89</sup> Außerhalb des Konkurses kontrolliert der Aufsichtsrat gemäß § 209 Abs 2 AktG 43

<sup>83</sup> § 171 Abs 1 IO.

<sup>84</sup> § 171 IO.

<sup>85</sup> S *Kodek*, ÖBA 2010, 498; *Foltis* in Frankfurter Komm InsO Vor §§ 270 ff Rz 6 ff; *Wehdeking*, Masseverwaltung; *Flöther/Smid/Wehdeking*, Eigenverwaltung.

<sup>86</sup> *Kodek*, ÖBA 2010, 498; *Foltis* in Frankfurter Komm InsO Vor §§ 270 ff Rz 12.

<sup>87</sup> *J. Koch* in MünchKomm AktG § 264 Rz 70.

<sup>88</sup> *Siegelmann*, DB 1967, 1029, 1030.

<sup>89</sup> So *Oechsler*, AG 2006, 606.

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.<sup>90</sup>

## 2. Personalkompetenz

- 44 Das Vorstandsmitglied ist mit der Gesellschaft regelmäßig in zwei Rechtsverhältnissen verbunden: Mit der Bestellung durch den Aufsichtsrat entsteht zunächst ein **verbandrechtliches Verhältnis**.<sup>91</sup> 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,<sup>92</sup> sehr wohl aber die Zuständigkeit für die dienstrechtliche Anstellung des Vorstandsmitglieds. Diese geht auf den Insolvenzverwalter über.<sup>93</sup> Der Aufsichtsrat ist – da die Vorstandszusammensetzung zum insolvenzfremden Schuldnerbereich gehört – nur mehr für die verbandsrechtliche Seite des Bestellungsverhältnisses zuständig. Auch sonst verbleiben dem Aufsichtsrat im Konkurs nur wenige Kompetenzen,<sup>94</sup> wie etwa das Recht zur befristeten Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern in den Vorstand gemäß § 90 Abs 2 AktG, die Mitwirkung bei der Vertretung der Aktiengesellschaft im Rahmen von Anfechtungsklagen nach § 196 AktG sowie die außerordentliche Einberufung der Hauptversammlung gemäß § 95 Abs 4 AktG.

## B. Sanierungsverfahren

### 1. Überwachungskompetenz

- 45 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.<sup>95</sup> 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 verbleibt 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

<sup>90</sup> S Oechsler, AG 2006, 606 f.

<sup>91</sup> Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, Komm AktG<sup>2</sup> § 87 Rz 25.

<sup>92</sup> U Torggler/Trenker in Konecny, Insolvenzforum 2014, 74 f.

<sup>93</sup> Wachter, NZ 2015, 241.

<sup>94</sup> Schneider, in Jagenburg/Maier-Reimer/Verhoeven, FS Oppenhoff 349 (351); J. Koch in MünchKomm AktG § 264 Rz 70.

<sup>95</sup> Heil, InsR Rz 304.



Insolvenzverwalter und generell bei der Erfüllung des Sanierungsplans, dh speziell der Quote.

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. 46

## 2. Personalkompetenz

Im Sanierungsverfahren bleibt die **Personalkompetenz** des Aufsichtsrats aufrecht. 47

# IX. Finanzielle Ansprüche des Aufsichtsrats

## A. Vergütung

Nach hM steht einem Aufsichtsratsmitglied in der Insolvenz **kein Vergütungsanspruch gegen die Masse** zu.<sup>96</sup> Nach § 98 AktG hat die Vergütung des Aufsichtsratsmitglieds in einem angemessenen Verhältnis zu seinen Aufgaben und zur Lage der Gesellschaft zu stehen (vgl näher die Beiträge von *Kalss* Rz 50/28 und *Reichl* Rz 49/29 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 Insolvenzverfahren 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.<sup>97</sup> 48

## B. Aufwandsersatz

Die Zuerkennung eines Aufwandsersatzes, 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,<sup>98</sup> in der Praxis ist die Mitarbeit der Organe der gemeinschuldnerischen Gesellschaft jedoch regelmäßig 49

<sup>96</sup> RGZ 81, 332, 338 f; KG v 4.8.2005 – 1 W 397/03, ZIP 2005, 1553, 1555; *Schmidt-Leithoff* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, Komm GmbHG Vor § 64 Rz 271; *U Torggler/Trenker* in *Konecny*, Insolvenzforum 2014, 74 f anerkennen einen Anspruch, der sich aber auf Null reduzieren kann; *J. Koch* in *MünchKomm* § 264 Rz 60 f. erwägt allenfalls einen verminderten – dem geringen Leistungsumfang entsprechenden – Vergütungsanspruch aus etwaig vorhandenem insolvenzfremem Vermögen.

<sup>97</sup> *S Oechsler*, AG 2006, 606 (608).

<sup>98</sup> § 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.

eine wesentliche Voraussetzung für die erfolgreiche Abwicklung eines Konkursverfahrens.<sup>99</sup> Ist die Masse 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 Masseverwalter ist somit in diesem Fall und im Rahmen einer überschaubaren finanziellen Belastung für die Masse ein Beurteilungsspielraum für einen Aufwendersatz gemäß § 1014 ABGB zuzugestehen.<sup>100</sup>

## X. Die Mandatsniederlegung im Aufsichtsrat

50 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,<sup>101</sup> niemand soll gegen seinen Willen zur Wahrnehmung des Überwachungsauftrags gezwungen werden.<sup>102</sup> Dass der Aufsichtsrat seine **Vergütungs- und Aufwendersatzansprüche** mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens praktisch **verliert**, ist als **Verwirklichung eines Sachgrundes** zu werten.<sup>103</sup> Die Funktion des Aufsichtsrats an sich wird jedoch auch durch eine kollektive Untätigkeit oder bei einer Amtsniederlegung aller Mitglieder nicht beendet. Vielmehr ist der Vorstand bei einem mehr als drei Monate andauernden Verlust der Beschlussfähigkeit<sup>104</sup> des Aufsichtsrats nach § 89 AktG verpflichtet, einen gerichtlichen Antrag auf Neubesetzung zu stellen, selbst wenn die Kandidatensuche in einer derartigen Situation schwierig ist.<sup>105</sup> Grundsätzlich hat auch das Gericht keinen Ermessensspielraum, die Bestellung zeitweise auszusetzen.<sup>106</sup> 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.<sup>107</sup>

<sup>99</sup> *Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger*, InsR § 99 KO Rz 24.

<sup>100</sup> *Oechsler*, AG 2006, 606 (610).

<sup>101</sup> *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 87 Rz 56.

<sup>102</sup> S nur *Habersack* in MünchKomm § 103 Rz 59.

<sup>103</sup> *Schmidt-Leithoff* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, Komm GmbHG Vor § 64 Rz 271.

<sup>104</sup> *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 89 Rz 7.

<sup>105</sup> S *Oechsler*, AG 2006, 606, 612.

<sup>106</sup> Vgl *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 89 Rz 10.

<sup>107</sup> *Oechsler*, AG 2006, 606, 613.



**Susanne Kalss, Peter Kunz (Hg.)**

## **Handbuch für den Aufsichtsrat**

facultas 2016, 2., überarbeitete und erweiterte Auflage

1.742 Seiten, Leinen mit Schutzumschlag

ISBN 978-3-7089-1362-9

EUR 278,- (A) / EUR 270,- (D) / sFr 297,-