

20. Jahrgang / Dezember 2024 / Nr. 6

# Aufsichtsrat

Fachinformation für die verantwortungsvolle Kontrolle  
und Beratung von Unternehmen und Stiftungen

*aktuell*

## **12 Jahre BOARD SEARCH**

Es war eine großartige Zeit!

## **Das aktuelle Interview**

Benedikt Kommenda spricht mit Meinhard Lukas

## **Haftungsrisiken für Aufsichtsratsmitglieder**

Haftung bei Insolvenzverschleppung?

## **Rechtsprechung**

Buchpreisbindung: Der Anfang vom Ende?

## **Praxisfragen rund um den Aufsichtsrat**

ESG als Antrieb für Ethik und Erfolg von Unternehmen

Bundeschatzscheine neu – Wertpapier als Einlage?

Peter Drucker und der Aufsichtsrat

## **Neue Arbeit und radikale Neugestaltung**

Gespräch mit der New-Work-Pionierin Inga Höltmann

## **AufsichtsART®**

Das offene Buch

## **Literaturreisenschau**

Philipp Wetter

# Haftung des Aufsichtsrats bei Insolvenzverschleppung?

Ein (immer noch) hohes Zins- und Inflationsniveau gepaart mit geopolitischen Krisen und globalen Unsicherheiten führte nach einer Stagflation nun auch zu einer Rezession der österreichischen Wirtschaft. Während im ersten Halbjahr 2024 besonders die Bau- und Immobilienbranche mit zum Teil an den Passiva gemessenen spektakulären Insolvenzverfahren betroffen war, spiegelt sich die hartnäckig anhaltende Rezession nun vermehrt in Insolvenzen von Industriebetrieben wider. Für das Jahr 2024 werden rund 6.500 Unternehmensinsolvenzen erwartet; der größte Wert seit dem Krisenjahr 2009.<sup>(1)</sup> Für das Jahr 2025 ist nur ein moderates Wirtschaftswachstum zu erwarten, wobei die Auswirkungen des Auslaufens von im Rahmen der COVID-19-Pandemie vergebenen Förderungen bzw Bankgarantien im nächsten Jahr abzuwarten bleiben.<sup>(2)</sup> Zuletzt sind vermehrt große (aufsichtsratspflichtige) Unternehmen<sup>(3)</sup> bzw ganze Unternehmensgruppen von Insolvenzen betroffen. Dies gibt Anlass für einen Überblick über die potenziellen Haftungsrisiken für Aufsichtsratsmitglieder bei Eintritt der materiellen Insolvenz und einer allenfalls nicht rechtzeitigen Insolvenzantragstellung durch die Geschäftsleitungsorgane.

## 1. INTENSIVIERTE KONTROLLPFLICHTEN IN DER INSOLVENZNAHEN KRISE

### 1.1. Von der begleitenden zur gestaltenden Überwachung

Bei finanziell angespannten (insolvenznahen) Situationen oder sonst risikoträchtigen Besonderheiten trifft den Aufsichtsrat eine intensivierete Überwachungspflicht.<sup>(4)</sup> Es wird in diesem Zusammenhang zwischen verschiedenen Krisenstadien unterschieden, womit sich der Pflichtenkatalog des Aufsichtsrats<sup>(5)</sup> von einer zu Beginn bei Vorliegen erster Krisenindikatoren nur begleitenden in eine unterstützende und in der (insolvenznahen) Akutkrise letztlich gestaltende Überwachung wandelt.<sup>(6)</sup> Dieser Beitrag setzt zeitlich danach an, nämlich bei Scheitern der Sanierungsbemühungen, und stellt potenzielle zivilrechtliche Haftungsrisiken für Aufsichtsratsmitglieder bei verspäteter Insolvenzantragstellung (Insolvenzverschleppung) dar.<sup>(7)</sup>

### 1.2. Wesentliche Kontroll- und Überwachungsinstrumente des Aufsichtsrats

Pflichtenkatalog und Handlungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats in vorinsolvenzlichen

Krisensituationen werden an dieser Stelle nur in ausgewählten Aspekten erläutert; dazu und auf die Stellung des Aufsichtsrats im eröffneten Insolvenzverfahren sei auf die bereits umfassende Aufarbeitung in der Literatur verwiesen.<sup>(8)</sup>

Für den Aufsichtsrat einer AG eine der wichtigsten Kontrollmaßnahmen ist jedenfalls die Personalkompetenz zur Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern (§ 75 Abs 1 und 4 AktG). Damit kann in Krisensituationen nicht nur das Bestehen eines für solche Situationen fachlich qualifizierten Vorstands sichergestellt werden, (zB Chief Restructuring Officer). Bei Bestehen einer Insolvenzantragspflicht muss darüber hinaus durch Abberufung bzw Bestellung eines neuen (zusätzlichen) Vorstandsmitglieds darauf hingewirkt werden, dass rechtzeitig ein Insolvenzantrag gestellt wird (vgl dazu noch Pkt 2.4). Wenn erforderlich, können ausnahmsweise auch Aufsichtsratsmitglieder vorübergehend zu Vorstandsmitgliedern bestellt werden (§ 90 Abs 2 AktG).<sup>(9)</sup> Mangels entsprechender Personalkompetenz des Aufsichtsrats einer GmbH sind dort die diesbezüglichen Einflussmöglichkeiten beschränkt; allenfalls kann der Aufsichtsrat durch Einberufung



Mag. Philipp Wetter, BA ist Partner und Rechtsanwalt bei der fokus Rechtsanwälte GmbH. Sein Schwerpunkt liegt in den Bereichen Insolvenzrecht, Restrukturierung und Zivilprozessrecht.

(1) Vgl KSV1870, Anstieg setzt sich fort: Firmenpleiten um ein Viertel gestiegen, Pressemitteilung vom 11. 10. 2024.

(2) Vgl Schiman-Vukan/Ederer, Rezession in Österreich hält sich hartnäckig – WIFO-Konjunkturprognose (Stand 4. 10. 2024) abrufbar unter <https://www.wifo.ac.at/news/rezession-in-oesterreich-haelt-sich-hartnaeckig/#:~:text=Die%20%C3%B6sterreichische%20Wirtschaft%20steckt%20weiter,Nachfrage%20nach%20Investitionsg%C3%BCtern%20und%20Maschinen> (Zugriff am 16. 12. 2024).

(3) § 23 Abs 1 AktG; § 29 Abs 1 GmbHG.

(4) OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b.

(5) § 95 Abs 1 AktG bzw § 30j Abs 1 GmbHG.

(6) Vgl Kals/Oelkers, Der Aufsichtsrat in der Unternehmenskrise, Aufsichtsrat aktuell 6/2006, 6; Kals/Wendt in Kals/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat (2016) Kap 30 Rz 11 ff.

(7) Zur Stellung des Aufsichtsrats im Insolvenzverfahren vgl insbesondere Kals/Oelkers, Der Aufsichtsrat in der Insolvenz, Aufsichtsrat aktuell 1/2007, 11.

(8) Vgl dazu Kals/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat (2016) Kap 30.

(9) Vgl Kals in Doralt/Nowotny/Kals, AktG I<sup>3</sup> (2021) § 90 Rz 14 ff.

einer Generalversammlung die Gesellschafter zu solchen Maßnahmen bewegen (§ 30j Abs 4 GmbHG).

Weitere Überwachungs- und Kontrollinstrumente sind insbesondere die Anforderung von Berichten der Geschäftsleitung,<sup>(10)</sup> die Einsichtnahme und Prüfung von Büchern (Sonderprüfung)<sup>(11)</sup> sowie die Prüfung der Erteilung der Zustimmung zu genehmigungspflichtigen Geschäften bzw die Erweiterung des Katalogs solcher Geschäften.<sup>(12)</sup> Bei der gebotenen gestaltenden Überwachung hat der Aufsichtsrat Anzahl und Dauer der Aufsichtsratssitzungen zu steigern, ausreichende zeitliche Ressourcen zur Verfügung zu stellen und Informationen, Berichte und Vorschläge der Geschäftsleitungsorgane besonders kritisch zu hinterfragen bzw allenfalls durch Hinzunahme externer sachkundiger Personen (Berater) zu plausibilisieren.<sup>(13)</sup>

### 1.3. Mandatsniederlegung

Bei Uneinigkeit innerhalb des Aufsichtsrats über den Umfang der erforderlichen Überwachungsmaßnahmen, fehlender Sachkompetenz für Krisensituationen oder auch mangels Verfügbarkeit der bei einer gestaltenden Überwachung zumeist erforderlichen zeitlichen Ressourcen kann für einzelne Aufsichtsratsmitglieder die Mandatsniederlegung eine Notwendigkeit sein. Diese ist trotz fehlender gesetzlicher Grundlage nach herrschender Meinung grundsätzlich durch Rücktrittserklärung an die Gesellschaft jederzeit und ohne Beschränkung auf Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich. Lediglich ein Rücktritt ohne wichtigen Grund zur Unzeit wäre zwar wirksam, könnte aber wegen Pflichtwidrigkeit zu einer Schadenersatzpflicht führen.<sup>(14)</sup> Nach der Rechtsprechung und einem Teil der Lehre ist eine angemessene Rücktrittsfrist einzuhalten, um die Bestellung eines adäquaten neuen Aufsichtsratsmitglieds zu ermöglichen.<sup>(15)</sup>

(10) § 95 Abs 2 AktG; § 30j Abs 2 GmbHG.

(11) § 95 Abs 3 AktG bzw § 30j Abs 3 GmbHG.

(12) § 95 Abs 5 AktG bzw § 30j Abs 5 GmbHG.

(13) *Jaufer*, Das Unternehmen in der Krise (2022) Kap 7.5.

(14) *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG (2020) § 30b Rz 60.

(15) OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k; vgl *Aburumieh/Hoppel* in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, Taschenkommentar AktG (2019) § 87 Rz 51; *Aburumieh/Hoppel* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG<sup>2</sup> (2024) § 30b Rz 31: unter „gewöhnlichen Umständen“ vier bis acht Wochen.

(16) OGH 31. 5. 1977, 5 Ob 306/76; 26. 2. 2022, 1 Ob 144/01k; 22. 5. 2003, 8 Ob 262/02s; vgl die Übersicht in *Jaufer*, Unternehmen in der Krise, Kap 7.4.3.

(17) OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20b.

(18) RIS-Justiz RS0130657.

(19) *Adensamer* in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, Taschenkommentar AktG (2019) § 84 Rz 83 ff.

(20) Der Insolvenzgrund der insolvenzrechtlichen Überschuldung ist nur für kapitalistische Personengesellschaften (GmbH & Co KG bzw OG), juristische Personen und Verlassenschaften relevant (§ 67 Abs 1 IO).

(21) Die Insolvenzantragspflicht verlängert sich bei Naturkatastrophen (zB Pandemie) auf 120 Tage (§ 69 Abs 2a IO).

## 2. HAFTUNG DES AUFSICHTSRATS BEI INSOLVENZVERSCHLEPPUNG?

### 2.1. Allgemeines Haftungsregime für Aufsichtsratsmitglieder

Der OGH beschäftigte sich bereits in mehreren Entscheidungen mit verschiedenen Haftungsfragen und dem Sorgfaltsmaßstab von Aufsichtsratsmitgliedern insolventer Gesellschaften. Gegenstand dieser Entscheidungen waren ua das vorausgesetzte Minimum an Fähigkeiten und allfällige Sonderpflichten einzelner Aufsichtsratsmitglieder.<sup>(16)</sup> Zuletzt bekräftigte der OGH, dass für unternehmerische Entscheidungen des Aufsichtsrats der Ermessensspielraum der Business Judgment Rule gilt.<sup>(17)</sup> Eine Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern scheidet für unternehmerische Entscheidungen dann aus, wenn

- sie sich von keinen sachfremden Interessen leiten haben lassen,
- die Entscheidung auf Basis angemessener Informationen getroffen wurde,
- diese *ex ante* betrachtet offenkundig dem Wohl der Gesellschaft diene und
- vernünftigerweise angenommen werden darf, dass zum Wohl der Gesellschaft gehandelt wurde.<sup>(18)</sup>

Der Safe Harbor des durch die Business Judgment Rule abgesicherten Ermessensspielraums besteht aufgrund der Legalitätsbindung aber insbesondere nicht bei der sich aus § 69 IO ergebenden Insolvenzantragspflicht der Geschäftsleitungsorgane und der sich in diesem Zusammenhang ergebenden Handlungspflichten des Aufsichtsrats.<sup>(19)</sup>

### 2.2. Beginn der Insolvenzantragspflicht

Bei Vorliegen eines materiellen Insolvenzgrunds – dh Zahlungsunfähigkeit (§ 66 IO) oder insolvenzrechtliche Überschuldung (§ 67 IO)<sup>(20)</sup> – ist ein Schuldner verpflichtet, unverzüglich, spätestens aber binnen 60 Tagen die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu beantragen (§ 69 Abs 2 IO).<sup>(21)</sup> Die Frist beginnt nach

herrschender Meinung mit positiver Kenntnis des Schuldners vom Vorliegen eines Insolvenzgrunds.<sup>(22)</sup>

Nach der strafrechtlichen Rechtsprechung zu Kridadelikten ist auf die zeitlich frühere objektive Erkennbarkeit abzustellen.<sup>(23)</sup> Da ein sorgfältiger Geschäftsleiter (§ 25 GmbHG; § 84 AktG) insbesondere bei Krisenindikatoren eine laufende Solvenzprüfung vornehmen sollte und ein (böswilliges) „Augenverschließen“ selbstredend nicht den Fristbeginn hinauszögern kann, kommt es in der (Beratungs-)Praxis in der Regel darauf an, wann die materielle Insolvenz zumutbar erkennbar war. Dabei handelt es sich um eine absolute Höchstfrist und eine letzte Chance zur Sanierung des Schuldners: Sie darf nur so lange ausgenutzt werden, als eine Sanierung im Sinn einer Beseitigung des materiellen Insolvenzgrunds innerhalb dieser Frist noch realisierbar erscheint. Ist bis Fristablauf eine Wiederherstellung der Solvenz erkennbar nicht mehr aussichtsreich und realisierbar, ist sofort ein Insolvenzantrag zu stellen.<sup>(24)</sup>

### 2.3. Adressaten der Insolvenzantragspflicht

Bei juristischen Personen ist jeder einzelne organschaftliche Vertreter (zB Geschäftsführung, Vorstand, Liquidatoren), bei „*führungslosen Kapitalgesellschaften*“ ausnahmsweise der mehr als 50%-Mehrheitsgesellschafter zur Insolvenzantragstellung legitimiert und verpflichtet.<sup>(25)</sup> Prokuristen, rechtsgeschäftlich Bevollmächtigte, Gesellschafter (mit der erwähnten Ausnahme) und auch Aufsichtsratsmitglieder trifft keine unmittelbare Insolvenzantragspflicht; sie haben auch kein Recht dazu.<sup>(26)</sup> Davon zu unterscheiden sind haftungsrechtliche Konsequenzen, die zB auch nicht antragsverpflichtete Aufsichtsrats- oder (aufsichtsratsähnliche) Beiratsmitglieder bei einem (qualifizierten) Beitrag zur Insolvenzverschleppung durch die Leitungsorgane treffen können.

### 2.4. Pflichten des Aufsichtsrats bei der Insolvenzantragstellung

Bei insolvenznahen Krisen wird sich angesichts der diesfalls den Aufsichtsrat treffenden

intensivierten Überwachungspflicht das Wissen der Leitungsorgane über das Vorliegen eines Insolvenzgrunds zumeist mit jenem des Aufsichtsrats decken. Sollte nicht geklärt sein, ob bzw seit wann ein Insolvenzgrund vorliegt und ob gegebenenfalls bereits eine Insolvenzantragspflicht der Leitungsorgane besteht, hat der Aufsichtsrat auf eine zeitnahe Klärung dieser Frage zu drängen und insbesondere proaktiv Informationen bzw Sonderberichte anzufordern sowie diese auch kritisch zu hinterfragen (zB Liquiditätsplanung samt OP-Liste oder eine positive Fortbestehensprognose, Anforderungsberichte zum Status quo der innerhalb der Insolvenzantragspflicht laufenden Sanierungsbemühungen und deren Erfolgswahrscheinlichkeit).<sup>(27)</sup>

Bei Eintritt eines Insolvenzgrunds kommt die höchste Kontrolldichte des Aufsichtsrats zur Anwendung. Bei Vorliegen einer Insolvenzantragspflicht hat der Aufsichtsrat unter Verwendung sämtlicher ihm zur Verfügung stehenden Rechte proaktiv darauf hinzuwirken, dass das Leitungsorgan einen Insolvenzantrag stellt.<sup>(28)</sup> Nicht nur die passive Unterlassung der Hinwirkung, sondern auch die (umso schwerer wiegende) Anstiftung zur oder aktive Unterstützung der Leitungsorgane bei der Unterlassung der rechtzeitigen Insolvenzantragstellung kann haftungsbegründend sein. Bei einer anhaltenden Weigerung der Leitungsorgane, einen Insolvenzantrag zu stellen, hat der Aufsichtsrat (der AG) von seiner Personalkompetenz Gebrauch zu machen, dh sich weigernde Vorstandsmitglieder abzurufen bzw entsprechend geeignete neue Vorstandsmitglieder zu bestellen. Bei Meinungsdivergenzen ob des Vorliegens eines Insolvenzgrunds ist empfehlenswert, dass der Aufsichtsrat – unter Beiziehung einschlägiger Rechts- und Finanzberater – eine eigenständige Prüfung vornimmt bzw vornehmen lässt.<sup>(29)</sup>

Die Hinwirkungspflicht und damit verbundenen Haftungskonsequenzen bei Insolvenzverschleppung können sich auch aus der Position als faktischer Geschäftsführer ergeben. Darunter ist eine Person zu verstehen, die – ohne formell als Leitungsorgan bestellt worden zu sein – „[...] *das Unternehmen leitet oder (zumindest) maßgeblichen Einfluss auf die*

(22) Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer, IO<sup>2</sup> (2022) § 69 Rz 28.

(23) OGH 10. 12. 1990, 15 Os 120/90: „[...] wird spätestens durch die Kenntnis des Schuldners vom Vorliegen der Voraussetzungen für die Konkurseröffnung ausgelöst [...].“

(24) Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer, IO<sup>2</sup>, § 69 Rz 26 ff mwN; Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze (2005) § 69 KO Rz 20 f mwN.

(25) § 69 Abs 3 und 3a IO; es sei auf spezialgesetzliche Besonderheiten wie zB das Insolvenzantragsmonopol der FMA bei Kreditinstituten hingewiesen (§ 83 Abs 3 BWG).

(26) Kalss/Wändt in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat, Kap 30 Rz 36; Kalss/Oelkers, Aufsichtsrat aktuell 1/2007, 11; Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze, § 69 KO Rz 20, 41.

(27) Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer, IO<sup>2</sup>, § 69 Rz 31.

(28) OGH 19. 5. 2021, 17 Ob 5/21s, Rz 20.

(29) RIS-Justiz RS0116171; Jauffer, Unternehmen in der Krise, Kap 7.2.2.

*Geschäftsführung nimmt*.<sup>(30)</sup> Zusätzlich wird in der Regel ein „nach außen erkennbares Gerieren wie ein Geschäftsführer“ gefordert. Unstrittig ist, dass der Aufsichtsrat kein „Neben- oder Supergeschäftsführer“<sup>(31)</sup> ist, kein Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsleitung hat und nicht operativ geschäftsführend, sondern – abhängig von der jeweiligen Gesellschaftssituation unterschiedlich intensiv – überwachend und beratend tätig ist.<sup>(32)</sup> Faktischer Geschäftsführer kann jede (dritte) Person sein, in Frage kommt aber bei stark personalistisch strukturierten Gesellschaften auch ein Gesellschafter, der (bei der AG) möglicherweise zum Zweck der direkten Ausübung der Personalkompetenz über den Vorstand zugleich auch im Aufsichtsrat vertreten ist.

## 2.5. Haftungsumfang des Aufsichtsrats bei Insolvenzverschleppung

Aufsichtsratsmitglieder kann bei Beteiligung an einer Insolvenzverschleppung sowohl im Innenverhältnis gegenüber der (insolventen) Gesellschaft (§ 99 iVm § 84 AktG bzw § 33 iVm § 25 GmbHG) als auch im Außenverhältnis gegenüber geschädigten Gläubigern eine Haftung treffen.<sup>(33)</sup> Bei Letzterem kommt eine Schadenersatzpflicht wegen Beteiligung an einer Schutzgesetzverletzung (§ 1311 ABGB iVm § 69 Abs 2 IO; strafrechtliche Kridadelikte) oder – bei proaktiver Vereitelung der rechtzeitigen Insolvenzantragstellung – auch wegen absichtlich sittenwidriger Schädigung (§ 1295 Abs 2 ABGB) in Betracht.<sup>(34)</sup>

Für die erfolgreiche Geltendmachung eines Anspruchs gegen ein Aufsichtsratsmitglied bedarf es eines durch das pflichtwidrige Verhalten im Zusammenhang mit der Insolvenzantragstellung kausal verursachten Gesellschafts- bzw Gläubigerschadens. Hinsichtlich des Verschuldens gilt sowohl bei der Innen-<sup>(35)</sup> als auch bei der Außenhaftung wegen Schutzgesetzverletzung<sup>(36)</sup> eine Beweislastumkehr. Zudem muss die unterlassene Kontrolle bzw aktive Vereite-

lung für den durch die Insolvenzverschleppung eingetretenen Schaden kausal gewesen sein.<sup>(37)</sup> Der Einwand, dass auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten der Schaden entstanden wäre, ist insbesondere beim GmbH-Aufsichtsrat aufgrund der dort fehlenden Personalkompetenz den Geschäftsführer betreffend denkbar.<sup>(38)</sup> Die Haftung besteht bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen für jedes pflichtwidrig handelnde Aufsichtsratsmitglied, wobei solidarische Haftung mit einer Regressmöglichkeit im Innenverhältnis gilt.<sup>(39)</sup>

Der Umfang der Innenhaftung eines Aufsichtsratsmitglieds gegenüber der Gesellschaft deckt sich durch den Verweis auf § 84 AktG bzw § 25 GmbHG mit jenem eines Geschäftsleiters:<sup>(40)</sup> Eine Haftung besteht demnach sowohl für die nach Eintritt der Insolvenzantragspflicht eingetretene Erhöhung der Passiva der Gesellschaft (Betriebsverlust)<sup>(41)</sup> als auch für nach Eintritt der materiellen Insolvenz in unzulässiger Weise getätigte Zahlungen an einzelne Gläubiger, die entgegen des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes (*par conditio creditorum*) und der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (Business Judgment Rule) geleistet wurden.<sup>(42)</sup>

Im Außenverhältnis kommt insbesondere eine Haftung gegenüber Altgläubigern für den von diesen erlittenen Quotenschaden in Betracht. Dieser ergibt sich aus der Differenz der hypothetischen Insolvenzquote bei fristgerechter Insolvenzantragstellung im Vergleich zur letztlich tatsächlich ausgeschütteten Quote. Der Altgläubiger ist erst nach rechtskräftiger Aufhebung des Insolvenzverfahrens zur Geltendmachung seines Quotenschadens aktivlegitimiert (§ 69 Abs 5 IO); sein Anspruch kann sich allerdings bis dahin bereits durch die erfolgreiche Geltendmachung von Haftungs- und Anfechtungsansprüchen durch den Insolvenzverwalter (massiv) reduziert haben. Neugläubiger sind jene, mit denen die Gesellschaft bereits nach Eintritt der materiellen Insolvenz kontrahiert hat (dh *in statu cridae*) und die im Vertrauen auf

(30) RIS-Justiz RS0119794; zuletzt etwa OGH 7. 5. 2024, 17 Ob 2/24d.

(31) OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup>, § 86 Rz 53.

(32) *Kalss/Wendt* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat, Kap 30 Rz 11.

(33) *Kalss/Wendt* in *Kalss/Kunz*, HB Aufsichtsrat, Kap 30 Rz 37.

(34) *Jaufer*, Unternehmen in der Krise, Kap 7.4.2.

(35) § 99 iVm § 84 Abs 2 AktG; für die GmbH: OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k.

(36) § 1298 ABGB; vgl *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,09</sup>, § 1311 Rz 52.

(37) Dies wird insbesondere bei Schutzgesetzverletzungen durch den Anscheinsbeweis in der Beweisführung erleichtert, vgl *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,09</sup>, § 1311 Rz 50.

(38) *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG, § 33 Rz 38 mwN.

(39) *Jaufer*, Unternehmen in der Krise, Kap 7.4.1.

(40) RIS-Justiz RS0049293 [T1]; vgl *Gassner/Wabl*, Insolvenzverschleppung und Zahlungsverbot: Aktuelle Entwicklungen und Bedeutung für Geschäftsführer, *ecolex* 2018, 908.

(41) § 25 Abs 2 GmbHG bzw § 84 Abs 2 AktG.

(42) § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG bzw § 84 Abs 3 Z 6 AktG; vgl *Schumacher* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO<sup>3</sup>, § 69 Rz 85 ff mwN.

die nicht offengelegte materielle Insolvenz einen Vertrauensschaden erlitten haben. Sie sind so zu stellen, als hätten sie nie mit der Gesellschaft kontrahiert.<sup>(43)</sup>

Der Vollständigkeit halber sei auch das Haftungsrisiko nach § 25 iVm § 22 URG erwähnt: Wurde von der Geschäftsleitung die Einleitung eines Unternehmensreorganisationsverfahrens für eine prüfpflichtige Gesellschaft vorgeschlagen, hat der Aufsichtsrat die dafür notwendige Zustimmung verweigert und wird letztlich ein Insolvenzverfahren über diese Gesellschaft eröffnet, haften die Aufsichtsratsmitglieder unter bestimmten Voraussetzungen solidarisch anstelle der Geschäftsleitung, maximal aber bis 100.000 € pro Person.

### 2.6. Anfechtung der erhaltenen Aufsichtsratsvergütung

Neben dem Haftungsrisiko für Pflichtwidrigkeiten gewinnt in jüngster Vergangenheit auch die insolvenzrechtliche Anfechtung der vor Insolvenzeröffnung an Aufsichtsratsmitglieder gezahlten Vergütung an Bedeutung: Nach §§ 27 ff IO kann der Insolvenzverwalter binnen eines Jahres nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens<sup>(44)</sup> Zahlungen des insolventen Schuldners innerhalb bestimmter kritischer Fristen vor Insolvenzeröffnung anfechten und eine Rückzahlung an die Insolvenzmasse fordern. Besonders praxisrelevant ist in diesem Zusammenhang eine Anfechtung wegen subjektiver Begünstigung (§ 30 Abs 1 Z 2 und 3 IO) für Zahlungen von bis zu einem Jahr vor Insolvenzeröffnung oder Kenntnis der materiellen Insolvenz (Deckungsanfechtung; § 31 Abs 1 Fall 1 IO) für Zahlungen von bis zu sechs Monaten vor Insolvenzeröffnung. Bei erfolgreicher Anfechtung und nach Rückzahlung der Vergütung an die Insolvenzmasse verbleibt nur mehr eine quotenmäßig zu befriedigende Insolvenzforderung (§ 51 IO).

Dabei gelten für die Zwecke des insolvenzrechtlichen Anfechtungsrechts Aufsichtsratsmitglieder als nahe Angehörige eines Schuld-

ners (§ 32 Abs 2 Z 1 IO).<sup>(45)</sup> Dies führt in einem Anfechtungsprozess regelmäßig zu einer Behauptungs- und Beweislastumkehr zugunsten des klagenden Insolvenzverwalters: So müssen belangte Aufsichtsratsmitglieder etwa bei Abwehr eines Anfechtungsanspruchs nach § 31 IO behaupten und beweisen, dass sie zum Zeitpunkt des Erhalts der Aufsichtsratsvergütung keine Kenntnis von der materiellen Insolvenz der Gesellschaft hatten oder haben mussten – eine nicht zu unterschätzende Herausforderung angesichts der intensivierten Kontrollpflichten des Aufsichtsrats in der insolvenznahen Krise.

Das beschriebene Haftungsrisiko gilt auch für sonstige Zahlungen an Aufsichtsratsmitglieder, die in keinem (unmittelbaren) Zusammenhang mit der Aufsichtsrats Tätigkeit standen (zB Beraterhonorare). Wurde ein Aufsichtsratsmitglied von einem Kapitalvertreter entsandt, ist das Wissen insbesondere wegen der dem entgegenstehenden Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsrats nicht *per se* dem entsendenden Kapitalvertreter zuzurechnen. So ist etwa das einem „Banken-Aufsichtsrat“ erworbene Wissen nur in Ausnahmefällen dem Kreditinstitut zuzurechnen.<sup>(46)</sup>

### 3. FAZIT

In insolvenznahen Situationen kommt es nicht nur zu einer deutlich intensivierten Überwachungspflicht des Aufsichtsrats, sondern auch zu einer Erhöhung des Haftungsrisikos von Aufsichtsratsmitgliedern im Fall einer Insolvenzverschleppung. Auch ohne Insolvenzantragspflicht und -recht haften Aufsichtsratsmitglieder bei schuldhaft vernachlässigter Wahrnehmung ihrer Überwachungspflichten oder gar proaktiver Beteiligung an einer Insolvenzverschleppung für die der Gesellschaft und ihren Gläubigern dadurch entstandenen Schäden. Zusätzlich besteht das Risiko einer insolvenzrechtlichen Anfechtung und somit Rückforderung der vor Insolvenzeröffnung erhaltenen Zahlungen, wie etwa Aufsichtsratsvergütungen.

(43) Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer, IO<sup>3</sup>, § 69 Rz 72 ff mwN.

(44) § 43 Abs 2 IO; eine einmalige Verlängerung kann zwischen Insolvenzverwalter und Anfechtungsgegner vereinbart werden.

(45) Rebernik in Konecny, Insolvenzgesetze (2021) § 32 IO Rz 20.

(46) Rebernik in Konecny, Insolvenzgesetze, § 32 IO Rz 77 mwN; Kalss/Wendt in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat, Kap 30 Rz 32 ff mwN.