

Susanne Kalss/Janine Oelkers

Der Aufsichtsrat in der Insolvenz

Die Zahl der insolventen Unternehmen ist in Österreich konstant auf hohem Niveau. Zwar konnte 2006 mit einem Rückgang von 3,9 % gegenüber dem Vorjahr eine leicht rückläufige Tendenz ausgemacht werden, dennoch mussten noch immer 6.765 Unternehmen Konkurs anmelden.⁽¹⁾ Von der Insolvenzgefahr betroffen sind zwar in erster Linie kleinere GmbHs, aber auch die Konkurse von Aktiengesellschaften und aufsichtsratspflichtigen Gesellschaften mit beschränkter Haftung nehmen zu.⁽²⁾ Aus der Sicht des Aufsichtsrats stellt sich in diesem Zusammenhang einerseits die Frage, ob dessen Organstellung in der Insolvenz endet, und, falls dies nicht der Fall ist, welchen Einfluss die Insolvenzeröffnung auf die Rechte und Pflichten des Gremiums nimmt. Schließlich ist auch die persönliche Rechts- und Pflichtenlage des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds im Konkurs sowie im Ausgleich der Gesellschaft zu untersuchen.

1. KONKURSANTRAGSPFLICHT

Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit führen zur Insolvenz der Kapitalgesellschaft. § 69 Abs. 2 KO verpflichtet den Schuldner, mit Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber binnen 60 Tagen, die Eröffnung des Konkursverfahrens bei Gericht zu beantragen.⁽³⁾ Damit erfasst § 69 KO natürliche Personen, persönlich haftende Gesellschafter, Liquidatoren 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 KO weder gedeckt noch kann sie aus anderen Vorschriften – namentlich der Einberufungspflicht bei erheblichen Verlusten des Nennkapitals gemäß § 36 Abs. 2 GmbHG bzw. § 83 AktG⁽⁴⁾ – abgeleitet werden.⁽⁵⁾

Obwohl die Aufsichtsratsmitglieder die Antragspflicht selbst nicht trifft, können sie wegen Verschleppung des Konkursantrages 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.⁽⁶⁾

2. GEGENÜBERSTELLUNG KONKURS/ AUSGLEICH

Bekanntlich unterscheidet das österreichische Insolvenzrecht zwischen dem Konkursverfahren nach der Konkursordnung (KO) und dem Ausgleichsverfahren nach der Ausgleichsordnung (AO): Während das Konkursverfahren mittels Liquidierung des Unternehmens unter Verwertung der verbleibenden Masse auf die gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger zielt und dem Schuldner die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis entzieht, stellt der gerichtliche Ausgleich ein eigenständiges, auf Restrukturierung und Erhalt des krisenverfangenen Unternehmens ausgerichtete Insolvenzverfahren dar, das eine Restschuldbefreiung des Schuldners unter weitgehendem Fortbestand seiner Verfügungsbefugnis ermöglicht.⁽⁷⁾

Die Einleitung des Ausgleichsverfahrens ist auf Antragstellung des Schuldners bei Vorliegen materieller Insolvenz (Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung) sowie bei drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 1 Abs. 1 AO) so lange möglich, als das Gericht noch nicht über allfällige



Univ.-Prof. Dr. Susanne Kalss ist Universitätsprofessorin am Institut für Bürgerliches Recht und Handelsrecht der Wirtschaftsuniversität Wien. Sie leitet das vom FWF finanzierte START-Projekt „Organisation und Vermögensordnung im Recht der Kapitalgesellschaften“.

Mag. Janine Oelkers ist Forschungsassistentin dieses Projekts sowie Lektorin an der Wirtschaftsuniversität Wien.

Für weitere Informationen zum START-Projekt siehe www.start-law.at.

(1) Insolvenzstatistik 2006, verfügbar unter www.creditreform.at

(2) Im vorangehenden Heft wurde die Rechtsstellung des Aufsichtsrats in der Unternehmenskrise untersucht, s. Kalss/Oelkers, Der Aufsichtsrat in der Unternehmenskrise, Aufsichtsrat aktuell 6/2006, 6 ff.

(3) Vgl. Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, KO, § 69 Rz. 36 ff.; Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung I² (1997) Rz. 2/446.

(4) Dellinger, Zur Kridahaftung der GmbH-Gesellschafter sowie zur Ersatzfähigkeit und Berechnung des Vertrauensschadens der Neugläubiger, WBl. 1993, 201 (203); Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 427.

(5) Dellinger, WBl. 1993, 201 (203 f.); s. auch Dellinger, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall, insbesondere gegenüber sogenannten Neugläubigern (1991) 46; so auch OGH, eolex 1996, 94; anders noch OGH, SZ 65/155.

(6) S. Kalss/Oelkers, Aufsichtsrat aktuell 6/2006, 6 ff.; Kittel, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder (2006) 344 ff.

(7) Dazu Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht² (2004) Rz. 761 ff.; P. Oberhammer, Unternehmensanierung als rechtspolitisches Gestaltungsanliegen – Gedanken zur Insolvenzrechtsreform, in Hoffmann/Weissmann, O. Oberhammer-FS (1999) 119 (127 ff.).

Während der Aufsichtsrat in der Krise der Gesellschaft umfassend gefordert ist, reduziert sich die Pflichtbindung mit Einleitung des Konkursverfahrens schlagartig auf ein Minimum. Dem Aufsichtsrat verbleiben nur wenige Kompetenzen, die er wahrzunehmen hat.

Konkursanträge der Gläubiger entschieden hat.⁽⁸⁾

Zwar unterliegt der Schuldner ab Eröffnung des Ausgleichsverfahrens verschiedenen Beschränkungen (§ 8 Abs. 2 AO), doch ist mit dem gerichtlichen Ausgleich keine der Konkursöffnung vergleichbare Beschlagswirkung verbunden:⁽⁹⁾ Nicht der Ausgleichsverwalter, sondern der Schuldner verwaltet das Vermögen.

Die praktische Bedeutung des gerichtlichen Ausgleichs als Sanierungsinstrument ist jedoch, nicht zuletzt aufgrund der gesetzlichen, vom Schuldner zu erbringenden Mindestquote in Höhe von 40 % in der Vergangenheit gering geblieben.⁽¹⁰⁾

3. KONKURSANTRAG ALS AUFLÖSUNGSGRUND

Ziel des Konkursverfahrens ist die gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger durch die Verwertung des Vermögens der Gesellschaft und die Verteilung dessen Erlöses. Damit dient die Insolvenzantragspflicht dem Gläubigerschutz. Sie bietet Geschäftsleitern zahlungsunfähiger oder überschuldeter Gesellschaften einen negativen Anreiz,⁽¹¹⁾ ihre Unternehmen der Insolvenz zuzuführen, um weitere Schmälerungen der Konkursmasse zu vermeiden.⁽¹²⁾ Gleichzeitig trägt sie auch dem Gedanken des Verkehrsschutzes Rechnung, insolvente Gesellschaften aus dem Verkehr zu ziehen, um potenzielle Vertragspartner vor rechtsgeschäftlichem

Kontakt mit derartigen Gesellschaften zu bewahren.⁽¹³⁾

Entsprechend stellt die Eröffnung eines Konkursverfahrens für die Gesellschaft einen Auflösungsgrund dar.⁽¹⁴⁾ Die Gesellschaft wird jedoch nicht sogleich beendet, sondern ist vermögens- und organisationsrechtlich im Rahmen des Konkursverfahrens abzuwickeln,⁽¹⁵⁾ an dessen Ende die vollständige Vermögensverteilung durch den Masseverwalter und die amtswegige Löschung der Gesellschaft im Firmenbuch stehen.

4. DIE RECHTSSTELLUNG DES VORSTANDS IN DER INSOLVENZ

4.1. Konkursverfahren

Die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der juristischen Person lässt die Existenz und die Besetzung der Gesellschaftsorgane unberührt – Vorstand und Aufsichtsrat bleiben im Amt.⁽¹⁶⁾ Die Vertretungsbefugnis des Vorstands wird durch den Masseverwalter jedoch umfassend verdrängt.⁽¹⁷⁾ Während die fortdauernde Existenz des Organs Vorstand angesichts der Auskunftspflicht des Gemeinschaftschuldners im Konkurs⁽¹⁸⁾ 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.⁽¹⁹⁾ Die konkursrechtlichen Verfahrenspflichten der einzelnen Auf-

(8) Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht², Rz. 769. Nach den Reformvorschlägen der WKO zum österreichischen Insolvenzrecht, welche 2006 online publiziert wurden, soll die Antragstellung künftig nur mehr bei drohender Insolvenz möglich sein; vgl. www.creditreform.at.

(9) Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht², Rz. 779.

(10) 2006 wurden lediglich 89 Ausgleichsverfahren eröffnet. Damit kommt diesem Sanierungsinstrument in der Praxis keinerlei Bedeutung zu, es ist totes Recht. Die Reformvorschläge der WKO sehen eine Senkung der regelmäßig nicht erreichbaren Ausgleichsquote auf 30 % vor. Zudem soll die Zwangsstundung auf 12 Monate erstreckt werden, um die Geltendmachung von Aus- und Absonderungsrechten zu ermöglichen. Zu den Reformvorschlägen vgl. www.creditreform.at; s. ferner Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht², Rz. 766 f.

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

(12) Exemplarisch OGH, WBL 1990, 345; zustimmend Koppensteiner, GmbH-Gesetz Kommentar² (1999) § 25 Rz. 38.

(13) OGH 22. 10. 1997, 7 Ob 2339/96p = ÖBA 1998, 488 = ecotex 1998, 327; s. auch Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I², Rz. 2/474; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co. KG (2004) 28; Karollus, Neues zur Konkursverschleppungshaftung und zur Geschäftsführerhaftung aus culpa in contrahendo, ÖBA 1995, 7 (10 f.); Iro, Neue Rechtssprechung des BGH zur Geschäftsführerhaftung wegen Konkursverschleppung, RdW 1994, 270 (271); kritisch Koppensteiner, GmbH-Gesetz Kommentar², § 25 Rz. 38; Dellinger, WBL 1996, 173 (180 ff.); Schummer, Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen Konkursverschleppung – ebenfalls ein Irrweg? in Kramer/Schumacher, Koppensteiner-FS (2001) 211 (219 ff.).

(14) § 203 Abs. 1 Z 3 AktG; § 84 Abs. 1 Z 4 GmbHG.

(15) Noack, Der Aufsichtsrat in der Insolvenz der Kapitalgesellschaft (2003) 11.

(16) A. A. noch Kalls in Doralt/Nowotny/Kalls, Kommentar zum Aktiengesetz (2003) § 87 Rz. 45.

(17) Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalls, Kommentar zum Aktiengesetz, § 71 Rz. 31; Noack, Aufsichtsrat, 12; Oechsler, Der Aufsichtsrat in der Insolvenz, AG 2006, 606 (606).

(18) S. sogleich unter Abschnitt 7.2.) dieses Beitrags sowie FN 29.

(19) Noack, Aufsichtsrat, 13.

Der Aufsichtsrat in der Insolvenz

sichtsratsmitglieder bieten angesichts der stark eingeschränkten Kompetenzen des Aufsichtsrats gerade keinen Beleg für dessen Weiterexistenz als Organ der Gesellschaft.

4.2. Ausgleichsverfahren

Im Unterschied zum Gemeinschuldner im Konkurs verwaltet der Ausgleichsschuldner sein Unternehmen weiterhin selbst. Eine Vertretung im Rechtssinn durch den Ausgleichsverwalter findet nicht statt, da dem Ausgleichsschuldner die Verfügungsbefugnis nicht entzogen ist. So wird die Gesellschaft – unter Aufsicht des Ausgleichsverwalters – weiterhin durch den Vorstand der Gesellschaft geleitet und vertreten. Lediglich Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, die nicht zum gewöhnlichen Unternehmensbetrieb zu zählen sind, erfordern bei sonstiger Unwirksamkeit gegenüber Dritten die Zustimmung des Ausgleichsverwalters.⁽²⁰⁾

5. DIE RECHTSTELLUNG UND KOMPETENZEN DES AUFSICHTSRATS IM KONKURS

5.1. Personalkompetenz

Das Vorstandsmitglied ist mit der Gesellschaft regelmäßig in zwei Rechtsverhältnissen verbunden: Mit der Bestellung durch den Aufsichtsrat entsteht zunächst ein verbandrechtliches Verhältnis.⁽²¹⁾ Parallel wird üblicherweise ein schuldrechtlicher freier Dienstvertrag mit der Gesellschaft geschlossen, welche hierbei vom Aufsichtsrat vertreten wird. Mit Eintritt des Konkurses verliert der Aufsichtsrat zwar nicht seine Bestellungskompetenz, sehr wohl aber die Zuständigkeit für die dienstrechtliche Anstellung des Vorstandsmitglieds. Diese geht auf den Masseverwalter über. Der Aufsichtsrat ist – da die Vorstandszusammensetzung zum insolvenzfreien Schuldnerbereich gehört – nur mehr für die verbandsrechtliche Seite des Bestellungsverhältnisses zuständig.

Auch sonst verbleiben dem Aufsichtsrat im Konkurs nur wenige Kompetenzen,⁽²²⁾ 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.

5.2. 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 Masseverwalter bestehen keine Informations- und Kontrollrechte. Entsprechend verliert der Aufsichtsrat auch die Informationsbefugnisse nach § 81 AktG bzw. überhaupt das Recht, die Bücher und die übrigen Vermögensgegenstände der Gesellschaft zu prüfen.⁽²³⁾

Diskussionswürdig ist es, dem Aufsichtsrat die Wahrnehmung der Rechte der ansonsten nicht beteiligten Aktionäre gegenüber dem Vorstand zu belassen.⁽²⁴⁾ Außerhalb des Konkurses kontrolliert der Aufsichtsrat gemäß § 209 Abs. 2 AktG schließlich die Tätigkeit des Vorstands bei der Abwicklung. Ähnlich ist die Interessenlage im Konkursverfahren: Von der Kooperationsbereitschaft des Vorstands kann es mitunter abhängen, wie weit die Gläubiger befriedigt werden, so dass die Überwachung des Vorstands durchaus dem kaufmännischen Selbstverständnis entsprechen wird und – mit pragmatischem Blick auf weitere Geschäftsbeziehungen – auch im Interesse der Gesellschaft ist.⁽²⁵⁾

6. DIE RECHTSTELLUNG UND KOMPETENZEN DES AUFSICHTSRATS IM AUSGLEICHsverfahren

6.1. Überwachungskompetenz

Die Organe der Gesellschaft behalten auch während des Ausgleichs ihre Funktion. Einschränkungen unterliegen sie nur dann, wenn ihre Kompetenzen mit den vom Ausgleichsverwalter im Verfahren wahrzunehmenden Aufgaben kollidieren.⁽²⁶⁾ So obliegt dem Ausgleichsverwalter etwa die Überwachung der Geschäftsführung des Ausgleichsschuldners – vor allem zur Abwendung einer Vermögensschmälerung und zur Fortführung des Unternehmens – sowie die Kontrolle der Lebensführung und der Verfügungen des Ausgleichsschuldners über dessen

Die eigentliche Funktion des Aufsichtsrats in der werbenden Gesellschaft, nämlich die Überwachung des Vorstands, geht mit der Eröffnung des Konkursverfahrens unter.

⁽²⁰⁾ Der Schuldner hat ferner auch eine zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehörende Handlung zu unterlassen, wenn der Ausgleichsverwalter gegen diese Einspruch erhebt; s. § 8 Abs. 2 AO.

⁽²¹⁾ Kals in *Doralt/Nowotny/Kals*, Kommentar zum Aktiengesetz, § 87 Rz. 10.

⁽²²⁾ *Schneider*, Der Aufsichtsrat im Konkurs der Aktiengesellschaft, in *Jagenburg/Maier-Reimer/Verhoeven*, FS Oppenhoff (1985) 349 (351); *Hüffer* in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*² (2001) § 264 Rz. 71.

⁽²³⁾ *Siegelmann*, Die Stellung des Vorstands, des Aufsichtsrats und der Hauptversammlung nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Aktiengesellschaft, DB 1967, 1029 (1030).

⁽²⁴⁾ So *Oechsler*, AG 2006, 606 (606).

⁽²⁵⁾ S. *Oechsler*, AG 2006, 606 (606 f.).

⁽²⁶⁾ *Heil*, Insolvenzrecht (1989) Rz. 304.

Aufsichtsratsmitgliedern steht im Konkurs kein Vergütungsanspruch zu. Auch die Zuerkennung eines Aufwendungsersatzes ist nur dort zu erwägen, wo eine umfassende Mitwirkung des Aufsichtsrats für die Abwicklung des Konkurses unerlässlich ist.

Vermögen. Die Überwachungskompetenz des Aufsichtsrats ist entsprechend einzugrenzen: Analog 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 Ausgleichsverwalter und generell bei der Erfüllung der Ausgleichsquote.

Neben der Kompetenzverteilung der AO resultiert das Fortbestehen des Aufsichtsrats auch aus dem ihr zugrunde liegenden Fortsetzungsgedanken: Wird der Ausgleich erfüllt, ist die Überwachung durch den Ausgleichsverwalter für beendet zu erklären – und der Aufsichtsrat gefordert, seinen ursprünglichen Zuständigkeitsbereich wieder auszufüllen.

6.2. Personalkompetenz

Im Ausgleichsverfahren bleibt die Personalkompetenz des Aufsichtsrats vollinhaltlich aufrecht.

7. FINANZIELLE ANSPRÜCHE DES AUFSICHTSRATS

7.1. Vergütung

Nach h. M. steht einem Aufsichtsratsmitglied im Konkurs kein Vergütungsanspruch gegen die Masse zu.⁽²⁷⁾ Nach § 98 AktG hat die Vergütung des Aufsichtsratsmitglieds in einem angemessenen Verhältnis zu seinen Aufgaben und zur Lage der Gesellschaft zu stehen. Wie bereits festgestellt, fallen dem Aufsichtsrat im Konkurs keine nennenswerten Aufgaben zu, während sich die Vermögenslage der Gesellschaft dramatisch gestaltet. Eine entsprechende Wertung liegt auch der KO zugrunde: Dem Schuldner steht für seine Mitwirkung am Konkursverfahren nach h. M. 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.⁽²⁸⁾

Die Amtsniederlegung durch ein Aufsichtsratsmitglied ist – solange sie nicht zur Unzeit erfolgt – auch ohne besonderen Sachgrund zulässig, daher erst recht im Konkurs der Gesellschaft.

7.2. Aufwendungsersatz

Auch die Zuerkennung eines Aufwendungsersatzes, d. h. insbesondere eine Reisekostenerstattung, ist nur dort zu erwägen, wo der Masseverwalter den Aufsichtsrat über das obligatorische Maß hinaus in Anspruch nimmt. Zwar schuldet der Gemeinschuldner nach dem Wortlaut des § 99 KO nur Auskunft und ist somit zu einer darüber hinausgehenden Mitwirkung nicht verpflichtet,⁽²⁹⁾ in der Praxis ist die Mitarbeit der Organe der gemeinschuldnerischen Gesellschaft jedoch regelmäßig eine wesentliche Voraussetzung für die erfolgreiche Abwicklung eines Konkursverfahrens.⁽³⁰⁾ Ist die Masse daher auf die Mitarbeit von Aufsichtsratsmitgliedern angewiesen und werden diese daraufhin auf eigene Kosten tätig, wird die Gewährung von Aufwendungsersatz gegenüber einer Verzögerung oder einer Niederlegung des Aufsichtsratsmandats 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 Aufwendungsersatz gemäß § 1014 ABGB zuzugestehen.⁽³¹⁾

8. DIE MANDATSNIEDERLEGUNG IM AUFSICHTSRAT

Die Amtsniederlegung durch ein Aufsichtsratsmitglied ist – solange sie nicht zur Unzeit vorgenommen wird – auch ohne besonderen Sachgrund zulässig;⁽³²⁾ niemand soll gegen seinen Willen zur Wahrnehmung des Überwachungsauftrags gezwungen werden.⁽³³⁾ Dass der Aufsichtsrat seine Vergütungs- und Aufwendungsersatzansprüche mit Eröffnung des Konkursverfahrens praktisch verliert, ist zudem als Verwirklichung eines Sachgrundes zu werten.⁽³⁴⁾ Die Tätigkeit des Aufsichtsrats an sich wird jedoch auch durch eine kollektive Amtsniederlegung nicht beendet. Vielmehr ist der Vorstand bei einem mehr als drei Monate andauernden Verlust der Beschlussfähigkeit⁽³⁵⁾ des Aufsichtsrats nach § 89 AktG verpflichtet, einen

(27) RGZ 81, 332, 338 f.; KG v. 4. 8. 2005 – 1 W 397/03, ZIP 2005, 1553, 1555 = AG 2005, 736; Hüffer in Münchner Kommentar zum Aktiengesetz², § 264 Rz. 61; Schmidt-Leithoff in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbH-Gesetz Kommentar⁴ (2002) § 63 Rz. 140.

(28) S. Oechsler, AG 2006, 606 (608).

(29) § 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 (neuerdings) auch § 97 Abs. 2 dInsO. S. auch Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht IV⁴ (2006) § 99 KO Rz. 23.

(30) Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht IV⁴, § 99 KO Rz. 24.

(31) Oechsler, AG 2006, 606 (610).

(32) Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz, § 87 Rz. 43.

(33) S. nur Semler in Münchner Kommentar zum Aktiengesetz², § 103 Rz. 106.

(34) Schmidt-Leithoff in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbH-Gesetz Kommentar⁴, § 63 Rz. 140.

(35) Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz, § 89 Rz. 7.

gerichtlichen Antrag auf Neubesetzung zu stellen, selbst wenn die Kandidatensuche in einer derartigen Situation schwierig ist.⁽³⁶⁾

Grundsätzlich hat auch das Gericht keinen Ermessenspielraum, die Bestellung zeitweise auszusetzen.⁽³⁷⁾ Angesichts der geringen Aufgaben, die dem Aufsichtsrat im Konkurs 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.⁽³⁸⁾

9. FAZIT

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

(36) S. Oechsler, AG 2006, 606 (612).

(37) Vgl. Kals in Doralt/Nowotny/Kals, Kommentar zum Aktiengesetz, § 89 Rz. 10.

(38) Oechsler, AG 2006, 606 (613).