

Insolvenzreife der Aktiengesellschaft – Die Stunde von Vorstand und Aufsichtsrat

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht Dr. Marc Zattler, Weiss, Walter, Fischer-Zernin Rechtsanwälte & Wirtschaftsprüfer, München

Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008 („MoMiG“, BGBl. I S. 2026) hat mit Wirkung vom 01.11.2008 auch für Vorstände von Aktiengesellschaften eine Verschärfung der Haftung bei Verkennung der Insolvenzreife der Gesellschaft gebracht. Hieran schließt sich außerdem die Frage an, welche Pflichten den Aufsichtsrat bei Insolvenzreife der Gesellschaft treffen und inwieweit das MoMiG auch diesbezüglich zu einer Verschärfung der Haftung beigetragen hat. Vor diesem Hintergrund durchleuchtet dieser Beitrag zunächst, ausgehend von den Anforderungen an den Vorstand, dessen Überwachung das Gesetz als primäre Aufgabe des Aufsichtsrats betrachtet, die Rechtsstellung des Aufsichtsrats einer insolvenzreifen Gesellschaft, insbesondere im Lichte der jüngsten Entscheidung des BGH vom 16.03.2009 (NZG 2009, 551 = GWR 2009, 86 [Ehmann]). Der BGH hat in dieser Entscheidung unmissverständlich auch für den Aufsichtsrat die Haftungsrisiken konkretisiert. Demnach hat dieser in einer Krisensituation den Vorstand verstärkt zu überwachen und insbesondere darauf hinzuwirken, dass rechtzeitig Insolvenzantrag gestellt wird und keine Zahlungen geleistet werden, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht vereinbar sind. Bei einem Verstoß haftet das einzelne Aufsichtsratsmitglied neben dem Vorstand auf Ersatz der durch den Vorstand pflichtwidrig geleisteten Zahlungen. In einem Ausblick sollen schließlich – unter Einbeziehung der in der Entscheidung vom 16.03.2009 offen gelassenen bzw. neu aufgeworfenen Probleme – Handlungsprärogativen für den Aufsichtsrat entwickelt werden.

I. Haftungsrisiken für den Vorstand bei Insolvenzreife der Gesellschaft

Die Insolvenzreife einer juristischen Person ergibt sich seit Inkrafttreten des MoMiG für alle juristischen Personen einheitlich aus § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO mit Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung. Die Vertretungsorgane haben dann ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, Insolvenzantrag zu stellen. Gemäß § 92 Abs. 2 Sätze 1 und 2 AktG darf der Vorstand, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder sich ihre Überschuldung ergeben hat, keine Zahlungen mehr leisten, mit Ausnahme solcher, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind. Im Falle eines Verstoßes gegen diese Verpflichtung haftet der Vorstand der Gesellschaft gemäß § 93 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Nr. 6 AktG auf Ersatz des entstandenen Schadens.

Das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 AktG soll sicherstellen, dass das noch vorhandene Gesellschaftsvermögen zur gleichmäßigen und ranggerechten Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erhalten bleibt und eine zu ihrem Nachteil gehende, bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger verhindert wird. Die Verpflichtung des § 92 Abs. 2 AktG greift daher bereits ab Insolvenzreife.

Aus dem Sinn und Zweck des in § 92 Abs. 2 AktG kodifizierten Zahlungsverbots folgt aber auch, dass Zahlungen von einem debitorischen Bank-Konto an einzelne Gesellschaftsgläubiger die

verteilungsfähige Vermögensmasse weder berühren noch zum Nachteil der Gläubigergesamtheit gehen, wenn die Bank über keine Gesellschaftssicherheiten verfügt. In diesem Fall handelt es sich bei der Zahlung vielmehr um eine solche mit Kreditmitteln, welche einen bloßen Gläubigeraustausch zur Folge hat (BGH, NZG 2000, 370, 371; BGH, NZG 2007, 347 = FD-HGR 2007, 220852 [Ziemons]; BGH, NZG 2007, 462, 463 = FD-HGR 2007, 226242 [Schäfer]; OLG Hamm, GWR 2009, 274 [Umbeck]).

Die Insolvenzantragspflicht korrespondiert mit den Selbstprüfungspflichten der Geschäftsleitung einer Ak

Zattler: Insolvenzreife der Aktiengesellschaft – Die Stunde von Vorstand und Aufsichtsrat (GWR 2009, 285)

286 

tiengesellschaft oder GmbH. Für die Aktiengesellschaft schlägt sich dieser Grundsatz in § 91 Abs. 2 AktG nieder, wonach der Vorstand geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten hat, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen frühzeitig erkannt werden.

Die Selbstprüfungspflicht ist nur dann erfüllt, wenn das Management die drohende Insolvenz frühzeitig erkennt, diese abwendet oder ein sanierungsunfähiges Unternehmen rechtzeitig liquidiert. Der organschaftliche Vertreter handelt daher fahrlässig, wenn er sich nicht rechtzeitig die erforderlichen Informationen und die für die Insolvenzantragspflicht erforderlichen Kenntnisse verschafft. Dabei muss er sich, sollte er nicht über ausreichende persönliche Kenntnisse verfügen, von einem unabhängigen, fachlich qualifizierten, Berufsträger beraten lassen (BGH, NZG 2007, 545, 547 = FD-HGR 2007, 233215 [Schäfer]).

Überdies hat das MoMiG die Haftung des Vorstands bei Zahlungen an Aktionäre verschärft. Der Vorstand kann sich nunmehr bereits dann gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig machen, wenn und soweit er Zahlungen an Aktionäre leistet, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG.

Zur Vermeidung seiner Haftung dürfte der Vorstand künftig – sobald sich irgendwie geartete Anhaltspunkte einer Krise zeigen – noch mehr als bisher im Rahmen der Selbstprüfungspflicht gehalten sein, die Insolvenzreife der Gesellschaft zu prüfen, indem er für Zwecke des § 19 InsO (Insolvenzgrund Überschuldung) eine Fortführungsprognose/Überschuldungsbilanz und für Zwecke der §§ 17, 18 InsO (Insolvenzgrund Zahlungsunfähigkeit bzw. drohende Zahlungsunfähigkeit) einen Liquiditätsplan erstellt, ehe er eine Zahlung veranlasst (vgl. zur GmbH *Hölzle*, GmbHR 2007, 729, 731).

Gleichzeitig dürfte im Falle des Unterlassens dieser Maßnahmen ein Verstoß gegen die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns und somit eine Pflichtverletzung im Sinne des § 93 Abs. 2 AktG gegeben sein, welche *sämtliche* Vorstände als Gesamtschuldner zum Ersatz des *vollen* Schadens verpflichtet (vgl. zur GmbH *Hölzle*, GmbHR 2007, 729, 731).

II. Haftungsrisiken für den Aufsichtsrat bei Insolvenzreife der Gesellschaft

Das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG richtet sich zwar nur an den Vorstand als das geschäftsleitende Organ der Aktiengesellschaft. Den Aufsichtsrat treffen aber Informations-, Beratungs- und Überwachungspflichten (BGH, NZG 2009, 550, 551 = GWR 2009, 86 [Ehmann]). Nach § 111 Abs. 1 AktG hat der Aufsichtsrat die „Geschäftsführung“ zu überwachen. Dabei ist jedes einzelne Mitglied selbst zur sorgfältigen und am Unternehmensinteresse ausgerichteten Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe verpflichtet. Im Falle der Verletzung ihrer Pflichten haften somit die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder über §

116 i.V.m. § 93 AktG der Gesellschaft auf Schadensersatz (*Habersack*, in: MünchKommAktG, 3. Aufl. 2008, AktG § 111 Rn. 18).

Es gilt der Grundsatz einer abgestuften Überwachungspflicht, da Art und Umfang der Überwachung je nach Art, Gegenstand und Größe der Gesellschaft verschieden sind und sich die Überwachung in Art, Umfang und Intensität der sich verändernden Lage der Gesellschaft anzupassen hat (h.M.: Hüffer, 8. Aufl. 2008, AktG § 111 Rn. 7; *Hopt/Roth*, in: *Hopt/Wiedemann*, Großkommentar zum AktG, 4. Aufl. 2006, AktG § 111 Rn. 310).

Dabei kann die Einordnung in drei Stufen der Überwachungsintensität, wie dies die wohl noch herrschende Meinung versucht, einen Anhaltspunkt bieten, sollte aber nicht zu formal verstanden werden. Bei dieser auf Semler zurückgehenden Abstufung (*Semler*, in: MünchKommAktG, 2. Aufl. 2004, AktG § 111 Rn. 61 ff.) kann sich der Aufsichtsrat bei normalem Gang der Geschäfte mit einer begleitenden Überwachung begnügen. Er braucht nur die im Gesetz für die laufende Überwachung vorgesehenen Kompetenzen wahrzunehmen. Bei ersten Anzeichen von Verschlechterungen der Lage der Gesellschaft soll der Aufsichtsrat zu einer unterstützenden Überwachung übergehen. Diese beinhaltet etwa die Anforderung zusätzlicher Berichte sowie Sondersitzungen, die sich speziell mit der Lage und Entwicklung der Problembereiche befassen. Erst nach erkennbarem Eintritt einer Krise greift auf dritter Stufe die so genannte gestaltende Überwachung, die vor allem aus Überlegungen über die Neugestaltungen der Geschäftsführungskompetenzen sowie über die Eignung des Vorstands bestehen und gegebenenfalls in die Entscheidung über dessen Auswechslung münden soll.

Feststeht, dass der Aufsichtsrat in der Krise seine Tätigkeit verstärken muss. Teilweise wird die Krise aus diesem Grund auch als Stunde des Aufsichtsrats angesehen (*Thümmel*, BB 2002, 1105, 1106).

Die Überwachungsaufgabe ist jedenfalls stets im Interesse der Gesellschaft und unter Berücksichtigung des Gebots der effizienten Überwachung zu erfüllen. Dies bedeutet, dass insbesondere die Berichts- und Informationspflichten, die das Gesetz dem Vorstand gegenüber dem Aufsichtsrat auferlegt, gleichzeitig „Holschulden“ des Aufsichtsrats darstellen, weshalb sich dieser nicht durch den Verweis auf eine nachlässige Informationspolitik des Vorstands exkulpieren kann. Zwar verlangt das Gesetz in § 110 Abs. 3 AktG als Mindestmaß lediglich zwei Aufsichtsratssitzungen im Kalenderhalbjahr, bei nicht börsennotierten Gesellschaften lässt es sogar den Beschluss zu, lediglich eine Sitzung im Kalenderhalbjahr abzuhalten. In Fällen der Krise ergibt sich aus der genannten Haftungsverschärfung jedoch, dass der Aufsichtsrat sich deutlich zeitintensiver abzustimmen hat.

Der BGH hat in seinem Urteil vom 16.03.2009 (GWR 2009, 86 [*Ehmann*]) explizit zu den Pflichten des Aufsichtsrats bei Insolvenzreife Stellung genommen und ausgeführt, dass sich dieser ein genaues Bild von der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft ver-

Zattler: Insolvenzreife der Aktiengesellschaft – Die Stunde von Vorstand und Aufsichtsrat (GWR 2009, 285)

287 

schaffen und insbesondere in einer Krisensituation alle ihm nach §§ 90 Abs. 3, 111 Abs. 2 AktG zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausschöpfen muss. Stellt der Aufsichtsrat dabei fest, dass die Gesellschaft insolvenzreif ist, hat er darauf hinzuwirken, dass der Vorstand rechtzeitig Insolvenzantrag stellt und keine Zahlungen leistet, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht vereinbar sind. Erforderlichenfalls muss er ein ihm unzuverlässig erscheinendes Vorstandsmitglied abberufen. Verletzt der Aufsichtsrat seine Überwachungspflicht, haftet er der Gesellschaft bzw. dem Insolvenzverwalter gegenüber –

neben dem Vorstand – gemäß §§ 116 Satz 1 AktG i.V.m. 93 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 6 AktG auf Schadensersatz.

III. Offene Punkte und Konsequenzen aus dem Urteil des BGH vom 16.03.2009

Offen gelassen hat der BGH in seinem Urteil, wann die Stellung des Insolvenzantrags *rechtzeitig* ist. Haftung droht nicht nur bei verspäteter Antragstellung, sondern auch bei *verfrühter*. Die verfrühte Antragstellung kann einen Verstoß gegen die Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Unternehmensleitung im Sinne des Art. 93 Abs. 1 AktG begründen, wenn etwa die Dreiwochenfrist des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO nicht für aussichtsreiche Sanierungsbemühungen genutzt wird oder bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit, die lediglich zur Antragstellung *berechtigt*, jedoch nicht *verpflichtet*, der Weg in die Insolvenz gewählt wird. Der Aufsichtsrat als Überwachungsorgan muss daher einen „Haftungs-Spagat“ zwischen verfrühter Antragstellung und Insolvenzverschleppung meistern und auf die Antragstellung zum „richtigen“ Zeitpunkt hinwirken.

Der Aufsichtsrat wird sich im Übrigen darauf besinnen müssen, dass die in § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO angesprochene Dreiwochenfrist eine Höchstfrist ist, d.h. sie darf nur dann ausgeschöpft werden, wenn Maßnahmen zur Beseitigung der Insolvenzgründe eingeleitet sind oder werden, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit innerhalb der Dreiwochenfrist zum Erfolg führen. Sie kann lediglich als Chance für letzte Sanierungsbemühungen und somit in den meisten Fällen allenfalls dazu dienen, bereits laufende Sanierungsbemühungen zu vollenden (K. Schmidt, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl. 2009, Ziffer 11.2 und 1.111).

Für den Aufsichtsrat bedeutet dies vor allem, dass er sein Hauptaugenmerk auf die Implementierung eines Früherkennungssystems im Sinne des § 91 Abs. 2 AktG durch den Vorstand zu legen hat, damit bereits die Ursachen einer Krise erkannt und bekämpft werden können, um deren Eintritt schlussendlich zu vermeiden. Kann der Eintritt der Krise nicht mehr verhindert werden, muss der Aufsichtsrat darauf hinwirken, dass der Vorstand die Insolvenzreife der Gesellschaft durch die Aufstellung einer Fortführungsprognose/Überschuldungsbilanz sowie eines Liquiditätsplans stetig überwacht (vgl. Ziffer I., oben) und Sanierungskonzepte erarbeitet und umgesetzt werden.

Weiterhin lässt der BGH offen, wann genau der Aufsichtsrat ein ihm unzuverlässig erscheinendes Vorstandsmitglied abzurufen hat. Gemäß § 84 Abs. 3 Satz 1 AktG kann der Aufsichtsrat die Bestellung zum Vorstandsmitglied nur widerrufen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, der namentlich bei grober Pflichtverletzung und Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung vorliegt. Stellt man auf den Fall der Insolvenzreife der Gesellschaft ab, steht insbesondere die Fähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung in Frage. Der BGH hat bereits in dem grundlegenden ARAG-Urteil vom 21.04.1997 (NJW 1997, 1926) betont, dass der Aufsichtsrat aufgrund seiner Überwachungspflicht auch das Bestehen von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegenüber den Vorstandsmitgliedern eigenverantwortlich prüfen muss. Dem Vorstand sei zwar bei der Leitung der Geschäfte ein weiter Handlungsspielraum zuzubilligen, der neben dem bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Gefahr von Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen, auch des noch so verantwortungsbewussten Vorstands, miteinschließt. Selbst wenn in solchen Fällen vor diesem Hintergrund eine Schadensersatzpflicht des Vorstands gegeben sein sollte, muss der Aufsichtsrat jedoch auf dessen Ablösung hinwirken, wenn er den Eindruck gewinnt, dass dem Vorstand das nötige Gespür für eine erfolgreiche Führung des Unternehmens fehlt, er also, so

der BGH, keine „glückliche Hand“ bei der Wahrnehmung seiner Leitungsaufgabe hat (NJW 1997, 1926, 1927 f.).

Die in dem Urteil vom 16.03.2009 betonte Verpflichtung des Aufsichtsrats, dafür zu sorgen, dass der Vorstand keine Zahlungen mehr leistet, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht vereinbar sind, § 92 Abs. 2 AktG, ist insbesondere bei der Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen haftungsträchtig.

Der II. Zivilsenat des BGH hat im Anschluss an die Judikatur des 5. Strafsenats des BGH (BGH, NZG 2004, 42 und NZG 2005, 892, 893) die Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung aufgrund der Strafandrohung gemäß § 266a StGB „mit den Pflichten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ im Sinne von § 64 Satz 2 GmbHG – und damit auch im Sinne von § 92 Abs. 2 Satz 2 AktG – vereinbar angesehen, solange die Höchstfrist gemäß § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO noch läuft (BGH, NZG 2007, 545, 546f = FD-HGR 2007, 233215 [*Schäfer*] und NZG 2009, 32). Dagegen hat der II. Zivilsenat des BGH im Falle der Abführung von Arbeitgeberbeiträgen (mangels Strafbewehrung der Nichtabführung) gegenteilig entschieden, so dass das Leitungsorgan im Falle der Zahlung der Insolvenzmasse gegenüber haftet (NZG 2009, 913 = GWR 2009, 242 [*Gottschalk*]). Die korrekte Zahlung bzw. Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen hat der Aufsichtsrat zu überwachen.

Nicht angesprochen hat der BGH zudem die Problematik der Verbuchung der bei der insolventen Gesellschaft eingehenden Zahlungen, insbesondere, soweit dies auf debitorischen Bankkonten erfolgt. Auch hier ist das

Zattler: Insolvenzreife der Aktiengesellschaft – Die Stunde von Vorstand und Aufsichtsrat (GWR 2009, 285)

288  

wachsamer Auge des Aufsichtsrats gefragt. Der Geschäftsleiter muss im Stadium der Insolvenzreife aufgrund seiner Masseerhaltungspflicht dafür sorgen, dass Zahlungseingänge bei der Gesellschaft als Äquivalent für dadurch erfüllte Gesellschaftsforderungen der Masse zugute kommen und nicht lediglich zu einer Verringerung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber der Bank und damit zu einer – gegen § 64 GmbHG bzw. § 92 Abs. 2 AktG verstoßenden – bevorzugten Befriedigung dieser Gesellschaftsgläubigerin führen.

Der Aufsichtsrat hat deshalb darauf hinzuwirken, dass der Geschäftsleiter in einer solchen Situation ein neues, kreditorisch geführtes Konto bei einer anderen Bank eröffnet und den aktuellen Gesellschaftsgläubigern die geänderte Bankverbindung unverzüglich bekannt gibt (BGH, NZG 2007, 462, 463 = FD-HGR 2007, 226242 [*Schäfer*]).

In einer der Insolvenzreife ähnlichen Situation befindet sich der Aufsichtsrat einer abhängigen Gesellschaft, die an ihre Mehrheitsaktionärin ungesicherte Darlehen ausgereicht hat. Selbst wenn die Darlehensausreichung nicht nachteilig im Sinne des § 311 AktG ist, bleibt der Vorstand aus § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG verpflichtet, laufend etwaige Änderungen des Kreditrisikos zu prüfen und auf eine sich nach der Darlehensausreichung andeutende Bonitätsverschlechterung mit einer Kreditkündigung oder der Anforderung von Sicherheiten zu reagieren. Um dies zu gewährleisten, ist ebenfalls die Einrichtung eines geeigneten Informations- oder Frühwarnsystems zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft angezeigt. Hierauf hat der Aufsichtsrat hinzuwirken, da die Unterlassung solcher Maßnahmen unter § 311 AktG fällt und Schadensersatzansprüche nicht nur gegen den Vorstand, sondern auch den Aufsichtsrat nach §§ 317, 318 AktG sowie §§ 93 Abs. 2, 116 AktG nach sich ziehen kann (BGH, NZG 2009, 107, 109).

Im Streitfall hat die Gesellschaft lediglich darzulegen und zu beweisen, dass ihr durch ein möglicherweise pflichtwidriges Verhalten des Aufsichtsratsmitglieds ein Schaden oder ein Vermögensverlust im Sinne des § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG entstanden ist. Das betroffene Aufsichtsratsmitglied muss dagegen nach §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 2 Satz 2 AktG darlegen und beweisen, dass es diese Pflichten erfüllt hat oder dass es jedenfalls an der Nichterfüllung dieser Pflicht kein Verschulden trifft (BGH, NZG 2009, 550, 551).

IV. Fazit

Nachdem der BGH in seinem Urteil vom 16.03.2009 jedenfalls bei bestehender Insolvenzureife eine Parallelhaftung des Aufsichtsrats zum Vorstand festgeschrieben hat, ist es nahe liegend, dass er künftig auch für das Vorfeld der Insolvenz eine der Vorstandshaftung spiegelbildliche Haftung des Aufsichtsrats bei Verletzung seiner Überwachungspflichten implementieren wird. Davon ausgehend ist der Aufsichtsrat bezüglich der Erfüllung seiner Überwachungspflicht nur dann auf der „sicheren“ Seite, wenn er seine Überwachungstätigkeit auf sämtliche Bereiche der Selbstprüfungspflichten der Geschäftsleitung, vor allem im Hinblick auf eine Krisenfrüherkennung, erstreckt.