

Krida(-haftung) durch Aufsichtsratsmitglieder

Von RA Dr. Georg Schima, Wien

1. Problemstellung

*Novacek*¹⁾ ging jüngst der Frage nach, ob Aufsichtsratsmitglieder einer AG dadurch, daß sie ein Ausgleichsverfahren oder die Eröffnung des Konkurses in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft nicht rechtzeitig beantragten und dadurch fahrlässig die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger vereitelten oder schmälerten, das Vergehen der fahrlässigen Krida nach § 159 Abs 1 Z 2 iVm § 161 StGB begehen könnten.

Novacek gelangt — etwas vereinfacht gesagt — zur Verneinung dieser Frage mit der Begründung, daß Aufsichtsratsmitglieder einer AG bzw der Gesamtaufsichtsrat nicht die Einleitung eines Insolvenzverfahrens wirksam zu beantragen imstande seien und sich eine solche Kompetenz insbesondere auch nicht aus dem in § 161 Abs 1 StGB enthaltenen Verweis auf § 309 Abs 2 StGB ergäbe, demzufolge Mitglieder des Aufsichtsrats den „leitenden Angestellten“ iSd §§ 305—308 StGB gleichstünden.

Zur Antragstellung wären, so *Novacek*, vielmehr ausschließlich die Vorstandsmitglieder und bei der GmbH die handelsrechtlichen Geschäftsführer befugt. Mangels Vorliegens einer die Aufsichtsratsmitglieder selbst treffenden „deliktstypischen objektiven Sorgfaltspflicht“²⁾ zur Beantragung eines Insolvenzverfahrens könne deren Unterlassung nicht den Tatbestand der fahrlässigen Krida begründen.

ME zeigt der Beitrag von *Novacek* eine unzulässige Verkürzung der Problematik und gelangt von einer richtigen Prämisse (fehlende Vertretungsmacht des Aufsichtsrates hinsichtlich der Beantragung eines Insolvenzverfahrens) eben aufgrund dieser verengten Sicht zu einer falschen Schlußfolgerung (Unmöglichkeit der Erfüllung des Tatbestandes des § 159 Abs 1 Z 2 StGB durch Aufsichtsratsmitglieder).

Freilich lassen die Ausführungen von *Novacek* nicht ganz zweifelnd erkennen, ob der Autor tatsächlich die Meinung vertritt, Aufsichtsratsmitglieder einer AG könnten den zuletzt genannten Straftatbestand *niemals* verwirklichen, oder ob er — wofür der einleitende Satz seines Beitrages sprechen würde — tatsächlich nur untersuchen wollte, ob die *Unterlassung der Antragstellung* durch Aufsichtsratsmitglieder den Tatbestand der fahrlässigen Krida herstellen kann.

2. Fehlende Kompetenz des Aufsichtsrates zur Beantragung des Insolvenzverfahrens

Rechtzugeben ist *Novacek* hinsichtlich der von ihm vertretenen Ansicht, der Aufsichtsrat einer AG (dasselbe gilt, nebenbei gesagt, für die GmbH) sei rechtlich nicht in der Lage, den Antrag auf Einleitung eines Insolvenzverfahrens wirksam zu stellen. Diese zentrale These des Beitrages von *Novacek* hätte ME allerdings keines derartigen

Begründungsaufwandes bedurft, weil sich die Richtigkeit dieser Auffassung tatsächlich eindeutig aus § 69 Abs 3 KO ergibt. Unter den „organschaftlichen Vertretern juristischer Personen“ iSd zitierten Gesetzesstelle sind bei der AG eben nur die Vorstandsmitglieder und bei der GmbH die handelsrechtlichen Geschäftsführer zu verstehen³⁾, nicht jedoch Aufsichtsratsmitglieder⁴⁾. Dies gilt, wie *Novacek* richtig betont, ungeachtet des Umstandes, daß § 97 AktG dem Aufsichtsrat eine — neben die Zuständigkeit des Vorstandes tretende — Vertretungsmacht für die Gesellschaft in ganz bestimmten Angelegenheiten einräumt⁵⁾.

3. Zur Tütereigenschaft von Aufsichtsratsmitgliedern

Die Feststellung, Aufsichtsratsmitglieder seien zur Beantragung eines Insolvenzverfahrens rechtlich gar nicht in der Lage, rechtfertigt indes nicht den von *Novacek* offenbar gezogenen — wenn auch nicht klar ausgesprochenen — Schluß, Aufsichtsratsmitglieder könnten überhaupt nicht fahrlässige Krida begehen. Die Unrichtigkeit einer solchen Beweisführung ergibt sich schon daraus, daß beide Tatbestände des § 159 Abs 1 StGB die möglichen Tathandlungen nur *demonstrativ* aufzählen⁶⁾, die Unterlassung der rechtzeitigen Beantragung eines Ausgleichsverfahrens oder der Eröffnung des Konkurses daher nur *eine* der möglichen Tatformen bedeutet.

Wenn *Novacek* ausführt, daß die in § 309 Abs 2 StGB normierte Gleichstellung von Aufsichtsratsmitgliedern mit „leitenden Angestellten“ und damit über § 161 StGB die Gleichstellung mit dem Schuldner (mehrerer Gläubiger) nur „bezüglich der Strafbarkeit, nicht aber der Funktion“⁷⁾ erfolge, was offensichtlich bedeuten soll, daß die strafrechtliche Gleichstellung von Aufsichtsratsmitgliedern diesen nicht gleichsam in gesellschaftsrechtlicher Erweiterung Kompetenzen wie den Vorstandsmitgliedern verschaffe, so müßte dieser *richtige* Befund kon-

¹⁾ Vgl *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall 46; aM *Karollus*, Banken-, Gesellschafter- und Konzernleitungshaftung nach den „Eumig“-Erkenntnissen, ÖBA 1990, 345, der — wie der BGH (WM 1988, 756) — auch den *faktischen* Geschäftsführer zur Antragstellung verpflichtet will. Schon wegen der damit verbundenen Schwierigkeit der Überprüfung der Antragslegitimation (eine solche ist, wie *Dellinger*, aaO 46, zutr vermerkt, Voraussetzung für die Annahme einer Antragspflicht) ist der von *Dellinger* (ebenda) im Anschluß an eine dt Lehrmeinung vertretenen Einwirkungspflicht des faktischen Geschäftsführers auf die organschaftlichen Vertreter der Vorzug zu geben.

²⁾ Vgl *K. Schmidt*, in *Scholz*, GmbHG⁷ II Rz 7 zu § 64.

³⁾ *Novacek*, RdW 1992, 166f; die Erwähnung des § 95 AktG ist in diesem Zusammenhang allerdings verfehlt, weil diese Gesetzesbestimmung dem Aufsichtsrat keinerlei Vertretungsmacht — im juristischen Sinne sogar nicht einmal eine Geschäftsführungsbefugnis — einräumt, sondern bloß Zustimmungsrechte (bzw korrespondierende Verweigerungsrechte) hinsichtlich bestimmter Maßnahmen der Geschäftsführung durch den Vorstand.

⁴⁾ Vgl *Platzgummer*, Unternehmensrisiko und Strafrecht, JBl 1987, 758.

⁵⁾ *Novacek*, RdW 1992, 167.

¹⁾ Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder für fahrlässige Konkursverzögerung?, RdW 1992, 166 ff.

²⁾ *Novacek*, RdW 1992, 167.

sequenterweise zur Prüfung der Frage führen, „welche der in § 159 unter Strafe gestellten Handlungen oder Unterlassungen ein Aufsichtsratsmitglied überhaupt begehen kann“).

Genau diese Untersuchung läßt der Autor in der Folge aber vermissen, wenn er bloß wiederum das Fehlen einer Kompetenz zur Beantragung eines Insolvenzverfahrens betont, ohne der — eine aktienrechtliche Prüfung erfordernden — Frage nachzugehen, welche „deliktstypischen“ Sorgfaltspflichten Aufsichtsratsmitglieder einer AG (bzw einer GmbH) *sonst* noch treffen könnten (dazu unten 4.).

Die Bedeutung der Nennung von Aufsichtsratsmitgliedern in § 309 Abs 2 StGB liegt, was *Novacek* grundsätzlich auch erkennen dürfte, strafrechtlich darin, daß diese Personen dadurch seitens des Gesetzgebers dem Kreis der möglichen *unmittelbaren Täter* der in § 161 StGB genannten Delikte zugerechnet werden. Wer nicht Schuldner mehrerer Gläubiger ist oder — sofern es sich beim Schuldner um eine juristische Person oder eine Personengemeinschaft ohne Rechtspersönlichkeit (§ 161 Abs 1 StGB) handelt — wer nicht zu dieser Personengemeinschaft ohne Rechtspersönlichkeit oder juristischen Person in einer durch § 309 Abs 2 StGB umschriebenen Beziehung (zB als Mitglied des Aufsichtsrates) steht, kann nicht unmittelbarer Täter des § 159 StGB sein⁹⁾.

Folgerichtig sprach der OGH jüngst aus, daß zwar Aufsichtsratsmitglieder ex lege potentiell unmittelbare Täter der in § 161 Abs 1 StGB genannten Sonderdelikte seien¹⁰⁾, daß aber Mitglieder eines (gegenüber den Geschäftsführern nicht weisungsbefugten) „Beirates“ einer GmbH *nicht* in der *taxativen* Aufzählung des § 309 Abs 2, 2. Satz StGB aufschienen und eine Ausdehnung des (gemeint: unmittelbaren) Täterkreises auch auf derartige Beiratsmitglieder gegen das strafrechtliche Analogieverbot des § 1 StGB verstoße¹¹⁾.

Selbst wenn Aufsichtsratsmitglieder einer AG (bzw GmbH) in § 309 Abs 2 und damit in § 161 Abs 1 StGB *nicht* genannt wären, hätte dies nicht deren völliges Ausschneiden aus dem Kreis der Täter des § 159 StGB zu bedeuten. Da die §§ 12 und 14 StGB auch hinsichtlich dieses Delikts unzweifelhaft anwendbar sind, käme jedenfalls eine *Beitragstäterschaft* von Aufsichtsratsmitgliedern in Betracht, wie sie der OGH grundsätzlich hinsichtlich sorgfaltswidrig kreditgewährender Banken bereits

anerkannt hat¹²⁾. In diesem Zusammenhang scheint *Novacek* die Ausführungen von *Koziol*¹³⁾ mißzuverstehen, wenn er meint, „Täter“ gem § 161 iVm § 159 StGB könne nur sein, „wer durch sein Verhalten gegen eine ihn selbst treffende deliktstypische objektive Sorgfaltspflicht verstößt“¹⁴⁾. Dieses Kriterium wird von den zitierten Autoren nämlich im Zusammenhang mit der Ermittlung des Kreises der möglichen *Beitragstäter* herangezogen und dient dazu, strafbares von straflosem Verhalten eines *Extraneus* zu unterscheiden¹⁵⁾. Aufsichtsratsmitglieder sind jedoch, wie schon gesagt, durch § 309 Abs 2 StGB ohnehin als mögliche *unmittelbare* Täter qualifiziert. Im folgenden wird freilich zu zeigen sein, daß dem Kriterium des Vorliegens einer den Täter selbst treffenden deliktstypischen Sorgfaltspflicht gerade bei Aufsichtsratsmitgliedern dennoch Bedeutung zukommt, weil die für § 159 Abs 1 StGB — wenn auch nur demonstrativ aufgezählten — Begehungsformen primär auf eine *Geschäftsführungsbefugnis* abstellen, die Aufsichtsratsmitgliedern nicht zukommt.

4. (Deliktstypische) Sorgfaltspflichten von Aufsichtsratsmitgliedern

Ausgehend von der Tatsache, daß Aufsichtsratsmitglieder nach dem klaren Willen des Gesetzgebers grundsätzlich als unmittelbare Täter des § 159 StGB in Betracht kommen, muß untersucht werden, wann Aufsichtsratsmitglieder tatsächlich Handlungen oder Unterlassungen setzen können, die den in § 159 Abs 1 StGB (demonstrativ) aufgezählten Begehungsformen entsprechen oder diesen zumindest *gleichwertig* sind. Eine Betrachtung des § 159 Abs 1 StGB zeigt sofort, daß die dort enthaltenen Begehungsformen zumindest auf eine Geschäftsführungs-, wenn nicht sogar auf eine Vertretungsbefugnis abstellen, die Aufsichtsratsmitgliedern grundsätzlich eben nicht zukommt. Außerhalb des § 97 AktG kann der Fall nicht eintreten, daß der Aufsichtsrat oder eines seiner Mitglieder ein „gewagtes Geschäft abschließt“ — genauso wenig wie der Aufsichtsrat „Kredit benutzt oder gewährt“ oder „eine Schuld eingeht, eine Schuld zahlt, ein Pfand bestellt ...“.

Dies darf allerdings nicht zu dem Schluß verleiten, daß Aufsichtsratsmitglieder generell keine den in § 159 Abs 1 StGB angeführten Verhaltensweisen vergleichbaren Handlungen oder Unterlassungen setzen können. Ein solcher Schluß verbietet sich aufgrund der ausdrücklichen Nennung der Aufsichtsratsmitglieder in § 309 Abs 2 StGB. Daraus ist nämlich abzuleiten, daß der Gesetzgeber in *voller Kenntnis* der nicht auf Geschäftsführung und Vertretung, sondern primär auf *Überwachung* und

⁹⁾ So an sich zutr *Novacek*, RdW 1992, 167.

¹⁰⁾ Vgl *Steininger*, Strafrechtliche Verhaltenspflichten im Zusammenhang mit Insolvenzen, in *Jelinek* (Hrsg), Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht 100 ff.

¹¹⁾ Vgl *Kienapfel*, Strafrecht BT² II Rz 3 a, 4 zu § 161 StGB.

¹²⁾ OGH JBl 1991, 465 ff, 468; ob die von der Judikatur vertretene Auffassung, daß es bei den „leitenden Angestellten“ des § 309 Abs 2 StGB nicht auf die Befugnis im Innenverhältnis, sondern bloß auf deren „faktische Geschäftsführung“ ankomme (vgl OGH EvBl 1972/327; vgl auch *Foregger/Serini*, StGB⁵ 414 f), sodaß auch der faktisch die Geschäfte führende Gesellschafter als unmittelbarer Täter in Betracht komme, nicht wegen der in § 309 Abs 2 StGB enthaltenen deutlichen Bezugnahme auf ein *Angestelltenverhältnis* gerade mit dem Analogieverbot kollidiert, mag hier dahingestellt bleiben (gegen solche Bedenken offenbar *Karollus*, ÖBA 1990, 346 f).

¹³⁾ Vgl *Koziol*, Die Haftung wegen Konkursverzögerung durch Kreditgewährung, RdW 1983, 34 ff, 38, 66 ff, OGH SSSt 51/2 = JBl 1980, 496 mit Anm von *Liebscher* = RZ 1980, 21 mit Anm von *Burgstaller*; ausführlich *Karollus*, ÖBA 1990, 438 ff.

¹⁴⁾ RdW 1983, 38.

¹⁵⁾ Diese Passage geht auf *Burgstaller*, Zur Täterschaftsregelung im StGB, RZ 1975, 32, zurück; ebenso *Karollus*, ÖBA 1990, 343.

¹⁶⁾ Vgl die beiden, die Unterscheidung plastisch verdeutlichenden Beispiele bei *Steininger*, in *Jelinek*, aaO 100 f; vgl auch *Bertel*, Mitschuld an Kridadelikten, RdW 1991, 136.

Kontrolle gerichteten Pflichtenbindung des Aufsichtsrates dessen Mitglieder als *mögliche* unmittelbare Täter bezeichnete und damit zum Ausdruck brachte, daß die kridaträchtigen Verhaltensweisen von Aufsichtsratsmitgliedern notwendigerweise gewisse *Unterschiede* gegenüber den in § 159 Abs 1 StGB ausdrücklich genannten Verhaltensweisen beinhalten müssen. Das *Gemeinsame* und damit gleichsam „Deliktstypische“ an den Begehungsformen muß aber mE darin bestehen, daß eine Kridaverantwortlichkeit von Aufsichtsratsmitgliedern nur ein Tun oder Unterlassen auslösen kann, das dazu geeignet ist oder darauf abzielt, *kridabegründendes Verhalten des Vorstandes zu unterstützen bzw diesem nicht entgegenzutreten oder kridaabwendendes Vorstandsverhalten zu verhindern*¹⁶⁾.

Innerhalb der dem Aufsichtsrat (durch § 97 AktG) eingeräumten Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis stellen sich derartige Schwierigkeiten indes nicht. Schließt der Aufsichtsrat — gedeckt durch § 97 Abs 1 AktG — mit einem ausscheidenden Vorstandsmitglied eine völlig unangemessene und durch Rechtsansprüche dieses Vorstandsmitgliedes keineswegs gedeckte Abfindungsvereinbarung ab¹⁷⁾, so besteht mE überhaupt kein Zweifel, daß die beteiligten Aufsichtsratsmitglieder, wenn sie durch dieses „gewagte Geschäft“ fahrlässig die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeiführen (§ 159 Abs 1 Z 1 StGB) oder wenn sie in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft waren und fahrlässig die Befriedigung zumindest eines Gesellschaftsgläubigers schmälern (§ 159 Abs 1 Z 2 StGB), den Tatbestand der fahrlässigen Krida verwirklichen.

Abgesehen von dieser beschränkten Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht, bestehen die dem Aufsichtsrat und seinen Mitgliedern in der AG (ähnliches gilt für die GmbH) auferlegten Pflichten primär in der *sorgfältigen Auswahl, Überwachung und Kontrolle des geschäftsführenden Organs* (Vorstandes)¹⁸⁾. Eine zentrale Kompetenz des Aufsichtsrats bilden dabei die schon erwähnten, in § 95 Abs 5 AktG (bzw § 30 i Abs 5 GmbHG) enthaltenen Zustimmungsrechte hinsichtlich verschiedener Geschäfte und Maßnahmen des geschäftsführenden Organs, die besondere Bedeutung besitzen. Die Ausübung dieser Zustimmungsrechte hat in einer am Maßstab des § 70 Abs 1 AktG orientierten Weise zu erfolgen; die sorgfaltswidrige Handhabung des Zustimmungsrech-

tes ist über § 99 AktG durch § 84 AktG sanktioniert. Wenn auch die Zustimmungskompetenz des Aufsichtsrates die Vertretungsmacht des Vorstandes nach unbestrittener Ansicht nicht beschränkt¹⁹⁾, verfolgt § 95 Abs 5 AktG jedenfalls den Zweck, den Aufsichtsrat dazu anzuhalten, Vorstandsmitglieder am Abschluß von Rechtsgeschäften bzw der Durchführung von Maßnahmen zu hindern, die die Gesellschaft schädigen könnten²⁰⁾. Der Aufsichtsrat hat sich aufgrund der durch den Vorstand erstatteten Vorlage selbst ein Bild von der Rechtmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der beabsichtigten Maßnahme zu verschaffen, wenn auch die Befugnis, sogar einer *vertretbaren* Maßnahme des Vorstandes aufgrund einer *eigenen Ermessensentscheidung* die Zustimmung zu verweigern, nicht gleichzeitig als Pflicht aufzufassen ist²¹⁾.

Angesichts dessen scheint es mir nicht nur vertretbar, sondern sogar rechtlich *zwingend* zu sein, Aufsichtsratsmitglieder, die den Vorstand am Abschluß „kridaträchtiger“ Rechtsgeschäfte und Handlungen nicht hindern, dh solchen Rechtsgeschäften bzw Handlungen, die nach § 95 Abs 5 AktG nötige *Zustimmung erteilen*, selbst wegen Krida haften zu lassen. Die Unterlassung der aktienrechtlich vom Aufsichtsrat geforderten *Verhinderung* eines „gewagten Geschäftes“ (bzw die Zustimmung zu einem solchen) ist dem *Abschluß* eines gewagten Geschäftes ebenso rechtlich *gleichwertig*, wie die Zustimmung zum Eingehen einer neuen Schuld (vgl § 95 Abs 5 Z 5 AktG) dem „Eingehen“ selbst gleichwertig ist. Im Falle der sorgfaltswidrigen Zustimmung zu kridaträchtigen Rechtsgeschäften und Handlungen stellt sich strafrechtlich das Problem des § 2 StGB (Begehung durch Unterlassung) gar nicht, weil ohnehin *aktives Tun* vorliegt; in anderen Fallkonstellationen kann diese Bestimmung freilich Bedeutung besitzen (siehe unten). Voraussetzung für die Verwirklichung des Kridatbestandes durch Aufsichtsratsmitglieder ist in den genannten Fallkonstellationen freilich, daß auch die sonst in § 159 Abs 1 StGB geforderten Voraussetzungen vorliegen, nämlich entweder die fahrlässige Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft (Z 1) oder die in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft geschehene Vereitelung oder Schmälerung der Befriedigung zumindest eines Gesellschaftsgläubigers (Z 2).

Insbesondere beim Tatbestand nach Z 1, möglicherweise aber auch bei Z 2 kann allerdings die Vorlage unrichtiger, irreführender Informationen durch den Vorstand den auf der Basis dieser unrichtigen Informationen seine Zustimmung erteilenden Aufsichtsrat strafrechtlich exkulpieren. Eine solche Exkulpierung kann auch in dem — wenn auch wohl selten nachweisbaren — Fall gelingen, daß der Vorstand selbst im Falle der Verweigerung der Zustimmung durch den Aufsichtsrat das Geschäft

¹⁶⁾ Eine Einschränkung der Kridaverantwortlichkeit von Aufsichtsratsmitgliedern auf jene Fälle, in denen das Mitglied *de facto* maßgeblichen Einfluß besitzt, wie sie *Peter Doralt* (Unbeschränkte Haftungen bei Insolvenz der GmbH, GesRZ 1982, 95) zumindest erwägt und wie sie bei Prokuristen auch durchaus sachgerecht ist (vgl auch *Karollus*, ÖBA 1990, 345), halte ich nicht für angebracht, weil das Aufsichtsratsmitglied — anders als den „bloßen“ Prokuristen — sehr wohl Handlungspflichten treffen.

¹⁷⁾ Vgl *Reich-Rohrwig*, Wann vertritt der Aufsichtsrat die Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern?, WBl 1987, 299 f; *Runggaldier/G. Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften 168.

¹⁸⁾ Vgl dazu *G. Frotz*, Grundsätzliches zu den Rechten und Pflichten des Aufsichtsrates und seiner bestellten und entsendeten Mitglieder, ÖZW 1978, 44 ff, 46 ff; *M. Heidinger*, Aufgaben und Verantwortlichkeit von Aufsichtsrat und Beirat der GmbH 199 ff.

¹⁹⁾ Vgl *Schiemer*, AktG² Anm 7.4 zu § 95; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht³ 261 mwN.

²⁰⁾ IdS zutr für den GmbH-Aufsichtsrat *M. Heidinger*, Aufgaben 288 f.

²¹⁾ Der Umfang der Prüfpflicht des Aufsichtsrates ist nicht unumstritten; ähnlich wie hier zB *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 291; abweichend, aber mE nicht richtig zB *M. Heidinger*, Aufgaben, 201, 289 mit Darstellung des Meinungsstandes.

dennoch abgeschlossen, sich daher selbst pflichtwidrig über die aktienrechtliche Kompetenzverteilung hinweggesetzt hätte. In einem solchen Fall fehlt es an der sog. „Risikoerhöhung gegenüber rechtmäßigem Alternativverhalten“²²⁾.

Es kann vorkommen, daß der Aufsichtsrat allein durch eine entsprechend restriktive Handhabung seiner Zustimmungsrechte nach § 95 Abs 5 AktG nicht in die Lage versetzt wird, einen sorglosen bzw. „kridaverdächtig“ agierenden Vorstand in die Schranken zu weisen. Dies kann zum einen daran liegen, daß die im Gesetz aufgezählten Tatbestände und die meist in der Satzung enthaltenen Betragsgrenzen eben nicht sämtliche Geschäftsfälle erfassen, ja gar nicht erfassen dürfen²³⁾, und zum anderen ist es möglich, daß der Vorstand dem Aufsichtsrat die effiziente Ausübung seines Zustimmungsrechtes durch oberflächliche oder gar irreführende Information unmöglich macht. In solchen Fällen ist der Aufsichtsrat aktienrechtlich zur Abberufung des Vorstandes verpflichtet, wobei er — sollte der Sachverhalt für die Annahme einer „grobe Pflichtverletzung“ nach § 75 Abs 4 AktG nicht ausreichen — gegebenenfalls die Hauptversammlung zwecks Fassung eines Mißtrauensvotums einzuberufen hat²⁴⁾. Unterläßt der Aufsichtsrat in einer solchen Situation die Abberufung des Vorstandes bzw. einzelner Mitglieder desselben, erhebt sich die Frage, ob bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen sich die Aufsichtsratsmitglieder der fahrlässigen Krida schuldig machen können. Hier wird die Problematik des § 2 StGB in der Tat aktuell, weil ein Fall der Begehung durch Unterlassung vorliegt²⁵⁾ und demgemäß zu prüfen ist, ob die durch § 2 StGB verlangte Gleichwertigkeit mit der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbildes durch aktives Tun vorliegt. ME besteht kein Zweifel daran, daß diese Gleichwertigkeit gegeben ist und Aufsichtsratsmitgliedern diesbezüglich eine *Garantenstellung* zukommt²⁶⁾. Die Garantienpflicht zur Erfolgsabwendung ergibt sich in

diesem Fall bereits aus dem (Aktien-)Gesetz, wenn auch nicht aus dessen deutlichem Wortlaut, sondern bloß aus einer durch Lehre und Rsp vorgenommenen *Interpretation* der Norm.

Die Verpflichtung des Aufsichtsrates einer AG, unfähige, pflichtwidrig handelnde oder handlungsunfähige Mitglieder des geschäftsführenden Organs unverzüglich von ihrer Funktion abzurufen²⁷⁾, ist in bezug auf § 159 StGB eindeutig eine „deklistypische“ Sorgfaltspflicht.

Aufsichtsratsmitglieder können allerdings nicht bloß durch Unterlassung der Abberufung des Vorstandes oder einzelner Vorstandsmitglieder pflichtwidrig handeln, sondern vielmehr auch dadurch, daß sie einen *pflichtmäßig handelnden Vorstand aus dem Amt entfernen*. Die diesbezüglich wohl „brisanteste“ Fallkonstellation liegt vor, wenn der Aufsichtsrat den Vorstand einer zahlungsunfähigen AG, der ihm seine Absicht, den Konkursantrag zu stellen, mitteilt, abberuft, weil nach der (unrichtigen) Meinung des Aufsichtsrates die Voraussetzungen für die Antragstellung nicht gegeben sind oder gar, weil der Aufsichtsrat zwar in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit ist, den Vorstand jedoch aus bestimmten Gründen *bewußt* daran hindern möchte, die Gesellschaft einem Insolvenzverfahren zu unterwerfen²⁸⁾. Im zweiten Fall werden die Aufsichtsratsmitglieder uU sogar betrügerische Krida nach § 156 StGB zu verantworten haben, sofern ihnen hinsichtlich der Vereitelung oder Schmälerung der Gläubigerbefriedigung wenigstens bedingter Vorsatz anzulasten ist. Im ersten Fall liegt fahrlässige Krida nach § 159 Abs 1 Z 2 StGB vor. Der Unterlassung der Beantragung eines Ausgleichs- oder Konkursverfahrens durch den (dafür allein zuständigen) Vorstand ist die (in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis vorgenommene) Abberufung des antragswilligen Vorstandes und damit die Verhinderung der Antragstellung²⁹⁾ rechtlich mE *gleichzuhalten*.

Da auch eine unberechtigte Abberufung nach der ausdrücklichen Gesetzesbestimmung des § 75 Abs 4, 4. Satz AktG *wirksam* ist, solange nicht über die Unwirksamkeit rechtskräftig entschieden wurde und die Wirksamkeit der Abberufung mit dem *Zugang* der (formlosen, dh auch mündlich möglichen) Abberufungserklärung gegenüber dem Abberufenen eintritt, die Löschung im Firmenbuch daher nur deklarative Bedeutung besitzt, ist mit dem Zugang der Erklärung die zur Beantragung des Aus-

²²⁾ Vgl dazu grundlegend *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht 129 ff. Allerdings kann sich das Gelingen eines derartigen Nachweises uU als Bumerang herausstellen, weil ein Aufsichtsrat, der weiß bzw. dringend damit rechnen muß, daß der Vorstand die von ihm geplanten Maßnahmen unabhängig von der Reaktion des Aufsichtsrates jedenfalls durchführt, wohl zur sofortigen Abberufung des Vorstandes verpflichtet wäre und bei Beachtung dieses „rechtmäßigen Alternativverhaltens“ der Schaden nicht eingetreten wäre, weil ein abberufenes Vorstandsmitglied die Gesellschaft (außer über § 15 HGB) nicht mehr wirksam verpflichten kann.

²³⁾ Vgl *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 260 mwN in FN 122.

²⁴⁾ Wegen bloßer Divergenzen hinsichtlich der Geschäftspolitik wird der Aufsichtsrat ohne vorherige Befassung der Hauptversammlung den Vorstand wohl nicht abberufen dürfen, wenn auch die „wichtigen Gründe“, die eine Befassung der Hauptversammlung entbehrlich machen, wegen der demonstrativen Aufzählung des § 75 Abs 4 AktG nicht auf „grobe Pflichtverletzung“ beschränkt sind (vgl *G. Schima*, Abfertigungsregelungen in Vorstandsverträgen, in *Runggaldier*, Abfertigungsrecht 421 FN 44).

²⁵⁾ Vgl zur Problematik der *Garantenstellung* von Extraneei *Bertel*, RdW 1991, 135.

²⁶⁾ *Karollus*, ÖBA 1990, 346, betont zutr, daß bei Aufsichtsratsmitgliedern vielfach die *Nichteinmischung* in die Geschäfte, dh die Begehung durch Unterlassung im Vordergrund stehen wird.

²⁷⁾ *Karollus*, ÖBA 1990, 356, nimmt sogar in der GmbH eine Abberufungspflicht der Gesellschafter in bezug auf unfähige Geschäftsführer an, was mE problematisch ist.

²⁸⁾ Letztere Fallkonstellation lag einer dem Verfasser anlässlich eines von ihm jüngst gehaltenen Seminars von einem Teilnehmer erteilten Information zufolge in einem jüngst auch in den Medien ausführlich behandelten und die Gerichte derzeit beschäftigenden Pleitefall vor. Nur der Ordnung halber ist festzuhalten, daß die Abberufung eines die Konkursantragstellung zu *Unrecht* planenden Vorstandes durch den Aufsichtsrat nicht bloß nicht pflichtwidrig, sondern sogar geboten ist, weil eine (ungerechtfertigte) Konkurseröffnung dem wirtschaftlichen Ruf des Unternehmens schwersten Schaden zufügen und tatsächlich zur Insolvenzreife führen kann.

²⁹⁾ Bei *Gesellschaftern* einer GmbH ist grundsätzlich anerkannt, daß eine solche Verhinderung deren Verantwortlichkeit als Beteiligte an der fahrlässigen Krida auszulösen vermag (vgl *Karollus*, ÖBA 1990, 351).

gleichs- oder Konkursverfahrens nötige Vertretungsmacht gemeinsam mit der Vorstandsposition *erloschen*. Die Abberufung ist daher ein potentiell zur Verhinderung der Antragstellung *geeignetes Mittel*; die Vornahme einer Abberufung unter den geschilderten Umständen bedeutet die Verletzung einer deliktstypischen Sorgfaltspflicht des Aufsichtsrates, weil dieser einen *plichtgemäß* handelnden Vorstand nicht *gerade deshalb* von seiner Funktion abberufen darf.

Schließlich kann auch die *Unterlassung der Bestellung* von Vorstandsmitgliedern — zB zur Beseitigung eines Vertretungsnotstandes oder wenn sonst Vorstandsmitglieder verhindert oder ausgeschieden sind — die Mitglieder des Aufsichtsrates strafrechtlich nach § 159 StGB verantwortlich machen. Insbesondere bei der Beseitigung eines Vertretungsnotstandes können sich die Aufsichtsratsmitglieder nicht schlechthin darauf berufen, daß geeignete Kandidaten für das Vorstandsamt kurzfristig nicht zur Verfügung standen, weil in einem solchen Fall mE von der Antragstellung nach § 76 AktG Gebrauch zu machen ist³⁰⁾. Fraglich ist, ob der Aufsichtsrat auch verpflichtet (oder bloß berechtigt) ist, ausgeschiedene oder verhinderte Vorstandsmitglieder durch befristete Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern als Vertreter gem § 90 Abs 2 AktG zu ersetzen. Diese Frage wurde in Österreich, soweit ersichtlich, noch nicht erörtert. ME wird man eine *Pflicht* des Aufsichtsrates allenfalls bei Bestehen eines Vertretungsnotstandes³¹⁾ annehmen können — dies aber auch nur dann, wenn der Gesellschaft *unmittelbar Schaden droht* (zB wirtschaftlich nötige, fristgebundene Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses) und die Bestellung durch das Gericht zu spät käme³²⁾.

5. Zivilrechtliche Haftung

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Aufsichtsratsmitgliedern nach § 159 StGB zeigt auch zivilrechtliche Folgen. Das den Tatbestand nach § 159 StGB verwirklichende Aufsichtsratsmitglied haftet, weil es sich dabei um ein Schutzgesetz nach § 1311 ABGB handelt — den Gesellschaftsgläubigern persönlich, wobei nach der nicht — unkritisierten Judikatur — § 159 StGB auch und gerade den Schutz der sog Neugläubiger bezweckt, dh jener Gläubiger, die mit der Gesellschaft erst in einem Zeit-

punkt kontrahierten, in dem bei sorgfältiger Vorgangsweise der Insolvenzantrag bereits hätte gestellt werden müssen³³⁾. Die Neugläubiger erhalten nach der Judikatur, anders als die Altgläubiger, nicht nur den „Quotenschaden“ ersetzt, sondern ihren *gesamten kausalen Vertrauensschaden*, der sich in der Regel aus dem Fakturenwert abzüglich der darin enthaltenen Gewinnspanne, allenfalls noch abzüglich fixer Kosten, ergibt³⁴⁾.

Fraglich ist, ob in den oben geschilderten Fällen der Abberufung eines (zu Recht) konkursantragswilligen Vorstandes durch den Aufsichtsrat auch eine Haftung aufgrund der Verletzung des § 69 Abs 2 und 3 KO in Betracht kommt. Wie schon gesagt, sind zur Antragstellung nur die Vorstandsmitglieder (Geschäftsführer) — nach einer (abzulehnenden) Ansicht auch die sog „faktischen“ Geschäftsführer — befugt. Im Ergebnis wird man aber (wohl schon aufgrund der §§ 1301 ff ABGB) mE auch beim zivilrechtlichen Delikt eine *Teilnahme* (Beitrags-täterschaft) eines „Extraneus“ als möglich annehmen können³⁵⁾, was über § 1311 ABGB zur persönlichen Haftung der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auch auf der Grundlage des § 69 Abs 2 und 3 KO führen würde. Solange der OGH freilich seine — kritisierte — Ansicht aufrechterhält, wonach die Haftung bei Verletzung des § 69 KO *weniger weitgehend* als die Kridahaftung ist, weil Neugläubiger wie Altgläubiger *nur den Quotenschaden* ersetzt verlangen können³⁶⁾, ist die Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern nach § 69 KO nicht von besonderer Relevanz, weil die (dann meist ebenfalls vorliegende) Kridahaftung die (Neu-)Gläubiger ohnehin stärker schützt.

6. Zusammenfassung

1. Es ist richtig, daß Aufsichtsratsmitglieder einer AG (oder einer GmbH) rechtlich nicht in der Lage sind, wirksam einen Antrag auf Eröffnung eines Ausgleichs- oder Konkursverfahrens zu stellen. Diese Kompetenz ist allein den Vorstandsmitgliedern bzw Geschäftsführern vorbehalten.

2. Dessenungeachtet können Aufsichtsratsmitglieder den Straftatbestand des § 159 Abs 1 StGB wegen § 309 Abs 2 StGB als unmittelbare Täter verwirklichen.

3. Voraussetzung für das Vorliegen fahrlässiger Krida ist die Verletzung einer den in § 159 Abs 1 Z 1 und 2 StGB demonstrativ aufgezählten und primär auf eine Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht abstellenden Verhaltensweisen gleichwertige Verletzung der dem Aufsichtsrat bzw seinen Mitgliedern auferlegten und insofern „deliktstypischen“ Sorgfaltspflichten.

³⁰⁾ Aufsichtsratsmitglieder sind jedenfalls „Beteiligte“ iSd Gesetzesstelle; ihre Garantenstellung ergibt sich aus der Pflicht, stets für eine adäquate Besetzung des Vertretungsorgans zu sorgen.

³¹⁾ § 90 Abs 2 AktG setzt — anders als § 76 — einen solchen nicht voraus (wie hier *Schiemer*, AktG² Anm 4.1, zu § 90 mwN).

³²⁾ Auch in der BRD scheint die Problematik bislang nicht diskutiert worden zu sein. Zu konstatieren sind allerdings gewisse Ungereimtheiten im Schrifttum. So paßt die von der hM (vgl GroßKomm AktG³ Rz 15 zu § 105; *Meyer-Landrut*, in KölnKomm AktG³ Rz 15 zu § 105; ebenso *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 221 und *Schiemer*, AktG² Anm 5.1. zu § 90) vertretene Abdingbarkeit des § 90 Abs 2 AktG durch die Satzung nicht zu der ebenfalls hA, wonach die Delegation nach § 90 Abs 2 AktG (= § 105 Abs 2 dAktG) auch dann zulässig ist, wenn der Aufsichtsrat dadurch seine *Beschlußfähigkeit verliert*, weil die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Vertretungsorgans stärker wiege als die des Kontrollorgans (vgl *Geßler*, in *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG Rz 31 zu § 105; *Meyer-Landrut*, in KölnKomm AktG³ Rz 9 zu § 105).

³³⁾ Vgl OGH ÖBA 1988, 165 ff = WBI 1988, 58 ff; OGH RdW 1990, 250 ff; gegen den Schutz der Neugläubiger *Karollus*, ÖBA 1988, 169 ff.

³⁴⁾ Vgl OGH WBI 1988, 60 = ÖBA 1988, 168.

³⁵⁾ Offengelassen von *Karollus*, ÖBA 1990, 340 FN 26; vgl zur dt Rechtslage *K. Schmidt*, in *Scholz, GmbHG⁷ II Rz 41 zu § 64*; *Mertens*, in KölnKomm AktG² Rz 48 f zu § 93.

³⁶⁾ Vgl OGH WBI 1989, 155 f; OGH WBI 1989, 250 ff; eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der Gläubiger infolge der Konkursverschleppung ein Aussonderungs- oder Absonderungsrecht verliert, weil dann auch der den Quotenschaden übersteigende Nachteil geltend gemacht werden kann (OGH ÖBA 1990, 942 = JBI 1990, 345 ff mit Anm v *Dellinger*).

4. Derartige Sorgfaltspflichten können zB verletzt werden, wenn der Aufsichtsrat „kridaträchtigen“ Rechtsgeschäften und Handlungen des Vorstandes nicht nach § 95 Abs 5 AktG pflichtgemäß seine Zustimmung verweigert, wenn er (was nur bei der AG bedeutsam ist) einen kridaverdächtig agierenden Vorstand nicht unverzüglich abberuft, wenn es der Aufsichtsrat unterläßt, vakante Vorstandsposten zu besetzen oder einen Vertretungsnotstand durch Antragstellung nach § 76 AktG und — in Ausnahmefällen — durch Delegation von Aufsichtsratsmitgliedern in den Vorstand nach § 90 Abs 2 AktG zu beseitigen, oder wenn der Aufsichtsrat gar einen aufgrund der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zur Konkursantragstellung entschlossenen Vorstand abberuft, um ihn an der Antragstellung zu hindern.

5. Daneben kommt fahrlässige Krida im Rahmen der dem Aufsichtsrat durch § 97 AktG eingeräumten Ge-

schäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht in Betracht — so etwa dann, wenn der Aufsichtsrat mit einem ausscheidenden Vorstandsmitglied eine völlig unangemessene und zur Zahlungsunfähigkeit führende oder in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit zur Schmälerung der Gläubigerbefriedigung führende Abfindungsvereinbarung abschließt.

6. Wenn Aufsichtsratsmitglieder den Tatbestand des § 159 StGB verwirklichen, haften sie nach den diesbezüglich von Lehre und Judikatur entwickelten Grundsätzen wegen Schutzgesetzverletzung auch den Gesellschaftsgläubigern gegenüber persönlich. Eine Haftung nach § 69 Abs 2 und 3 KO kommt uU als „zivilrechtliche Beitragstätterhaftung“ in Frage, wenn der Aufsichtsrat durch eine sofortige Abberufung den Vorstand an der Stellung des Konkursantrages fahrlässig hindert oder gar hindern will.