

AG 2002, 682, 683 f, Konkretisierung; ebenso *Hüffer/Koch* AktG Rn 9), welches insb dazu fähig sein muss die finanzielle Lage des Kreditinstituts jederzeit mit hinreichender Genauigkeit zu bestimmen (*OLG Düsseldorf* AG 2010, 126, 129). Die BaFin hat als Aufsichtsbehörde insoweit durch die MaRisk die Anforderungen konkretisiert (auf *Zimmermann* BKR 2005, 208 ff). Die Anforderungen des § 25a KWG sind allerdings nicht allg auf Abs 2 übertragbar (*K. Schmidt/Lutter* AktG/*Krieger/Sailer* Rn 15; *Großkomm* AktG/*Kort* Rn 94; *Bürkle* WM 2005, 1496, 1497; **aA** tendenziell *VG Frankfurt/Main* WM 2004, 2157, 2160 f, Auslegungsmaßstab; *Preußner* NZG 2004, 303, 305). Eine Pflicht zur Schaffung eines Risikomanagementverfahrens ergibt sich zudem aus § 64a Abs 1 VAG für Versicherungsunternehmen.

§ 92 Vorstandspflichten bei Verlust, Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit

(1) Ergibt sich bei Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz oder ist bei pflichtmäßigem Ermessen anzunehmen, dass ein Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals besteht, so hat der Vorstand unverzüglich die Hauptversammlung einzuberufen und ihr dies anzuzeigen.

(2) ¹Nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder sich ihre Überschuldung ergeben hat, darf der Vorstand keine Zahlungen leisten. ²Dies gilt nicht von Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind. ³Die gleiche Verpflichtung trifft den Vorstand für Zahlungen an Aktionäre, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dies war auch bei Beachtung der in § 93 Abs. 1 Satz 1 bezeichneten Sorgfalt nicht erkennbar.

		Übersicht	
		Rn	Rn
I. Allgemeines	1	b) Feststellung der Überschuldung	18
II. Verlustanzeige	5	aa) Fortführungsprognose	20
1. Voraussetzungen	5	bb) Ausweisfragen	21
2. Feststellung des Verlustes	6	cc) Bewertung	23
3. Einberufung der Hauptversammlung	7	3. Eröffnungsantrag	24
4. Rechtsfolgen der unterlassenen Anzeige	8	a) Frist	24
	8	b) Form	27
III. Eröffnungsantragspflicht	9	4. Rechtsfolgen bei Verletzung der Eröffnungsantragspflicht	28
1. Zahlungsunfähigkeit	10	a) Schutzgesetz	29
a) Begriff	10	b) Altgläubiger	30
b) Feststellung der Zahlungsunfähigkeit	11	c) Neugläubiger	31
c) Beseitigung von Zahlungsunfähigkeit	16	5. Zahlungsverbot, § 92 Abs 2	33
2. Überschuldung	17	a) Grundsatz	33
a) Begriff	17	b) Ausnahmen	34
		c) Rechtsfolgen bei Verstoß	35

Literatur: *Altmeyen* Insolvenverschleppungshaftung Stand 2001, ZIP 2001, 2201; *ders* Masseschmälernde Zahlungen, NZG 2016, 521; *Bayer/Lieder* Ersatz des Vertrauensschadens wegen Insolvenverschleppung und Haftung des Teilnehmers, WM 2006, 1; *Bayer/Schmidt* Die Insolvenzantragspflicht nach § 92 Abs 2 AktG, § 64 Abs 1 GmbHG, AG 2005, 644; *Bork* Zum Beginn des Zahlungsverbots gem § 92 II 1 AktG, NZG 2009, 775; *Cahn*

Das Zahlungsverbot nach § 92 Abs 2 Satz 3 AktG – aktien- und konzernrechtliche Aspekte des neuen Liquiditätsschutzes, *Der Konzern* 2009, 7; *Frenzel/Gundlach/Strandmann* Die Zahlungen eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nach Insolvenzreife, *DZWIR* 2009, 450; *Fritsche/Lieder* Persönliche Haftung und Haftungsabwicklung bei Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht nach § 64 Abs 1 GmbHG und § 92 Abs 2 AktG, *DZWIR* 2004, 93; *Fröhner* Deliktische Haftung für die Beihilfe zur Insolvenzverschleppung gegenüber dem Neugläubiger, *ZInsO* 2011, 1617; *Fromm* Der Überschuldungsstatus im Insolvenzrecht, *ZInsO* 2004, 943; *Geißler* Grenzlinien der Ersatzpflicht des Vorstands wegen verbotener Zahlungen in der Krise der AG, *NZG* 2007, 645; *Gischer/Hommel* Unternehmen in Krisensituationen und die Rolle des Staates als Risikomanager – Weniger ist mehr, *BB* 2003, 945; *Göcke* Die Absage einer zur Anzeige des Verlustes der Hälfte des Grundkapitals einberufenen Hauptversammlung, *AG* 2014, 119; *Habersack/Foerster* Debitorische Konten und Massezuflüsse im Recht der Zahlungsverbote, *ZGR* 2016, 153; *Harz* Kriterien der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung unter Berücksichtigung der Änderungen nach dem neuen Insolvenzrecht, *ZInsO* 2001, 193; *Kau/Kukat* Haftung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern nach dem Aktiengesetz, *BB* 2000, 1045; *Krumm* Insolvenzrechtliches Zahlungsverbot und rechtmäßiges Alternativverhalten – Zur Massesicherungs- und -erhaltungspflicht bei debitorischen Bankkonten, *WM* 2010, 296; *Paul/Amen* Going-Concern-Prognosen im Insolvenz- und im Bilanzrecht, *DB* 2005, 1861; *Plagemann* Beseitigung des Verlusts gem. § 92 I AktG vor Durchführung der Hauptversammlung, *NZG* 2014, 207; *Priester* Verlustanzeige und Eigenkapitalersatz, *ZGR* 1999, 533; *Primozic/Feckl* Die Behandlung streitiger Rechtsverhältnisse bei der Insolvenzantragsreife einer GmbH, *GmbHR* 2005, 160; *Reuter* „Krisenrecht“ im Vorfeld der Insolvenz – das Beispiel der börsennotierten AG, *BB* 2003, 35; *K. Schmidt* Verbotene Zahlungen in der Krise von Handelsgesellschaften und die daraus resultierenden Ersatzpflichten, *ZHR* 2004, 637; *Strohn* Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, *NZG* 2011, 1161; *Thiessen* Haftung des Aufsichtsrats für Zahlungen nach Insolvenzreife, *ZGR* 2011, 275; *Thümmel* Aufgaben und Haftungsrisiken des Managements in der Krise des Unternehmens, *BB* 2002, 1105.

I. Allgemeines

- 1 § 92 hat durch das MoMiG eine wesentliche Änderung erfahren. Die Insolvenzantragspflicht des § 92 Abs 2 aF ist nunmehr für alle Kapitalgesellschaften in § 15a InsO überführt worden. § 92 regelt nur noch die Anzeigepflicht bei Verlust der Hälfte des Grundkapitals sowie das Verbot von Zahlungen, wenn dadurch die Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt wird bzw bei bereits eingetretener Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit.
- 2 Befindet sich die AG in einer wirtschaftlichen Krise, treffen den Vorstand nach § 92 bes zusätzliche Pflichten. Bei einem Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals hat er die HV einzuberufen und Verlustanzeige zu erstatten. Dadurch sollen die Aktionäre die erforderlichen Maßnahmen zur Beseitigung der Notlage, etwa durch KapErhöhung, Kapitalherabsetzung oder Auflösung der AG, beschließen können. Die damit verbundene Publizität ist nicht Zweck, sondern lediglich Reflex der Vorschrift (*BGH NJW* 1979, 1829, 1831).
- 3 Die den Vorstand nach § 92 treffenden Pflichten sind zwingend und können weder durch Satzung noch Weisung des AR oder Beschl der HV abbedungen werden. Nach § 268 Abs 2 S 1 finden die Pflichten des § 92 zwar auch auf den Abwickler Anwendung. Dies gilt jedoch nicht für die Pflicht zur Verlustanzeige nach Abs 1, da die Entscheidung zur Abwicklung der AG bereits getroffen und eine Unterrichtung der Akti-

onäre nicht mehr notwendig ist (MünchKomm AktG/*Spindler* Rn 6; **aA** *Hüffer* AktG Rn 6). Zudem ergibt sich auch aus § 401 Abs 1 Nr 1, dass die Pflicht zur Verlustanzeige nicht den Abwickler trifft.

(zz nicht belegt)

4

II. Verlustanzeige

1. Voraussetzungen. Die Anzeigepflicht besteht, wenn ein Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals eingetreten, dh der Vermögensstand rechnerisch unter die Hälfte des Grundkapitals gesunken ist. Der eingetretene Verlust und der Verlustvortrag ist dem Eigenkapital gegenüberzustellen. Zum Eigenkapital gehören das Grundkapital, offene Rücklagen, Bilanzgewinn, der Eigenkapitalanteil in den Sonderposten mit Rücklagenanteil, nicht jedoch die Rücklage für eigene Anteile (Beck'sches AG Handbuch/*Schmidt-Hern* § 17 Rn 11 f). Die Anzeigepflicht besteht nicht nur dann, wenn sich iRd Aufstellung einer Jahres- oder Zwischenbilanz ein Verlust ergibt, sondern auch, wenn nach pflichtgemäßer Prüfung die Entstehung eines Verlustes anzunehmen ist. Zwar braucht der Vorstand nicht ständig Zwischenbilanzen aufzustellen (MünchKomm AktG/*Spindler* Rn 12), jedoch ist er verpflichtet, die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens fortlaufend zu prüfen und bei Vorliegen von Anzeichen, die auf eine wirtschaftliche Notlage hindeuten, einen Zwischenabschluss aufzustellen (*Reuter* BB 2003, 1797, 1801).

5

2. Feststellung des Verlustes. Durch die Bezugnahme auf die Jahresbilanz in Abs 1 ergibt sich, dass die Feststellung des Verlustes entspr den handelsrechtlichen Ansatz- und Bewertungsvorschriften der §§ 252 ff HGB erfolgen muss (*Hüffer* Rn 3; **aA** *BGH* WM 1958, 1416, 1417). Darlehen sind stets als Passivposten auszuweisen, auch wenn sie eigenkapitalersetzend sind und ein Rangrücktritt vereinbart ist (Beck'sches AG Handbuch/*Schmidt-Hern* § 17 Rn 12). Stille Reserven dürfen nur dann aufgelöst werden, wenn dies auch im Jahresabschluss zulässig ist (*Hüffer* Rn 4; **aA** MünchKomm AktG/*Spindler* Rn 14; *Reuter* BB 2003, 1797, 1802). Zuschreibungen nach § 280 HGB sind zulässig. Buchwerte dürfen bei positiver Fortbestehensprognose fortgeführt werden, andernfalls müssen Liquidationswerte angesetzt werden. Im Konzernabschluss können stille Reserven durch Vermögensverschiebungen zwischen verbundenen Unternehmen realisiert werden.

6

3. Einberufung der Hauptversammlung. Ist ein Verlust mindestens in Höhe der Hälfte des Grundkapitals eingetreten, hat der Vorstand unverzüglich, dh ohne schuldhaftes Zögern, die HV einzuberufen und ihr dies anzuzeigen. Die **Ad-hoc-Publikitätspflicht** des § 15 WpHG besteht daneben fort, dh es ist ggf sowohl eine Ad-hoc-Meldung als auch eine Verlustanzeige abzugeben. Für die Einberufung steht dem Vorstand eine angemessene Überlegungsfrist zu. Die Verlustanzeige muss auf der Tagesordnung angekündigt werden. Der Vorstand ist zwar nicht verpflichtet, bereits mit der Verlustanzeige Vorschläge zur Behebung der Krise zu unterbreiten, er muss jedoch entspr Sanierungsüberlegungen anstellen (*Priester* ZGR 1999, 533, 537). Schlägt er **Gegenmaßnahmen zur Beseitigung des Bilanzverlusts** vor, sind diese auf die Tagesordnung zu setzen, da anderenfalls die HV gem § 124 Abs 1 hierüber keine Beschl fassen kann (*OLG Oldenburg* AG 1994, 417). An die Vorschläge des Vorstands ist die HV allerdings nicht gebunden. Der Termin für die HV ist ohne unnötige Verzögerung zu bestimmen. Von der Verlustanzeige kann abgesehen werden, wenn der Vorstand

7

durch hinreichend konkrete und aussichtsreiche Sanierungsverhandlungen den Bilanzverlust kurzfristig (in Anlehnung an die Insolvenzantragsfrist maximal innerhalb von drei Wochen) selbst beseitigen kann. Dass ein Verlust vor Durchführung der HV, aber in längerer Frist, wieder beseitigt werden kann, lässt hingegen die Pflicht zur Einberufung nicht entfallen (*Plagemann NZG* 2014, 207, 209; *Göcke AG* 2014, 119, 122f.). Die mit einer Publizität verbundenen negativen Auswirkungen begründen ein Hinausschieben der Anzeigepflicht nicht. Von einer Anzeige kann aber dann abgesehen werden, wenn bereits Insolvenzantrag gestellt ist. Der AR ist gem § 111 Abs 1 verpflichtet, darauf einzuwirken, dass der Vorstand seiner Verlustanzeigespflicht nachkommt. Ferner kann der AR nach § 111 Abs 3 selbst die HV einberufen.

- 8 4. Rechtsfolgen der unterlassenen Anzeige.** Verstößt der Vorstand schuldhaft gegen seine Anzeigepflicht, macht er sich der AG gegenüber nach § 93 Abs 2 schadensersatzpflichtig. Hingegen stellt § 92 Abs 1 kein Schutzgesetz zu Gunsten der Gl der AG dar (hM *BGH NJW* 1979, 1829, 1831). Umstritten ist, ob einzelne Aktionäre Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs 2 BGB geltend machen können (zust *MünchKomm AktG/Spindler* Rn 20; abl *Hüffer AktG* Rn 26). Dies ist zu bejahen, da die Verlustanzeigepflicht gerade der Durchsetzung der Mitwirkungsrechte der Aktionäre dient. Jedoch wird sich der Schaden der Aktionäre mit demjenigen der AG decken (*MünchKomm AktG/Spindler* Rn 20), so dass diese nur Leistung an die AG fordern können (*Kau/Kukat BB* 2000, 1045, 1047). Die unterlassene Verlustanzeige ist zudem nach § 401 Abs 1 Nr 1 strafbar.

III. Eröffnungsantragspflicht

- 9** Nach § 15a Abs 1 InsO hat der Vorstand bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung der AG ohne schuldhaftes Zögern, spätestens innerhalb von drei Wochen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Bei drohender Zahlungsunfähigkeit besteht keine Verpflichtung, wohl aber die Möglichkeit zur Insolvenzantragstellung (§ 18 Abs 1 InsO). Das ESUG hat durch die Möglichkeit des Schutzschirmverfahrens und der Eigenverwaltung zusätzliche Anreize zu einer möglichst frühzeitigen Restrukturierung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens geschaffen. Bei Verdachtsmomenten, wie einer anhaltend schlechten Liquiditätsslage oder bei Entstehen eines nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrags, hat der Vorstand das Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung zu überprüfen und diese Prüfung fortzuschreiben. Ist die AG führungslos, dh hat sie keine Vorstandsmitglieder mehr, trifft die Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs 3 InsO jedes Mitglied des AR.
- 10 1. Zahlungsunfähigkeit. – a) Begriff.** Die AG ist zahlungsunfähig, wenn sie ihre fälligen Geldverbindlichkeiten mit den vorhandenen Zahlungsmitteln, nicht ausgeschöpften Kreditlinien oder anderen kurzfristig beschaffbaren Geldmitteln nicht decken kann oder wenn sie ihre Zahlungen eingestellt hat (§ 17 Abs 2 InsO). Zahlungseinstellung liegt vor, wenn die AG wg eines voraussichtlich dauernden Mangels an Zahlungsmitteln nach außen erkennbar aufgehört hat, ihre fälligen Verbindlichkeiten zu bezahlen (*BGH ZIP* 2003, 410, 411), sie nahezu keinerlei Geschäftsfähigkeit mehr entfaltet oder über einen Zeitraum von einem Monat mehr als 50 % der Verbindlichkeiten nicht begleicht (*BGH WM* 2001, 1215, 1226). Die Leistung einzelner Zahlungen steht der Annahme einer Zahlungseinstellung nicht entgegen (*BGH NJW* 2002, 515, 517).

b) Feststellung der Zahlungsunfähigkeit. Die Zahlungsunfähigkeit ist zeitraumbezogen durch Gegenüberstellung der vorhandenen Zahlungsmittel, bestehenden Kreditlinien oder anderer kurzfristig beschaffbarer Geldmittel mit den fälligen Verbindlichkeiten zu ermitteln (vgl Prüfungsstandard IDW PS 800). Gegenstände des Betriebsvermögens können dann berücksichtigt werden, wenn sie kurzfristig veräußerbar sind und dadurch der Weiterbetrieb des Unternehmens nicht gefährdet wird. Erforderlich ist aber stets, dass die Inanspruchnahme von Krediten bzw die Veräußerung von Betriebsmitteln tatsächlich beabsichtigt ist (*BGH NJW* 1998, 607, 608 f). **11**

Zu erfassen sind alle fälligen und ernsthaft eingeforderten Verbindlichkeiten. Ausdrücklich oder stillschweigend gestundete Verbindlichkeiten bleiben unberücksichtigt. An das Einfordern einer Verbindlichkeit sind keine strengen Anforderungen zu stellen (*BGH WM* 2003, 524, 525). Forderungen, bei denen der Gl zu erkennen gibt, dass er mit einer späteren oder nachrangigen Befriedigung einverstanden ist, sind selbst dann nicht fällig, wenn eine förmliche Stundung nicht erklärt ist (*BGH NZI* 2007, 579, 580; 2008, 231, 232). Zu berücksichtigen sind alle bestehenden und fälligen Forderungen, auch solche von Aktionären (*BGH NZG* 2012, 1379, 1380). Bestrittene Verbindlichkeiten sind nicht erst dann anzusetzen, wenn diese rechtskräftig festgestellt wurden (so *KG wistra* 2002, 313, 316), sondern spätestens sobald ein vollstreckungsfähiges Urteil vorliegt; nach aA sind sie entspr der bilanziellen Betrachtung mit dem Grad der Wahrscheinlichkeit ihres Bestehens anzusetzen (*Staufenbiel/Hoffmann ZInsO* 2008, 891, 893). Eigenkapitalersetzende Verbindlichkeiten sind bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit nicht zu berücksichtigen (Kübler/Prütting/*Pape InsO* § 17 Rn 6; Hess/Weis/Wienberg/*Hess InsO* § 17 Rn 9, str). Die Fälligkeit einer Forderung richtet sich nach den zivilrechtlichen Vereinbarungen. Branchenübliche Zahlungsziele dürfen eingehalten werden (Kreft/*Kirchhof HK-InsO*, 7. Aufl, § 17 Rn 9). Gestundete oder mit einem Rangrücktritt versehene Forderungen bleiben außer Ansatz. **12**

Die Zahlungsunfähigkeit ist von der vorübergehenden Zahlungsstockung abzugrenzen. Eine vorübergehende Liquiditätslücke liegt nur dann vor, wenn die fälligen Verbindlichkeiten innerhalb von drei Wochen ausgeglichen werden können (*BGHZ* 163, 134, 139). Um eine praktikable Abgrenzung zu ermöglichen, geht der *BGH* davon aus, dass bei einer Unterdeckung von weniger als 10 % noch keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt, außer die Überschreitung der 10 %-Schwelle ist zu erwarten. Hingegen wird bei einer Unterdeckung von mehr als 10 % widerleglich vermutet, dass die AG zahlungsunfähig ist, außer es wird nachgewiesen, dass die Liquiditätslücke innerhalb überschaubarer Zeit beseitigt werden kann und den Gl ein Zuwarten nach den bes Umständen des Einzelfalls zumutbar ist (*BGHZ* 163, 134, 145). **13**

Zu den Pflichten eines Vorstands in einer Unternehmenskrise gehört es, Liquiditätspläne aufzustellen, aus denen sich für den Zeitraum von mindestens einem Jahr die vorhandenen und erwarteten Geldmittel sowie die bestehenden und erwarteten Verbindlichkeiten entnehmen lassen. **14**

Die unterbliebene Zahlung von Löhnen, Sozialversicherungsbeiträgen, Steuern oder Energiekosten für längere Zeit oder die Zahlung lediglich von Neuschulden stellt ein gewichtiges Indiz für die Annahme von Zahlungsunfähigkeit dar (*OLG Hamburg GmbHR* 2004, 797, 798). Erst recht gilt dies, wenn die AG selbst erklärt hat, in Zahlungsschwierigkeiten zu sein oder um Ratenzahlung nachgesucht hat (*BGH ZIP* 2016, 1686). **15**