

# INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE

ANDREAS CAHN

Das Zahlungsverbot nach § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG –  
aktien- und konzernrechtliche Aspekte des neuen  
Liquiditätsschutzes



INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE  
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT

WORKING PAPER SERIES No. 95



**PROF. DR. THEODOR BAUMS**  
**PROF. DR. ANDREAS CAHN**

**INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE**

**IM HOUSE OF FINANCE DER GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT**

**CAMPUS WESTEND – GRÜNEBURGPLATZ 1**

**D-60323 FRANKFURT AM MAIN**

**TEL: +49 (0)69 / 798-33753**

**FAX: +49 (0)69 / 798-33929**

**(INTERNET: [HTTP://WWW.ILF-FRANKFURT.DE](http://www.ilf-frankfurt.de))**

Andreas Cahn

Das Zahlungsverbot nach § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG –  
aktien- und konzernrechtliche Aspekte des neuen Liquiditätsschutzes

Institute for Law and Finance

**WORKING PAPER SERIES NO. 95**

**12/ 2008**

# **Das Zahlungsverbot nach § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG – aktien- und konzernrechtliche Aspekte des neuen Liquiditätsschutzes**

Prof. Dr. Andreas Cahn, LL.M. (Berkeley)\*

*Das MoMiG hat einerseits die bilanzgestützte aktien- und GmbH-rechtliche Vermögensbindung gelockert, andererseits aber in Gestalt des Verbots von Zahlungen an Aktionäre, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen müssen, einen gesetzlichen Liquiditätsschutz eingeführt. Der Beitrag lotet Voraussetzungen und Grenzen dieses Zahlungsverbots aus.*

## **I. Einleitung**

In der rechtspolitischen Diskussion<sup>1</sup> um Tauglichkeit und Zweckmäßigkeit des geltenden, für Aktiengesellschaften durch die Kapitalrichtlinie vorgeschriebenen Gläubigerschutzes durch ein festes Kapital und die daraus folgenden Grenzen für Ausschüttungen an Aktionäre wird als Alternative zu dem bilanzorientierten Ansatz der herkömmlichen Vermögensbindung vor allem ein auf die Erhaltung der Solvenz der Gesellschaft gerichtetes Auszahlungsverbot erörtert<sup>2</sup>. Diese Überlegung hat der Gesetzgeber des MoMiG<sup>3</sup> aufgegriffen<sup>4</sup> und in §§ 64 S. 3 GmbHG, 92 Abs. 2 S. 3 AktG ein Verbot für GmbH-Geschäftsführer und Vorstände einer AG eingeführt, Zahlungen an Gesellschafter bzw. Aktionäre zu leisten, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, diese Folge war auch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht erkennbar. Die bilanzgestützte Vermögensbindung, die einerseits durch die Neufassung der §§ 57 Abs. 1, 71a Abs. 1 S. 3, 291 Abs. 3 AktG, 30 GmbHG gelockert worden ist, wird damit andererseits um einen Liquiditätsschutz ergänzt. Die Neuregelung in §§ 64 S. 3 GmbHG, 92 Abs. 2 S. 3 AktG wirft Fragen nach ihrem persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich (dazu sogleich II.), nach dem Verhältnis zu anderen Instrumenten des Gläubigerschutzes (dazu unten, III. und IV.) und nach der Geltung im Konzern (dazu unten, V.) auf. Ein

---

\* Der Autor ist Inhaber der Dresdner Bank Stiftungsprofessur und geschäftsführender Direktor des Institute for Law and Finance an der Goethe-Universität in Frankfurt am Main.

<sup>1</sup> Vgl etwa die Beiträge in den Sammelbänden *Efficient Creditor Protection in European Company Law*, EBOR 2006, Heft 1 = *Eidenmüller/Schön* (Hrsg.), *The Law and Economics of Creditor Protection*, 2008 und *Lutter* (Hrsg.), *Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa*, ZGR Sonderheft 17, 2006 sowie den *Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance* (sog. *Rickford-Report*), 15 EBLR 919 (2004); *Enriques/Macey* 86 Cornell L J (2001), 1165; *Kahan* in *Hopt/Wymeersch, Capital Markets Law and Company Law*, 2003, S°145 ff; *Kübler* in *Hopt/Wymeersch, Capital Markets Law and Company Law*, 2003, S°95 ff; *Mülberr/Birke* EBOR 3 (2002), 695; *Mülberr* *Der Konzern* 2004, 151; *Merkt* ZGR 2004, 305.

<sup>2</sup> *Engert*, ZHR 2006, 296, 298 ff.; vgl. auch *Fuchs/Stibi*, BB-Special 2007, Heft 17, 19; *Lanfermann/Röhricht*, BB-Special 2007, Heft 17, 8, 10 ff.

<sup>3</sup> Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 23. 10. 2008, BGBl. I, S. 2026.

<sup>4</sup> Vgl. *BegrRegE MoMiG*, BT-Drucks. 16/6140 v. 25. 7. 2007, S. 46.

Ausblick auf die Folgen des Zahlungsverbot für gängige Gestaltungen der Akquisitionsfinanzierung schließt den Beitrag ab (VI.). Die nachstehenden Überlegungen beschränken sich zwar auf das aktienrechtliche Auszahlungsverbot nach § 92 Abs. 2 S. 3 AktG, gelten aber, soweit nicht spezifisch aktienrechtliche Gesichtspunkte maßgeblich sind, gleichermaßen für die GmbH.

## **II. Gegenstand und Voraussetzungen des Zahlungsverbots**

### **1. Zahlungsverbot im Vorfeld der Zahlungsunfähigkeit**

§ 92 Abs. 2 S. 3 AktG erweitert das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 S.1 und 2 AktG in zeitlicher Hinsicht im Hinblick auf Zahlungen an Aktionäre. Auslösendes Moment des Zahlungsverbots ist dabei nicht erst – wie im Rahmen des allgemeinen Zahlungsverbots nach § 92 Abs. 2 S. 1 und 2 AktG – der Eintritt der Insolvenzantragspflicht<sup>5</sup>. Nach § 92 Abs. 2 S. 3 AktG sind Zahlungen an Aktionäre vielmehr bereits im Vorfeld der Insolvenzreife verboten, soweit sie zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten (Insolvenzverursachungsverbot). Dabei ist allerdings lediglich die Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit, nicht hingegen der Überschuldung erfasst<sup>6</sup>. Die Vorschrift stellt damit eine Ergänzung des ebenfalls durch das MoMiG geänderten § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO dar, nach dem alle Rechtshandlungen der Gesellschaft anfechtbar sind, die im letzten Jahr vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens für Gesellschafteransprüche i.S.v. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO Befriedigung gewährt haben. Eines zusätzlichen Überschuldungsschutzes durch die entsprechende Anwendung von § 92 Abs. 2 S. 3 AktG bedarf es nicht<sup>7</sup>, weil Leistungen der Gesellschaft an einen Gesellschafter nur dann zur Überschuldung der Gesellschaft führen können, wenn der Empfänger keine gleichwertige Gegenleistung erbringt. Unter dieser Voraussetzung verstößt eine Zuwendung aus gebundenem Vermögen aber bereits gegen § 57 AktG, in der GmbH gegen § 30 GmbHG.

Anders als das nach Eintritt der Insolvenzantragspflicht geltende allgemeine Zahlungsverbot gemäß § 92 Abs. 2 S. 1 AktG, das eine Schmälerung der Haftungsmasse zum Vorteil einzelner Gläubiger verhindern soll und dementsprechend nicht eingreift, wenn der

---

<sup>5</sup> Ob das Zahlungsverbot nach § 92 Abs. 2 S. 1 AktG bereits mit Eintritt der Insolvenzreife (so BGH ZIP 2005, 1426, 1427; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, 3. Aufl. 2008, § 92 Rn. 61; *Fleischer*, in: *Fleischer*, Hdb. VorstandsR, 2006, § 20 Rn. 57; *Hüffer*, AktG, 8. Aufl., 2008, § 92 Rn. 14a) oder erst mit Eintritt der Insolvenzantragspflicht eingreift (so OLG Düsseldorf AG 1985, 276, 279; *Liebs*, FS Rittner, 1991, 369, 372 ff.), ist umstritten.

<sup>6</sup> *Greulich/Bunnemann*, NZG 2006, 681, 684 f.; aA *Casper*, in: *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, 2008, § 64 Rn. 107; *Knof*, DStR 2007, 1536, 1538 f. (alle zu § 64 GmbHG).

<sup>7</sup> So aber *Casper*, in: *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, 2008, § 64 Rn. 107; *Knof*, DStR 2007, 1536, 1538 f. (zu § 64 GmbHG).

Gesellschaft ein zumindest gleichwertiger Vermögensgegenstand zufließt, schließt eine solche bilanzielle Kompensation des Mittelabflusses einen Verstoß gegen das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 S. 3 AktG nur dann aus, wenn der Leistungsaustausch die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft unberührt lässt.

## **2. Begriff der Zahlung**

### **a) Weiter Zahlungsbegriff**

Nach der Gesetzesbegründung ist der Begriff der Zahlung ebenso wenig wie im Rahmen des nach Eintritt der Insolvenzantragspflicht eingreifenden Zahlungsverbots gemäß § 92 Abs. 2 S. 1 AktG auf reine Geldleistungen beschränkt, sondern erfasst auch sonstige vergleichbare Leistungen zu Lasten des Gesellschaftsvermögens, durch die der Gesellschaft im Ergebnis Liquidität entzogen wird<sup>8</sup>. Dazu gehören insbesondere Lieferungen und Leistungen, für deren Erbringung die Gesellschaft Liquidität aufwenden muss<sup>9</sup>. Dagegen stellt die Begründung einer Verbindlichkeit gegenüber einem Aktionär keine Zahlung i.S.v. § 92 Abs. 2 S. 3 AktG dar, denn ihre zu einem Liquiditätsabfluss führende Erfüllung steht gerade unter dem Vorbehalt, dass sie nicht zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führt.

### **b) Bestellung von Sicherheiten als Zahlung?**

#### **aa) Sicherheitenbestellung und Vermögensbindung nach dem neuen § 57 Abs. 1 S. 3 AktG**

Besondere Fragen stellen sich im Hinblick auf die Bestellung von Sicherheiten durch die Gesellschaft zugunsten eines Aktionärs. Nach hM liegt bereits in der Bestellung der Sicherheit und nicht erst in deren Verwertung eine nach § 57 AktG verbotene Ausschüttung an den Aktionär<sup>10</sup>. Nach dem neuen § 57 Abs. 1 S. 3 AktG gelten allerdings u.a. Leistungen, die durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Aktionär gedeckt sind, nicht als Einlagenrückgewähr. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen durch die Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise aufgrund der Rechtsprechung des

---

<sup>8</sup> Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 46 zu § 64 S. 3 GmbHG.

<sup>9</sup> Vgl. etwa BGHZ 143, 184, 186 f. = NJW 2000, 668; *Habersack*, in: Großkomm AktG, 4. Aufl., 1999, § 92 Rn. 93; *Hüffer*, AktG, 8. Aufl., 2008, § 92 Rn. 14; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, 3. Aufl., 2008, § 92 Rn. 59; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 2007, § 92 Rn. 54.

<sup>10</sup> OLG Koblenz AG 1977, 231 f.; OLG München AG 1980, 272 f.; OLG Düsseldorf AG 1980, 273, 274; OLG Hamburg AG 1980, 275, 278 f.; *Henze* in: Großkomm AktG, 4. Aufl., 2001, § 57 Rn. 70 f.; *Bayer*, in: MünchKomm AktG, 3. Aufl., 2008, § 57 Rn. 104; *Lutter*, in: KölnKomm AktG, 2. Aufl., 1988, § 57 Rn. 29; *Hüffer*, 8. Aufl., 2008, § 57 Rn. 12; ausführliche Diskussion bei *Mülbart ZGR* 1995, 578, 586 ff.; kritisch gegenüber der h.M. etwa *Cahn/Senger*, in: Spindler/Stilz, AktG, 2007, § 57 Rn. 37.

BGH<sup>11</sup> entstandene Unsicherheiten über die Zulässigkeit von Darlehen oder andere Leistungen mit Kreditcharakter durch die Gesellschaft an ihre Gesellschafter beseitigt werden<sup>12</sup>. In Anbetracht dieser Regelung ist die Auffassung, die Sicherheitenbestellung zugunsten eines Aktionärs stelle selbst bei Zahlung einer üblichen Provision und bei Vollwertigkeit des Rückgriffsanspruchs gegen den Aktionär eine unzulässige Einlagenrückgewähr dar, weil die Gesellschaft eine derartige Besicherung regelmäßig nicht zugunsten Dritter vornehmen würde<sup>13</sup>, nicht mehr haltbar<sup>14</sup>. Wenn bei Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs und angemessener Zinsvereinbarung die Vergabe eines ungesicherten Darlehens an einen Aktionär im Hinblick auf die bilanzielle Vermögensbindung unbedenklich ist, kann für die Bestellung einer Sicherheit, deren Inanspruchnahme bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen unwahrscheinlich ist und bei der die Gesellschaft immerhin zunächst noch Inhaberin des betreffenden Vermögensgegenstandes bzw. Geldbetrages bleibt, nichts anderes gelten.

## **bb) Sicherheitenbestellung und Zahlungsverbot**

Daraus folgt allerdings nicht ohne weiteres, dass ein solches Geschäft auch mit dem Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 S. 3 AktG vereinbar wäre, denn die bilanzielle Ausgewogenheit besagt nichts über die für das Zahlungsverbot allein maßgebliche Auswirkung auf die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft.

### **(1) Personalsicherheiten**

Eine Bürgschaft oder Garantie für den Aktionär ab führt zwar zunächst nicht zu einem Abfluss von Liquidität. Der Zweck des Zahlungsverbotes erschöpft sich indessen nicht darin, den aktuellen Abfluss von Zahlungsmitteln zu verhindern. § 92 Abs. 2 S. 3 AktG soll vielmehr Mittelabflüsse an oder zugunsten von Aktionäre(n)<sup>15</sup> ausschließen, durch die sich die Gesellschaft der Fähigkeit begibt, ihre Verbindlichkeiten bei Fälligkeit zu begleichen. Dementsprechend sind auch solche Rechtshandlungen als „Zahlung“ i.S.v. § 92 Abs. 2 S. 3 AktG zu qualifizieren, durch die sich die Gesellschaft im Interesse eines Aktionärs Dritten gegenüber dazu verpflichtet, erst zu einem späteren Zeitpunkt Liquidität abzuführen. Sofern diese Dritten nicht, wie etwa dessen Treuhänder oder Vertreter, für den Aktionär handeln und

---

<sup>11</sup> Vgl. insbesondere BGHZ 157, 72 = Der Konzern 2004, 196.

<sup>12</sup> Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 43 zu § 30 GmbHG.

<sup>13</sup> So in jüngster Zeit etwa *Bayer*, in: MünchKomm AktG, 3. Aufl., 2008, § 57 Rn. 104 f. mit Nachw.

<sup>14</sup> Kritisch zum Abstellen auf den Drittvergleich ohne Rücksicht auf die inhaltliche Unausgewogenheit des Geschäfts bereits vor dem MoMiG *Cahn/Senger*, in: Spindler/Stilz, AktG, 2007, § 57 Rn. 37.

<sup>15</sup> Zur Geltung des Verbots für Zahlungen an Dritte zugunsten eines Aktionärs unten, 4. b) bb).

daher ebenso wie dieser in den Anwendungsbereich des Zahlungsverbot einbezogen sind<sup>16</sup>, kann die Gesellschaft ihnen den Einwand aus § 92 Abs. 2 S. 3 AktG nicht ohne weiteres, sondern, ebenso wie einen Verstoß gegen § 57 AktG, nur dann entgegenhalten, wenn der Aktionär und der Dritte bereits beim Eingehen der Leistungspflicht bewusst zum Schaden der Gesellschaft zusammenwirken, wofür nach der Rechtsprechung die Kenntnis vom Verbotsverstoß allein nicht ausreicht<sup>17</sup>. Ist eine Leistungspflicht gegenüber dem Dritten danach wirksam begründet, kann die Gesellschaft sich ihrer Erfüllung nicht mehr entziehen; bereits das Eingehen der Leistungsverpflichtung stellt daher die „Zahlung“ dar, deren Zulässigkeit an § 92 Abs. 2 S. 3 AktG zu messen ist.

Übernimmt die Gesellschaft eine Bürgschaft oder Garantie zugunsten des Aktionärs, steht allerdings nicht fest, ob sie aus der Sicherheit in Anspruch genommen wird. Eine solche Sicherheit zugunsten eines Aktionärs ist nur dann mit § 57 AktG vereinbar, wenn der Rückgriffsanspruch gegen den Aktionär vollwertig ist, die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners also nicht zweifelhaft erscheint. In diesem Fall wird der Gläubiger aber regelmäßig den Aktionär und nicht die Gesellschaft in Anspruch nehmen. Diese aus § 57 AktG folgenden Beschränkungen ändern indessen nichts daran, dass die Gesellschaft bereits mit der Sicherheitenbestellung eine Verpflichtung eingeht, deren Erfüllung nicht in ihrem Belieben steht. Die Abgabe einer Bürgschaft oder Garantie im Interesse eines Aktionärs ist daher als „Zahlung“ i.S.v. § 92 Abs. 2 S. 3 AktG zu qualifizieren. Die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme der Sicherheit und die voraussichtliche Werthaltigkeit eines Rückgriffsanspruchs gegen den Aktionär sind Umstände, die im Rahmen der Prognose zu berücksichtigen sind, ob die Zahlung zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen muss. Sofern die Vermögensbindung durch das Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages außer Kraft gesetzt ist, entfaltet das Zahlungsverbot ohnehin eine über § 57 AktG hinausgehende Wirkung, (näher dazu unten, V.), so dass die Berücksichtigung bedingter Zahlungspflichten, die die AG im Interesse des herrschenden Aktionärs eingeht, hier auch aus diesem Grunde notwendig ist.

## **(2) Realsicherheiten**

Durch die Belastung eines Vermögensgegenstands mit einem Sicherungsrecht zugunsten des Gläubigers eines Aktionärs verliert zwar die AG weder liquide Mittel noch verpflichtet sie sich dazu, für den Fall der Inanspruchnahme der Sicherheit Liquidität an den Sicherungsgeber

---

<sup>16</sup> Vgl. dazu unten, 4. b).

<sup>17</sup> So zu § 30 GmbHG BGHZ 138, 291, 299 ff. = NJW 1998, 2592, 2594 f.

abzuführen. Sie begibt sich aber der Möglichkeit, durch Verwertung des betreffenden Vermögensgegenstandes zusätzliche Liquidität zu beschaffen. Diese Möglichkeit ist bei der Prognose zu berücksichtigen, ob eine Zahlung zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen muss (vgl. dazu unten, 6.). Der Spielraum für Zahlungen an Aktionäre ist damit größer, als er es wäre, wenn bei der Zahlungsfähigkeitsprognose nur vorhandene liquide Mittel und erwartete Zahlungsströme aus der operativen Geschäftstätigkeit berücksichtigt würden. Konsequenterweise ist aber andererseits die Weggabe oder Belastung von Vermögensgegenständen, die zur Beschaffung von Liquidität genutzt werden könnten, an oder im Interesse von Aktionäre(n) als Zahlung i.S.v. § 92 Abs. 2 S. 3 AktG zu qualifizieren, denn allein so lässt sich sicherstellen, dass der Vorstand derartige Rechtshandlungen nur vornimmt, nachdem er sich über die Auswirkungen auf die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft vergewissert hat.

### **3. Zahlung durch den Vorstand**

Adressat des Zahlungsverbots nach § 92 Abs. 2 S. 3 AktG ist der Vorstand. Die Regierungsbegründung zur Parallelvorschrift des § 64 S. 3 GmbHG spricht vom Geschäftsführer als „Auslöser oder Gehilfe(n)“ einer Zahlung<sup>18</sup>. Insbesondere bei großen Unternehmen werden Zahlungen der Gesellschaft indessen nur ausnahmsweise vom Vorstand selbst vorgenommen oder veranlasst. Wenn sich die Bestimmung auf diese Fälle beschränken würde, könnte sie nicht effektiv verhindern, dass die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft durch Zahlungen an Aktionäre beeinträchtigt wird.

Im Schrifttum wird die Frage, wann eine Zahlung durch den Vorstand vorliegt, nicht ausdrücklich angesprochen. Die Ausführungen zum Zahlungsverbot nach Eintritt der Insolvenzantragspflicht nach § 92 Abs. 2 S. 1 AktG dürften allerdings so verstehen sein, dass ohne weiteres jede Zahlung durch die Gesellschaft als Zahlung durch den Vorstand gelten soll<sup>19</sup>. Da der Kreis der Normadressaten des Zahlungsverbots nach § 92 Abs. 2 S. 3 AktG mit dem des Abs. 1 identisch ist, müsste hier konsequenterweise dasselbe gelten. Für ein solches Normverständnis ließe sich zwar neben dem dadurch erreichten umfassenden Schutz der Gläubiger anführen, dass letztlich jede Zahlung auf einer vom Vorstand erteilten Vollmacht beruht<sup>20</sup>. Andererseits kann aber nicht ohne weiteres jedes Fehlverhalten von Mitarbeitern dem Vorstand als persönliche Pflichtverletzung zugerechnet werden. Der Vorwurf

---

<sup>18</sup> BegrRegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 v. 25. 7. 2007, S. 46.

<sup>19</sup> Vgl. etwa *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 2007, § 92 Rn. 54 ff.; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, 3. Aufl., 2008, § 92 Rn. 59 f.; *Krieger/Sailer*, in: Schmidt/Lutter, AktG, 2008, § 92 Rn. 19 ff.

<sup>20</sup> Vgl. dazu etwa *Semler*, in: Liber amicorum Happ, 2006, S. 277, 282.

pflichtwidrigen Verhaltens setzt vielmehr voraus, dass der Vorstand es unterlassen hat, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass Zahlungen an Aktionäre unterbleiben, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen müssen. Dementsprechend liegt eine Zahlung durch den Vorstand auch ohne dessen Mitwirkung am konkreten Zahlungsvorgang dann vor, wenn derartige Vorkehrungen nicht getroffen wurden oder ihre Einhaltung nicht mit der nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG gebotenen Sorgfalt überwacht worden ist. Vom Standpunkt der hM zu § 92 Abs. 2 S. 1 AktG aus fehlt es unter dieser Voraussetzung an dem für die Haftung nach § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG erforderlichen Verschulden.

#### **4. Aktionäre als Zahlungsempfänger**

##### **a) Zahlungen im Hinblick auf die Aktionärserschaft**

Anders als das allgemeine Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 S. 1 AktG gilt § 92 Abs. 2 S. 3 AktG nur für Zahlungen an Aktionäre, also Personen, die zur Zeit der Zahlung Inhaber von Anteilen an der leistenden Gesellschaft sind. Ob die Aktien stimmberechtigt sind oder nicht, ist für das Eingreifen des Zahlungsverbots grundsätzlich ebenso unerheblich wie die Höhe des Anteilsbesitzes, denn das Gesetz knüpft das Auszahlungsverbot grundsätzlich nicht an eine Einflussmöglichkeit des Empfängers auf den Vorstand.

Offene oder verdeckte Zuwendungen an Aktionäre außerhalb der regulären Gewinnverwendung oder der zulässigen Kaufpreiszahlung für den Erwerb eigener Aktien sind indessen auch unabhängig von ihren Auswirkungen auf die Liquiditätslage der Gesellschaft nach § 57 AktG unzulässig. Einen über diese Vorschrift hinausgehenden Schutz bietet das Zahlungsverbot daher vor allem bei Zahlungen, die nicht gegen die Vermögensbindung nach § 57 AktG verstoßen. So untersagt § 92 Abs. 2 S. 3 AktG insbesondere die Ausschüttung von ordnungsgemäß beschlossenen Dividenden, soweit ihre Auszahlung zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen müsste.

Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist ihr Anwendungsbereich allerdings nicht auf Dividendenzahlungen beschränkt. Dem Vorstand sind danach vielmehr Zahlungen, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen müssen, ohne weiteres verboten, wenn es sich beim Zahlungsempfänger um einen Aktionär handelt. Nähme man die Bestimmung beim Wort, dürften Löhne, Mietzins, Kaufpreis oder andere vertraglich vereinbarte Entgelte nicht an Vertragspartner gezahlt werden, die auch nur eine Aktie an der Gesellschaft halten. Ebenso müsste der Vorstand eines als AG verfassten Kreditinstituts bei breitflächigen Abhebungen, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen müssen, die Auszahlung von Guthaben an Kunden verweigern, die zugleich Aktionäre der Gesellschaft sind. Schließlich wäre etwa

auch die Zahlung von Schadensersatz aus Produkthaftung an Geschädigte unzulässig, die zugleich Aktien der Hersteller-AG besitzen.

Wie nicht zuletzt die Beschränkung des Nachrangs von Ansprüchen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen auf geschäftsführende oder wesentlich beteiligte Aktionäre (§ 39 Abs. 5 InsO) zeigt, gesteht das Gesetz indessen auch Aktionären grundsätzlich das Recht zu, wie jeder beliebige Dritte in Austauschbeziehungen zu einer Gesellschaft zu treten, an der sie Aktien halten, und die daraus folgenden Ansprüche ebenso wie ein Drittgläubiger durchzusetzen. Der Umstand, dass ein Vertragspartner der AG zufällig einige Aktien der AG besitzt, mit der er in Geschäftsverbindung steht, oder dass ein Deliktsoffer zugleich Aktionär der Schädigerin ist, kann folglich selbst dann nicht ohne weiteres die Unzulässigkeit der Erfüllung von Zahlungsansprüchen zur Folge haben, wenn absehbar ist, dass die Leistung zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen wird. Fraglich kann daher nur sein, nach welchen Kriterien sich zulässige Zahlungen der AG an Aktionäre von solchen abgrenzen lassen, die dem Vorstand nach § 92 Abs. 2 S. 3 AktG untersagt sind.

Die Frage nach der Geltung des Auszahlungsverbots für Leistungen der Gesellschaft, die mit der Aktionärseseigenschaft des Empfängers nichts zu tun haben, stellt sich dabei in ähnlicher Weise wie im Rahmen der Vermögensbindung nach § 57 AktG. Nach h.M. gilt dort ein objektiv-normativer Maßstab. Danach ist entscheidend, ob das Geschäft unter sonst gleichen Umständen zu denselben Bedingungen auch mit einem Dritten abgeschlossen worden wäre, was anhand des Sorgfaltsmaßstabs eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu beurteilen ist<sup>21</sup>. Geschäfte zu Marktpreisen oder zu Bedingungen, die auch mit Dritten vereinbart werden, verstoßen auch dann nicht gegen die Vermögensbindung, wenn der Gesellschaft dadurch Verluste entstehen<sup>22</sup>. Bei Fehlen von Marktpreisen oder vergleichbaren Geschäften mit Dritten wird ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr dann bejaht, wenn die Gesellschaft keine objektiv gleichwertige Gegenleistung erhält, ohne dass es darauf ankommen soll, ob der damit verbundene Vorteil für den Vertragspartner auf dessen Aktionärsstellung oder auf Fehleinschätzungen oder Nachlässigkeiten der für die Gesellschaft handelnden Personen beruht<sup>23</sup>. Demgegenüber soll § 57 AktG nach der Gegenauffassung lediglich Zuwendungen der Gesellschaft verhindern, die *causa societatis*, also wegen der

---

<sup>21</sup> *Bayer*, in: MünchKomm AktG, 3. Aufl., 2008, § 57 Rn. 31, 45; *Henze*, in: Großkomm AktG, 4. Aufl., 2001, § 57 Rn. 42; *Hüffer*, AktG, 8. Aufl., 2008, § 57 Rn. 8, 11.

<sup>22</sup> Vgl. etwa *Bayer*, in: MünchKomm AktG, 3. Aufl., 2008, § 57 Rn. 31 ff. 33 m. w. Nachw..

<sup>23</sup> RGZ 150, 28, 35; BGHZ 31, 258, 276; BGH NJW 1987, 1194, 1195; BGHZ 121, 31, 41 f = NJW 1993, 392, 394; BGH NJW 1996, 589; *Lutter*, in: KölnerKomm AktG, 2. Aufl., 1988, § 57 Rn. 27; *Henze*, in: Großkomm AktG, 4. Aufl., 2001, § 57 Rn. 47; *Bayer*, in: MünchKomm AktG, 3. Aufl., 2008, § 57 Rn. 45; *Hüffer*, AktG, 8. Aufl., 2008, § 57 Rn. 11; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 8 III 1 a, S. 441; *Lutter*, FS Stiefel, 1987, S. 505, 528 f; *Fleck ZHR* 156 (1992), 81, 82.

Aktionärserschaft erfolgen, nicht dagegen der AG bei Geschäften mit Aktionären einen gesellschaftsrechtlichen Schutz vor Nachlässigkeiten und Fehlern der für sie tätigen Personen verschaffen. Danach ist ein Verstoß gegen § 57 AktG bei zu Lasten der Gesellschaft unausgewogenen Geschäften auch bei Fehlen von Marktpreisen oder vergleichbaren Vereinbarungen mit Dritten nur dann zu bejahen, wenn sich nicht ausschließen lässt, dass die Aktionärsstellung ursächlich für die Vorteilszuwendung ist<sup>24</sup>.

Die von der h.M. im Rahmen der Vermögensbindung herangezogenen Kriterien des Drittvergleichs und der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters dienen dem Schutz der Gesellschaft vor unausgewogenen Vertragsbedingungen. Sie orientieren sich an dem Ziel, Minderungen des Gesellschaftsvermögens zu vermeiden, und sind damit der für die Vermögensbindung maßgeblichen bilanziellen Betrachtungsweise verpflichtet. Geschäfte mit Aktionären, die das Vermögen der Gesellschaft nicht mindern, sind danach selbst dann zulässig, wenn sie nicht marktüblich sind und keine vergleichbaren Geschäfte mit Dritten abgeschlossen werden. Dementsprechend wäre bei Übertragung dieses Maßstabs auf das Zahlungsverbot die Erfüllung von Zahlungsverpflichtungen aus solchen Geschäften auch dann nicht nach § 92 Abs. 2 S. 3 AktG untersagt, wenn sie zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen. Das entspräche nicht dem Zweck des Zahlungsverbots nach § 92 Abs. 2 S. 3 AktG. Im Übrigen ließe sich ein Zahlungsverbot, das sich an dem von der h.M. im Rahmen des § 57 AktG propagierten objektiv-normativen Maßstab orientieren würde, nur sehr selektiv, nämlich in Abhängigkeit von der Art der emittierten Aktien durchsetzen. Hat die Gesellschaft Inhaberaktien ausgegeben, kann der Vorstand in aller Regel auch bei Anwendung der Sorgfalt nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG von der Aktionärsstellung des Geschäftspartners keine Kenntnis haben; er könnte sich daher für eine pflichtwidrige Zahlung nach § 93 Abs. 2 S.3 Hs. 2 AktG entlasten. Dagegen wäre es dem Vorstand grundsätzlich möglich und zumutbar, sich über die Aktionärsstellung des Geschäftspartners zu vergewissern, wenn die Gesellschaft Namensaktien ausgegeben hat. Die effektive Durchsetzung des Zahlungsverbots darf aber vernünftigerweise nicht von der Entscheidung für die eine oder andere Aktienart abhängen. Wollte man dies anders sehen, würde vom Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 S. 3 AktG ein – vom Gesetzgeber sicherlich nicht beabsichtigter – Anreiz gegen die Wahl der Namensaktie ausgehen.

---

<sup>24</sup> So etwa *Flume* ZHR 144 (1980), 18, 19 ff.; *ders.*, Die juristische Person, 1983, § 8 IV 2 b, S. 286 ff.; *Gefler* FS Fischer, 1979, S. 131, 136; *Wilhelm* FS Flume II, 1978, S. 337, 379 ff.; *Sieker* ZGR 1995, 250, 261; *Bezenberger*, Das Kapital der Aktiengesellschaft, 2005, S. 232 ff; ausführlich *Cahn/Senger*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 2007, § 57 Rn. 23 ff. m. w. Nachw.

Stellt man demgegenüber für die Abgrenzung richtigerweise auf die causa societatis ab, ergibt sich ohne weiteres, dass auch Zahlungen, denen marktübliche oder ausgewogene Geschäfte zugrunde liegen, gegen das Zahlungsverbot verstoßen können, wenn sie zur Zahlungsunfähigkeit der AG führen müssen. Das Zahlungsverbot greift danach immer dann ein, wenn sich nicht ausschließen lässt, dass die Zahlung wegen der Aktionärserschaft des Empfängers erfolgt. Dafür ist regelmäßig entscheidend, ob das Rechtsgeschäft oder der gesetzliche Tatbestand, auf dem der Zahlungsanspruch beruht, durch die Aktionärsstellung bedingt ist. Auf die Ausgewogenheit der Vertragsbedingungen kommt es demgegenüber nicht an, denn anders als der Vermögensbindung nach § 57 AktG geht es dem Auszahlungsverbot nicht darum, das (bilanzielle) Vermögen der Gesellschaft vor Minderungen zugunsten ihrer Aktionäre zu sichern, sondern um den Schutz der Liquidität, die durch Zahlungen unabhängig davon beeinträchtigt werden kann, ob die Gesellschaft eine gleichwertige Gegenleistung erhält. Nur bei Abgrenzung des Kreises der nach § 92 Abs. 2 S. 3 AktG unzulässigen Zahlungen anhand des Kriteriums der causa societatis lässt sich im Übrigen widerspruchsfrei begründen, dass die auf § 92 Abs. 2 S. 3 AktG gestützte Zahlungsverweigerung keine Pflichtverletzung gegenüber dem Gläubiger darstellt, aus der Schadensersatzpflichten der Gesellschaft folgen, denn es ist konsequent, dass der Gläubiger aus dem Mitgliedschaftsverhältnis folgende Beschränkungen im Hinblick auf Ansprüche hinnehmen muss, die durch seine Aktionärsstellung bedingt sind.

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 S. 3 AktG nur bei solchen Ansprüchen eingreift, die durch die Aktionärsstellung bedingt sind, gilt für Darlehensrückgewähransprüche oder wirtschaftlich vergleichbare Forderungen von Aktionären, die mit mehr als 10% am Kapital der AG beteiligt oder Mitglieder des Vorstands sind. Nach § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 5 InsO sind solche Ansprüche in der Insolvenz der AG nur nachrangig zu befriedigen und nach §§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO, 6 Abs. 1 Nr. 2 AnfG sind Rechtshandlungen anfechtbar, durch die eine solche Forderung innerhalb des letzten Jahres vor Insolvenzeröffnung oder vor Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels erfüllt wurde. Es wäre widersprüchlich, die Gesellschaft für verpflichtet zu halten, einen derartigen Anspruch zu erfüllen, wenn dies zur Zahlungsunfähigkeit und damit zur Insolvenzreife der Gesellschaft und in der Folge zur Anfechtbarkeit der Zahlung führen muss.

#### **b) Einbeziehung von Zahlungen an Dritte und durch Dritte**

Eine dem Wortlaut der Vorschrift entsprechende strenge Beschränkung des Zahlungsverbots nach § 92 Abs. 2 S. 3 AktG auf das Verhältnis zu Aktionären würde Umgehungen der

Bestimmung Tür und Tor öffnen und das Zahlungsverbot seiner Wirkung weitgehend berauben. Die Problematik ist im Zusammenhang mit der Vermögensbindung hinlänglich bekannt. Die Erstreckung des Zahlungsverbots auf bestimmte Dritte kann sich daher an der zu §§ 57 AktG, 30 GmbHG entwickelten Kasuistik orientieren<sup>25</sup>.

#### **aa) Zahlungen durch der AG gleichzustellende Dritte**

Das Auszahlungsverbot des § 92 Abs. 2 S. 3 AktG gilt insbesondere für Zahlungen Dritter an einen Aktionär, die im Ergebnis für Rechnung der AG erfolgen und deswegen zu deren Zahlungsunfähigkeit führen müssen, weil die Gesellschaft dem Dritten die Zahlung zu erstatten hat<sup>26</sup>. Anders ist das nur dann, wenn der Einwand aus § 92 Abs. 2 S. 3 AktG auf den Erstattungsanspruch des Dritten durchschlägt. Das wird man indessen allenfalls dann annehmen können, wenn der Dritte von den Umständen Kenntnis hat, die nach § 92 Abs. 2 S. 3 AktG zur Unzulässigkeit der Zahlung führen. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob Zahlungen Dritter wie solche der AG selbst zu behandeln sind, vor allem bei Einschaltung verbundener Unternehmen (näher dazu unten, V. 2.)

#### **bb) Zahlungen an dem Aktionär gleichzustellende Dritte**

Ebenso wie die Vermögensbindung nach § 57 AktG findet auch das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 S. 3 AktG Anwendung auf Zahlungen der AG an Dritte, deren Leistungsempfang einem Aktionär zuzurechnen ist<sup>27</sup>. Untersagt sind daher insbesondere Zahlungen der AG an einen Dritten, für den der Aktionär seine Beteiligung treuhänderisch hält, an den Allein- oder Mehrheitsgesellschafter eines Aktionärs oder ein anderweitig mit ihm verbundenes Unternehmen, wenn die Zahlung causa societatis erfolgt, an einen Vertreter des Aktionärs oder an einen Dritten auf Veranlassung eines Aktionärs aus Gründen, die nichts mit dem Geschäftsbetrieb der AG zu tun haben, also etwa an eine dem Aktionär nahe stehende Person, sowie an Gläubiger eines Aktionärs zur Tilgung von dessen Verbindlichkeiten<sup>28</sup>, sofern bei Vornahme derartiger Zahlungen fest steht, dass sie die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zur Folge haben werden<sup>29</sup>. Zahlungen an künftige Aktionäre werden vom Zahlungsverbot

---

<sup>25</sup> Ausführlich zu den für die Zurechnung maßgeblichen Kriterien und den erfassten Fallgruppen *Bayer*, in: MünchKomm AktG, 3. Aufl., 2008, § 57 Rn. 47 ff.; *Cahn/Senger*, in: Spindler/Stilz, AktG, 2007, § 57 Rn. 53 f., 64 ff.; *Cahn*, Kapitalerhaltung im Konzern, 1998, S. 5 ff.

<sup>26</sup> Zur Einbeziehung solcher Fälle in die Vermögensbindung nach § 57 AktG *Bayer*, in: MünchKomm AktG, 3. Aufl., 2008, § 57 Rn. 48; *Cahn/Senger*, in: Spindler/Stilz, AktG, 2007, § 57 Rn. 55.

<sup>27</sup> Im Ansatz ähnlich zu § 64 S. 3 GmbHG etwa *Greulich/Bunnemann*, NZG 2006, 681, 685; *Knof*, DStR 2007, 1536, 1538.

<sup>28</sup> Ein Verstoß gegen das Zahlungsverbot berührt allerdings nicht ohne weiteres die Wirksamkeit der Zahlung an den Dritten, vgl. oben, 2. b) bb) (1).

<sup>29</sup> Näher zu diesen Fallgruppen *Cahn/Senger*, in: Spindler/Stilz, AktG, 2007, § 57 Rn. 64 ff. m. zahlr. Nachw.

erfasst, wenn sie gerade im Hinblick auf die künftige Aktionärsstellung erfolgen; auch insoweit gilt nichts anderes als im Rahmen der Vermögensbindung nach § 57 AktG<sup>30</sup>. Dagegen fallen Zahlungen der Gesellschaft an Inhaber von Kaufoptionen auf Aktien der Gesellschaft oder an Inhaber von Wandelschuldverschreibungen grundsätzlich nicht unter das Verbot des § 92 Abs. 2 S. 3 AktG, denn solche Papiere vermitteln ihren Inhabern keine Mitgliedsstellung mit den damit verbundenen Rechten und der Position eines gegenüber Dritten nachrangigen Residualgläubigers. Namentlich die Rückzahlung einer mit dem Options- oder Wandlungsrecht verbundenen Anleihe unterliegt daher nicht der Beschränkung des § 92 Abs. 2 S. 3 AktG.

### **5. Dauer des Zahlungsverbots**

Das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 S. 3 AktG führt nicht zum Wegfall des Anspruchs des Aktionärs oder zu einem dauernden Einwand. Der Vorstand darf und muss die Erfüllung vielmehr nur so lange verweigern, wie die Zahlung zur Illiquidität der Gesellschaft führen müsste. Wenn die Krisensituation überwunden ist, kann der Aktionär seinen Anspruch wieder durchsetzen. Da die vorübergehende Leistungsverweigerung durch die Gesellschaft durch § 92 Abs. 3 S. 2 AktG geboten war und demnach keine Pflichtverletzung darstellt, kann der Aktionär allerdings nicht Ersatz eines etwaigen Verzugsschadens beanspruchen. Wird die Gesellschaft dagegen auch ohne die Zahlung an den Aktionär insolvent, kann er seinen Anspruch im Rahmen des Insolvenzverfahrens geltend machen.

### **6. Prognoseerfordernis**

§ 92 Abs. 2 S. 3 AktG verbietet dem Vorstand lediglich solche Zahlungen an Aktionäre, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten. Ob letzteres der Fall ist, lässt sich nur aufgrund einer Prognose beurteilen, für die im Ansatz vergleichbare Erwägungen anzustellen sind wie für eine Fortführungsprognose im Rahmen der §§ 18, 19 InsO. Mit dem Merkmal „führen mussten“ bringt das Gesetz allerdings zum Ausdruck, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit oder die bloße Möglichkeit, die Gesellschaft könne infolge der Zahlung an Aktionäre zahlungsunfähig werden, nicht ausreicht. Nach der Gesetzesbegründung muss vielmehr bereits bei Vornahme der Zahlung klar abzusehen sein, dass die Zahlung „ohne Hinzutreten weiterer Kausalbeiträge“<sup>31</sup> zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen wird. Das soll allerdings nicht so zu verstehen sein, dass Zahlungsunfähigkeit notwendigerweise bereits mit der Zahlung eintreten müsse. Das

---

<sup>30</sup> Vgl. dazu *Cahn/Senger*, in: Spindler/Stilz, AktG, 2007, § 57 Rn. 51 m. Nachw.

<sup>31</sup> So die Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 46 zur Parallelbestimmung des § 64 S. 3 GmbHG.

Zahlungsverbot soll vielmehr dann eingreifen, wenn sich zum Zeitpunkt der Zahlung klar abzeichnet, dass die Gesellschaft bei normalem Verlauf der Dinge ihre Verbindlichkeiten nicht mehr wird erfüllen können<sup>32</sup>. Die Verwendung des Begriffs „führen musste“ soll dabei zum Ausdruck bringen, „dass nicht jede Leistung gemeint ist, die erst bei Hinzutreten weiterer, im Moment der Zahlung noch nicht feststehender Umstände zur Zahlungsunfähigkeit führt“<sup>33</sup>. Das Zahlungsverbot setzt danach voraus, dass die Zahlungsunfähigkeit zwar nicht die unmittelbare, aber doch die notwendige Folge einer Zahlung der Gesellschaft an einen oder mehrere Aktionäre ist, die Auszahlung also ohne das Hinzutreten außergewöhnlicher Ereignisse, mit deren Eintritt nicht zu rechnen ist und die daher bei der Prognose außer Betracht zu lassen sind<sup>34</sup>, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zur Zahlungsunfähigkeit führt.

Im Rahmen der der Prognose, ob Zahlungen an Aktionäre zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen müssen, hat der Vorstand neben den vorhersehbaren Liquiditätsabflüssen auch die prospektiven Zahlungseingänge in seine Überlegungen einzubeziehen. Dazu gehören jedenfalls Liquiditätszuflüsse, die im Rahmen der operativen Geschäftstätigkeit der Gesellschaft zu erwarten sind, insbesondere also Zahlungen für Lieferungen und Leistungen der Gesellschaft an ihre Geschäftspartner. Darüber hinaus darf der Vorstand aber auch erwartete Zahlungen aus Transaktionen außerhalb der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit, etwa der Veräußerung von Unternehmensbestandteilen oder von Beteiligungen, berücksichtigen. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Gesellschaft bereits ein einredefreier Zahlungsanspruch zusteht oder wenn die Fälligkeit des Zahlungsanspruchs lediglich von der allein von der Gesellschaft abhängenden Erfüllung ihrer Leistungsverpflichtung abhängt. Man wird indessen noch weiter gehen und dem Vorstand unter Umständen auch gestatten müssen, eine nur mögliche Veräußerung von Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens in die Zahlungsfähigkeitsprognose einzustellen, vorausgesetzt, eine solche Möglichkeit und der dabei in Rechnung gestellte Erlös erscheinen ex ante realistisch. Davon wird man etwa dann ausgehen können, wenn der Gesellschaft ein Erwerbsangebot vorliegt oder aufgrund der Marktsituation keine vernünftigen Zweifel an der Veräußerungsmöglichkeit bestehen, denn unter derartigen Voraussetzungen ist der Zufluss des Veräußerungserlöses kein außergewöhnliches Ereignis, mit dessen Eintritt vernünftigerweise nicht zu rechnen wäre. Schließlich darf der Vorstand bei seiner Liquiditätsprognose auch Mittel verbundener Unternehmen berücksichtigen, auf die die Gesellschaft Zugriff nehmen kann (vgl. dazu auch

---

<sup>32</sup> Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 46 f. zu § 64 S. 3 GmbHG.

<sup>33</sup> Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 47 zu § 64 S. 3 GmbHG.

<sup>34</sup> Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 47 zu § 64 S. 3 GmbHG.

unten, V. 2. c)). Dazu gehören jedenfalls abhängige Unternehmen, mit denen ein Beherrschungsvertrag besteht. Zu berücksichtigen sind aber auch Ansprüche auf Versorgung mit Liquidität aus einem cash pool, sofern ihre Erfüllung nicht erheblichen Zweifeln unterliegt.

## **7. Entlastungsmöglichkeit und Haftung**

§ 92 Abs. 2 S. 3 Hs. 2 AktG lässt eine Entlastung des Vorstands zu, wenn das Vorliegen der Voraussetzungen des Zahlungsverbots auch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht erkennbar war. Nach der Gesetzesbegründung betrifft der Entlastungsbeweis Fälle, in denen der Vorstand die Verwirklichung des objektiven Verbotstabstands aufgrund besonderer Umstände subjektiv nicht erkennen konnte<sup>35</sup>. Anders als der insoweit missverständliche Wortlaut nahelegt fehlt es unter solchen Umständen nicht an einer Pflichtverletzung, sondern am Verschulden des Vorstands, das Voraussetzung für seine Haftung nach § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG ist. Die Entlastungsmöglichkeit würde also bereits aus § 93 Abs. 1 und Abs. 2 AktG folgen; § 92 Abs. 2 S. 3 Hs. 2 AktG hat daher nur klarstellenden Charakter.

Die Entlastung setzt den Nachweis voraus, dass der Vorstand zumindest eine Voraussetzung des Zahlungsverbotens nicht erkennen konnte. Bei Gesellschaften, die Inhaberaktien ausgegeben haben, wird die Aktionärsstellung des Empfängers für den Vorstand häufig dann nicht erkennbar sein, wenn der Empfänger der Zahlung nicht nach §§ 21, 22 WpHG, 20 AktG mitteilungspflichtig ist. Um den Beweis erbringen zu können, die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft sei keine für ihn vorhersehbare Folge der Zahlung gewesen, wird der Vorstand seine Entscheidung sorgfältig dokumentieren und Zahlungspläne aufstellen müssen, aus denen ersichtlich ist, dass eine Zahlung nach der unter normalen Umständen zu erwartenden Geschäftsentwicklung die Fähigkeit der Gesellschaft nicht beeinträchtigen wird, ihre Verbindlichkeiten termingerecht zu tilgen<sup>36</sup>.

Verletzt der Vorstand die ihm nach § 92 Abs. 2 S. 3 AktG obliegende Pflicht und kann er sich auch nicht nach § 92 Abs. 2 S. 3 Hs. 2 AktG entlasten, haftet er der Gesellschaft gemäß § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG auf Schadensersatz. Zu ersetzen ist dabei der Schaden, der durch die Pflichtverletzung des Vorstands verursacht wurde. Die Gesellschaft ist also grundsätzlich so zu stellen, als sei die Zahlung nicht erfolgt. Sofern die Gesellschaft infolge verbotener Zahlungen an Aktionäre zahlungsunfähig geworden ist, sind daher nicht nur die ausgezahlten

---

<sup>35</sup> Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 47 zu § 64 S. 3 GmbHG.

<sup>36</sup> Noack, DB 2006, 1475, 1479; Knof, DSStR 2007, 1580 ff.

Beträge zu erstatten, sondern sämtliche weiteren Einbußen zu ersetzen, die die Gesellschaft infolge der Zahlungsunfähigkeit erlitten hat. Wäre die Zahlungsunfähigkeit ohne die verbotene Zahlung zu einem späteren Zeitpunkt eingetreten, sind diejenigen Schäden zu ersetzen, die auf Beschleunigung des Eintritts der Insolvenzreife beruhen. Bleibt die Gesellschaft dagegen aufgrund außergewöhnlicher, bei Zahlung nicht vorhersehbarer Umstände wider Erwarten zahlungsfähig, ändert das zwar nichts daran, dass der Vorstand seine Pflicht nach § 92 Abs. 2 S. 3 AktG verletzt hat. Dennoch haftet er hier nicht, und zwar auch nicht auf Erstattung des Betrages, den er pflichtwidrig ausgezahlt hat. Es fehlt hier an einem Schaden, denn die Gesellschaft hat lediglich eine Schuld bezahlt, zu deren Begleichung sie jedenfalls nunmehr verpflichtet wäre.

### **III. Verhältnis des Zahlungsverbots zur Vermögensbindung**

§ 92 Abs. 2 S. 3 AktG verschärft die schon bisher im Verhältnis zwischen AG und Aktionären geltenden Ausschüttungssperren. Dem Vorstand ist es gemäß § 57 Abs. 1 AktG verboten, an die Aktionäre Einlagen zurückzugewähren oder Zinsen oder sonstige über den Bilanzgewinn hinausgehende Vermögenswerte auszuschütten. § 57 Abs. 3 AktG konkretisiert diese Vermögensbindung dahingehend, dass vor der Auflösung der Gesellschaft jede Zuwendung an Aktionäre mit Ausnahme der Verteilung des Bilanzgewinns gegen die aktienrechtliche Vermögensbindung verstößt<sup>37</sup>. § 92 Abs. 2 S. 3 AktG soll die Gesellschaftsgläubiger vor Vermögensverschiebungen zwischen der Gesellschaft und ihren Aktionären schützen, die anderenfalls durch das Ausnutzen von „Grauzonen“ im Bereich des allgemeinen Verbots der Einlagenrückgewähr nach § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG erfolgen könnten<sup>38</sup>.

Die Gesetzesmaterialien verweisen insoweit auf die Begründung zur Parallelvorschrift des § 64 S. 3 GmbHG. Im GmbH-Recht bestehen indessen wegen der Beschränkung der Vermögensbindung auf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen erheblich weiter gehende Möglichkeiten für liquiditätsbeeinträchtigende Auszahlungen an Gesellschafter, die keine Verstöße gegen die Vermögensbindung darstellen, als im Aktienrecht mit seinem Verbot jeglicher Zuwendungen an Aktionäre jenseits von Dividendenzahlungen. Außerhalb des Konzerns (dazu unten, V.) betrifft das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 S. 3 AktG daher nur solche Zahlungen der Gesellschaft an einen Aktionär, die unter dem Gesichtspunkt des § 57 AktG nicht zu beanstanden sind, weil sie das bilanzielle Vermögen nicht beeinträchtigen und daher keine Auszahlung i. S. v. § 57 AktG darstellen,

---

<sup>37</sup> Cahn/Senger, in: Spindler/Stilz, AktG, 2007, § 57 Rn. 1.

<sup>38</sup> Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 46 zur Parallelbestimmung des § 64 S. 3 GmbHG.

jedoch durch Entzug von Liquidität zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen. Während der neue § 57 Abs. 1 S. 3 AktG – gleichlautend mit § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG – klarstellt, dass entgegen der früheren Rechtsprechung des BGH im Rahmen der Vermögensbindung Liquiditätsgesichtspunkte keine Rolle spielen, sondern eine rein bilanzielle Betrachtung gilt, übernimmt § 92 Abs. 2 S. 3 AktG im Rahmen seines Anwendungsbereichs die Funktion des Liquiditätsschutzes.

#### **IV. Verhältnis des Zahlungsverbots zur Existenzvernichtungshaftung nach § 826 BGB**

Das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 S. 3 AktG und die Schadensersatzpflicht für den Fall seiner Verletzung nach § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG ergänzen die sog. „Existenzvernichtungshaftung“ des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft, deren Grundlage der BGH nach Aufgabe des Konzeptes einer eigenständigen Haftungsfigur nunmehr in § 826 BGB sieht<sup>39</sup>. Im Unterschied zur Existenzvernichtungshaftung setzt das Zahlungsverbot bei den die Zahlung vornehmenden Vorstandsmitgliedern der AG an und nicht bei den Gesellschaftern als den Empfängern. In persönlicher Hinsicht handelt es sich damit um eine Kodifikation der „Gehilfenhaftung“ des Vorstands bei existenzvernichtendem Liquiditätsentzug<sup>40</sup>. In seinem sachlichen Anwendungsbereich geht § 92 Abs. 2 S. 3 AktG über die durch die Existenzvernichtungshaftung sanktionierten Fälle des Liquiditätsentzugs<sup>41</sup> hinaus. Erfasst wird jede zurechenbare Insolvenzverursachung im Leistungsverkehr zwischen einem Aktionär und dem Vorstand<sup>42</sup>, und zwar auch dann, wenn sie auf vermögensneutralen Zahlungen beruht<sup>43</sup>. Die Haftung des Vorstands nach § 92 Abs. 2 S. 3 AktG ist schließlich insoweit schärfer als die auf § 826 BGB gestützte Existenzvernichtungshaftung, als die geleistete Zahlung ohne weiteres als Schaden gilt (vgl. oben, II. 4.), Schädigungsvorsatz keine Haftungsvoraussetzung ist, und dem Vorstand der Nachweis sorgfaltsgemäßen Handelns obliegt.

#### **V. Das Zahlungsverbot im Konzern**

##### **1. Überblick**

Unter Geltung der bisherigen rein bilanziell ausgerichteten Vermögensbindung konnte in einer Reihe von Fällen Liquidität der Gesellschaft an Aktionäre ausgekehrt werden, wenn dabei die Vermögensbindung nach § 57 AktG nicht berührt war, weil die Gesellschaft

---

<sup>39</sup> BGH ZIP 2007, 1552 m. Anm. Goette.

<sup>40</sup> Vgl. *Weller*, DStR 2007, 1166, 1167 (zu § 64 GmbHG).

<sup>41</sup> Vgl. BGHZ 149, 10 („Bremer Vulkan“); BGHZ 150, 61 („L-Kosmetik“).

<sup>42</sup> *Knof*, DStR 2007, 1580, 1586 (zu § 64 GmbHG).

<sup>43</sup> *K. Schmidt*, GmbHR 2007, 1072, 1079 (zu § 64 GmbHG).

entweder eine gleichwertige Gegenleistung erhielt oder die Vermögensbindung nicht (§ 291 Abs. 3 AktG im Vertragskonzern) oder nur in eingeschränktem Umfang (Vorrang des Nachteilsausgleichs nach §§ 311 ff. AktG im faktischen Konzern) galt oder die Zuwendung in Gestalt einer Dividendenausschüttung erfolgte. Durch die mit dem MoMiG neu eingeführten §§ 57 Abs. 1 S. 3, 71a Abs. 1 S. 3 AktG und durch die Neufassung des § 291 Abs. 3 AktG ist die Vermögensbindung weiter gelockert worden. Die genannten Bestimmungen nehmen Leistungen, die zwischen den Vertragsteilen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages erbracht werden, unabhängig davon aus dem Anwendungsbereich des § 57 Abs. 1 S. 1 AktG aus, ob sie ihre Grundlage gerade in dem betreffenden Unternehmensvertrag haben, es sich also um die Abführung des Bilanzgewinns handelt oder ihnen eine zulässige Weisung zugrunde liegt. Darüber hinaus stellt § 57 Abs. 1 S. 3 AktG in Abkehr von der Rechtsprechung des BGH<sup>44</sup> klar, dass Leistungen der Gesellschaft an einen Aktionär, die durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gedeckt sind, keine Verletzung der Vermögensbindung darstellen. Dadurch sollen vor allem Unsicherheiten in Bezug auf die Zulässigkeit aufsteigender Darlehen („upstream-loans“) und die Einbeziehungen von Kapitalgesellschaften in Cash Pool Systeme beseitigt werden<sup>45</sup>. Das Auszahlungsverbot nach § 92 Abs. 2 S. 3 AktG soll ein Gegengewicht zu diesen Lockerungen der Vermögensbindung bilden und ein Ausplündern von Gesellschaften im Vorfeld der Insolvenz verhindern<sup>46</sup>. Wegen seiner andersartigen Schutzrichtung – Liquiditätsschutz statt Schutz der Vermögenssubstanz – bleibt seine Geltung unberührt durch Freistellungen von der Vermögensbindung. Damit setzt das Auszahlungsverbot nach § 92 Abs. 2 S. 3 AktG Grenzen für Gestaltungen, durch die Vermögenswerte der Gesellschaft zugunsten von Aktionären eingesetzt werden (dazu unten, 3. und 4.). In diesem Zusammenhang stellt sich schließlich auch die Frage, ob die Grundsätze, nach denen im Rahmen der Vermögensbindung Leistungen durch verbundene Unternehmen als Zuwendungen der AG an ihre Aktionäre gelten, auf das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 S. 3 AktG übertragbar sind (dazu sogleich 2.).

## **2. Zahlungen durch verbundene Unternehmen als Zahlungen der herrschenden AG?**

### **a) Behandlung im Rahmen des § 57 AktG**

---

<sup>44</sup> Vgl. BGHZ 157, 72, 75 f. = NJW 2004, 1111 f.; zu dieser Entscheidung und ihren Konsequenzen etwa *Cahn*, Der Konzern 2004, 235, 238 ff.; *Engert*, BB 2005, 1951 ff.; *Habersack/Schürnbrand*, NZG 2004, 689 ff.; *Kerber*, ZGR 2005, 437 ff.; *Ulmer*, ZHR 169 (2005), 1 ff.; *Vetter*, BB 2004, 1509, 1512 ff.

<sup>45</sup> Vgl. Begr. RegE MoMiG v. 25.07.2007, BT-Drucks. 16/6140, S. 41 f. zu § 30 GmbHG.

<sup>46</sup> Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41 f. zu § 30 GmbHG; *Casper*, in; *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, 2008, § 64 Rn. 102 (zu § 64 S. 3 GmbHG); *Möller*, Der Konzern 2008, 1, 4.

Die Erwägungen, aufgrund derer Leistungen abhängiger Unternehmen an Aktionäre der herrschenden AG ebenso zu behandeln sind wie Leistungen der herrschenden AG an ihren Aktionär, beanspruchen im Rahmen des Auszahlungsverbotes nach § 92 Abs. 2 S. 3 AktG nicht ohne weiteres Geltung. Zuwendungen abhängiger Unternehmen an Aktionäre der herrschenden AG verstoßen im Verhältnis zwischen der herrschenden AG und ihrem Aktionär regelmäßig gegen § 57 AktG, weil sie zum einen den Wert der Beteiligung der AG mindern und weil zum anderen eine Vermutung dafür spricht, dass die herrschende AG die Zuwendung an ihren Aktionär veranlasst hat, so dass sie dem abhängigen Unternehmen zum Ausgleich verpflichtet ist<sup>47</sup>.

#### **b) Zahlungen durch abhängige Unternehmen im faktischen Konzern**

Im Hinblick auf die Zahlungsfähigkeit der AG ist eine Wertminderung ihres Beteiligungsvermögens für sich genommen unerheblich. Auch eine Ausgleichsverpflichtung muss sich auf die Liquidität der AG nicht in vergleichbarer Weise auswirken wie eine von ihr selbst geleistete Zahlung. Handelt es sich bei dem zahlenden Unternehmen um eine faktisch abhängige AG, schuldet die Gesellschaft ihr für veranlasste Nachteile nach h.M. nicht sofortige Rückgewähr nach § 62 AktG, sondern lediglich Ausgleich nach § 311 AktG, der zeitlich hinausgeschoben werden kann und nicht notwendigerweise in einer Geldleistung bestehen muss.

#### **c) Zahlungen durch unternehmensvertraglich gebundene Unternehmen**

Dagegen sind Zahlungen von Unternehmen, die sich der AG durch einen Beherrschungsvertrag unterworfen haben, im Rahmen des § 92 Abs. 2 S. 3 AktG ebenso zu beurteilen wie Zahlungen der herrschenden AG selbst an ihren Aktionär. Die AG schuldet dem abhängigen Unternehmen zwar weder Nachteilsausgleich noch Rückgewähr einer Zuwendung nach § 62 AktG (§§ 57 Abs. 1 S. 3, 291 Abs. 3 AktG), sondern nach § 302 AktG lediglich die - jedenfalls zunächst - nicht liquiditätswirksame Übernahme eines etwaigen Jahresfehlbetrages, zu dem die Zahlung des abhängigen Unternehmens an den Aktionär der herrschenden AG nur insoweit beiträgt, als ihr keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht. Die herrschende AG könnte aber kraft einer Weisung nach § 308 AktG ohne weiteres auf die Liquidität des abhängigen Unternehmens zugreifen. Die Liquidität eines durch Beherrschungsvertrag mit der AG verbundenen Unternehmens wird daher regelmäßig

---

<sup>47</sup> Näher dazu *Cahn/Senger*, in: *Spindler/Stilz, AktG*, 2007, § 57 Rn. 56.

bereits bei der Beantwortung der Frage zu berücksichtigen sein, ob Zahlungen an Aktionäre der herrschenden AG zu deren Zahlungsunfähigkeit führen müssen. Zahlungen durch Unternehmen, deren Liquidität in die Zahlungsfähigkeitsprognose der herrschenden AG einbezogen werden, sind daher im Rahmen des § 92 Abs. 2 S. 3 AktG ebenso zu beurteilen wie Zahlungen durch die AG selbst.

### **3. Zahlungen der AG an den anderen Vertragsteil im Vertragskonzern**

Auf den ersten Blick könnte zweifelhaft sein, ob das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 S. 3 AktG bei Zahlungen aufgrund eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages eingreifen kann. Das Gesetz verlangt nämlich nicht, dass es sich bei dem anderen Vertragsteil um einen Aktionär handelt. Ein Unternehmensvertrag kann vielmehr auch mit einem Dritten abgeschlossen werden. Damit liegt der Einwand nahe, Zahlungen aufgrund eines Unternehmensvertrages erfolgten nicht wegen der Aktionärserschaft des Empfängers, sondern im Hinblick auf dessen Stellung als anderer Vertragsteil des betreffenden Unternehmensvertrages und seien daher ebenso zu behandeln wie jede andere Zahlung an einen Vertragspartner, der zugleich Aktien der zahlenden Gesellschaft besitzt. Zahlungen aufgrund eines Unternehmensvertrages unterscheiden sich indessen dadurch von Zahlungen an einen Vertragspartner, der zufällig auch Aktionär der Gesellschaft ist, dass ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag nach § 293 Abs. 1 AktG die Zustimmung der Hauptversammlung mit qualifizierter Mehrheit erfordert. Regelmäßig verfügt der andere Vertragsteil über die dafür notwendigen Stimmen. Der Unternehmensvertrag beruht daher in aller Regel gerade auf der Aktionärsstellung des anderen Vertragsteils. Jedenfalls in solchen Fällen erfolgen aber auch die auf seiner Grundlage geleisteten Zahlungen zumindest mittelbar wegen der Aktionärserschaft des Empfängers und sind dementsprechend nicht von vornherein vom Anwendungsbereich des Zahlungsverbots nach § 92 Abs. 2 S. 3 AktG ausgenommen. Zudem folgt aus § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 5 InsO, dass Ansprüche von Aktionären auf Rückgewähr von Darlehen oder aus einem Darlehen wirtschaftlich entsprechenden Geschäften ohne weiteres nachrangig sind. Über eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung von mehr als 10% wird aber der andere Vertragsteil in aller Regel verfügen.

Nach der ausdrücklichen Anordnung der §§ 57 Abs. 1 S. 3, 291 Abs. 3 AktG findet die Vermögensbindung (§§ 57, 58, 60 AktG) im Vertragskonzern keine Anwendung. Dies gilt, wie der neue § 71a Abs. 1 S. 3 AktG nunmehr ausdrücklich klarstellt, auch für das Verbot der

sog. financial assistance<sup>48</sup>. Dagegen wird der Solvenzschutz nach § 92 Abs. 2 S. 3 AktG durch die Aufhebung der Vermögensbindung nach §§ 57 Abs. 1 S. 3, 291 Abs. 3 AktG nicht außer Kraft gesetzt<sup>49</sup>. Das entspricht der unterschiedlichen Zielrichtung der bilanzorientierten Vermögensbindung einerseits und des liquiditätsorientierten Zahlungsverbots nach § 92 Abs. 2 S. 3 AktG andererseits. Die Verlustübernahmepflicht im Vertragskonzern nach § 302 AktG kann lediglich die bilanziellen Folgen von Zuwendungen an den anderen Vertragsteil kompensieren, ist aber nicht zuletzt wegen ihrer Stichtagsbezogenheit für sich genommen nicht geeignet, den Abfluss überlebensnotwendiger Liquidität auszugleichen. Zahlungen innerhalb eines Vertragskonzerns sind daher gemäß § 92 Abs. 2 S. 3 AktG unzulässig, wenn bei ihrer Vornahme abzusehen ist, dass sie angesichts der zu erwartenden Liquiditätsentwicklung notwendigerweise zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen<sup>50</sup>. Da § 308 AktG nicht zu rechtswidrigen Weisungen berechtigt<sup>51</sup>, kann der andere Teil eines Beherrschungsvertrages den Vorstand der abhängigen AG nicht zu Zahlungen anweisen, die gegen § 92 Abs. 2 S. 3 AktG verstoßen würden.

Das Bestehen eines Beherrschungsvertrages rechtfertigt daher nicht die Weisung, überlebensnotwendige Liquidität an den anderen Vertragsteil, ein mit ihm verbundenes Unternehmen oder einen Dritten (zur Erstreckung von § 92 Abs. 2 S. 3 AktG auf Zahlungen an Dritte vgl. oben II 3 b) bb)) auszuführen, wenn feststeht, dass dies zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen wird. Unter dieser Voraussetzung verbietet § 92 Abs. 2 S. 3 AktG auch bei Bestehen eines Unternehmensvertrages die Abführung (zunächst) überschüssiger Liquidität im Rahmen eines cash pooling. Voraussetzung für das Eingreifen des Zahlungsverbots nach § 92 Abs. 2 S. 3 AktG ist allerdings, dass bereits bei der Auszahlung an die Betreibergesellschaft (zu ihrer Gleichstellung mit einem Aktionär auch bei fehlender Beteiligung an der zahlenden AG vgl. oben II 3. b) bb)) davon auszugehen ist, dass die Gesellschaft die später notwendige Liquidität bei Bedarf nicht aus dem Pool erhalten wird. Ebenso kann die Weisung, zur Erhaltung der Zahlungsfähigkeit notwendige Liquidität für den Erwerb nicht ohne weiteres wieder veräußerbarer Gegenstände vom anderen Vertragsteil oder einem mit ihm verbundenen Unternehmen einzusetzen, wegen des mit ihrer Befolgung verbundenen Verstoßes gegen § 92 Abs. 2 S. 3 AktG unbeachtlich sein<sup>52</sup>. Bei Bestehen eines Gewinnabführungsvertrages kann aus § 92 Abs. 2 S. 3 AktG die Unzulässigkeit der

---

<sup>48</sup> So bereits vor Einführung des § 71a Abs. 1 S. 3 AktG *Cahn*, in: Spindler/Stilz, AktG, 2007, § 71a Rn. 18.

<sup>49</sup> *Möller*, Der Konzern 2008, 1, 9; *Hölzle*, GmbHR 2007, 729, 734; *Habersack*, ZIP 2007, 2145, 2146; zu § 64 S. 3 GmbHG *Becker/Poertzgen*, WM 2007, 1203.

<sup>50</sup> *Möller*, Der Konzern 2008, 1, 9; *Poertzgen*, GmbHR 2007, 1258, 1261 (zu § 60 S. 3 GmbHG).

<sup>51</sup> Vgl. nur *Koppensteiner*, in KölnKomm AktG, 3. Aufl., 2004, § 308 Rn. 30.

<sup>52</sup> *Poertzgen*, GmbHR 2007, 1258, 1261; *Böcker/Poertzgen*, WM 2007, 1203, 12 (jeweils zu § 64 S. 3 GmbHG).

Gewinnabführung folgen, soweit abzusehen ist, dass sich die Gesellschaft dadurch außerstande setzen würde, ihre Verbindlichkeiten termingerecht zu begleichen.

#### **4. Zahlungen der AG an das herrschende Unternehmen im faktischen Konzern**

Das Zahlungsverbot gemäß § 92 Abs. 2 S. 3 AktG findet auch im faktischen Konzern Anwendung und wird dort nicht von den §§ 311 ff. AktG verdrängt. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob § 311 AktG gegenüber den §§ 57, 58, 60, 62, 71a AktG als *lex specialis* anzusehen ist<sup>53</sup>. Zwar hat das herrschende Unternehmen gemäß § 311 Abs. 1 AktG Nachteile bei der abhängigen Gesellschaft infolge ihrer Einflussnahme auszugleichen. Der zeitlich gestreckte Nachteilsausgleich nach § 311 AktG bietet der Gesellschaft jedoch keinen Solvenzschutz, der demjenigen nach § 92 Abs. 2 S. 3 AktG vergleichbar wäre.

#### **VI. Auswirkungen des Zahlungsverbots auf Übernahmefinanzierungen**

Das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 S. 3 AktG führt zu erheblichen Einschränkungen der insbesondere bei fremdfinanzierten Unternehmensübernahmen üblichen sog. „Rekapitalisierungen“<sup>54</sup>. Dabei drängen Finanzinvestoren nach dem fremdfinanzierten Erwerb der Beteiligung an einer Gesellschaft auf die Veräußerung von Vermögensgegenständen, in denen stille Reserven enthalten sind. Der dadurch erzielte Veräußerungsgewinn wird anschließend als Dividende ausgeschüttet und zur Rückführung der Erwerbspreisfinanzierung eingesetzt. Ein Verstoß gegen § 57 AktG liegt dabei regelmäßig nicht vor, sofern bei bilanzieller Betrachtung kein gebundenes Vermögen ausgezahlt wird, das heißt keine Mittel, die zur Deckung des Grundkapitals und der Rücklagen nach §§ 150 AktG, 272 Abs. 2 und 4 HGB erforderlich sind. Die bilanzgestützte Ausschüttungssperre wird hier durch § 92 Abs. 2 S. 3 AktG um eine Regelung zum Schutz der Liquidität der Zielgesellschaft vor ausschüttungsbedingten Beeinträchtigungen ergänzt. „Rekapitalisierungen“ sind nunmehr unzulässig, soweit sie zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen müssen. Das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 S. 3 kann auch dem Einsatz von Gesellschaftsvermögen als Sicherheit für Akquisitionskredite des künftigen Aktionärs entgegenstehen, wenn dadurch die Solvenz der Gesellschaft beeinträchtigt wird. Nach Durchführung einer Übernahme ändert

---

<sup>53</sup> Vgl. dazu *Koppensteiner*, in *KölnKomm AktG*, 3. Aufl., 2004, § 311 Rn. 161 ff. einerseits, *Cahn/Senger*, in: *Spindler/Stilz, AktG*, 2007, § 57 Rn. 121 andererseits.

<sup>54</sup> Vgl. dazu etwa *Fleischer*, *AG* 1996, 494, 496 f.; *Seibt*, *ZHR* 165 (2001), 282, 283 ff.; *Cahn*, in: *Spindler/Stilz, AktG*, 2007, § 71a Rn. 3, jeweils m. w. Nachw.

auch ein Beherrschungsvertrag nichts an der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Zahlungsverbots auf derartige Sicherheitenbestellungen oder auf Tilgungsleistungen durch die Gesellschaft.

## **VII. Zusammenfassung**

Der Liquiditätsschutz durch das Zahlungsverbot nach § 92 Abs. 2 S. 3 AktG ergänzt die auf die Erhaltung des bilanziellen Vermögens gerichtete Vermögensbindung durch § 57 AktG. Anders als die Vermögensbindung gilt das Zahlungsverbot unabhängig davon, ob der Zahlungsempfänger eine gleichwertige Gegenleistung erbringt. Wegen der andersartigen Schutzrichtung des Zahlungsverbots bleibt seine Geltung unberührt durch Lockerungen der Vermögensbindung im Vertragskonzern und im faktischen Konzern. Anders als der weite Wortlaut der Vorschrift nahe legt, gilt das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 S. 3 AktG nicht für jede Zahlung an einen Gläubiger, der zugleich Aktien der zahlenden AG besitzt. Seine Anwendung setzt vielmehr voraus, dass die Zahlung oder das ihr zugrunde liegende Geschäft gerade auf der Aktionärserschaft des Empfängers beruht oder sich dies jedenfalls nicht ausschließen lässt, oder dass die Zahlung auf einen Anspruch erfolgt, der nach § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 5 InsO in der Insolvenz der Gesellschaft nur nachrangig zu befriedigen wäre.

WORKING PAPERS

- 1      Andreas Cahn                    Verwaltungsbefugnisse der Bundesanstalt für  
Finanzdienstleistungsaufsicht im Übernahmerecht und  
Rechtsschutz Betroffener  
(publ. in: ZHR 167 [2003], 262 ff.)
- 2      Axel Nawrath                     Rahmenbedingungen für den Finanzplatz Deutschland: Ziele  
und Aufgaben der Politik, insbesondere des  
Bundesministeriums der Finanzen
- 3      Michael Senger                   Die Begrenzung von qualifizierten Beteiligungen nach § 12  
Abs. 1 KWG  
(publ. in: WM 2003, 1697-1705)
- 4      Georg Dreyling                   Bedeutung internationaler Gremien für die Fortentwicklung  
des Finanzplatzes Deutschland
- 5      Matthias Berger                   Das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz – Schwerpunkt  
Börsen- und Wertpapierrecht
- 6      Felicitas Linden                   Die europäische Wertpapierdienstleistungsrichtlinie-  
Herausforderungen bei der Gestaltung der Richtlinie
- 7      Michael Findeisen                 Nationale und internationale Maßnahmen gegen die  
Geldwäsche und die Finanzierung des Terrorismus – ein  
Instrument zur Sicherstellung der Stabilität der  
Finanzmärkte
- 8      Regina Nößner                    Kurs- und Marktpreismanipulation – Gratwanderung  
zwischen wirtschaftlich sinnvollem und strafrechtlich  
relevantem Verhalten
- 9      Franklin R. Edwards               The Regulation of Hedge Funds: Financial Stability and  
Investor Protection  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and  
Regulation, 2004, S. 30 ff.)
- 10     Ashley Kovas                     Should Hedge Fund Products be marketed to Retail  
Investors? A balancing Act for Regulators  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and  
Regulation, 2004, S. 91 ff.)
- 11     Marcia L. MacHarg                 Waking up to Hedge Funds: Is U.S. Regulation Taking a  
New Direction?  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and  
Regulation, 2004, S. 55 ff.)

- 12 Kai-Uwe Steck Legal Aspects of German Hedge Fund Structures  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and Regulation, 2004, S. 135 ff.)
- 13 Jörg Vollbrecht Investmentmodernisierungsgesetz – Herausforderungen bei der Umsetzung der OGAW – Richtlinien
- 14 Jens Conert Basel II – Die Überarbeitung der Eigenkapitalmarktregelungen der Kreditinstitute im Fokus von Wirtschaft- und Wettbewerbspolitik
- 15 Bob Wessels Germany and Spain lead Changes towards International Insolvencies in Europe
- 16 Theodor Baums / Kenneth E. Scott Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate Governance in the United States and in Germany  
(publ. in: AmJCompL LIII (2005), Nr. 4, 31 ff.; abridged version in: Journal of Applied Corporate Finance Vol. 17 (2005), Nr. 4, 44 ff.)
- 17 Bob Wessels International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in Europe, in particular against (groups of) Companies
- 18 Michael Gruson Die Doppelnotierung von Aktien deutscher Gesellschaften an der New Yorker und Frankfurter Börse: Die sogenannte Globale Aktie  
(publ. in: Die AG 2004, 358 ff.)
- 19 Michael Gruson Consolidated and Supplementary Supervision of Financial Groups in the European Union  
(publ. in: Der Konzern 2004, 65 ff. u. 249 ff.)
- 20 Andreas Cahn Das richterliche Verbot der Kreditvergabe an Gesellschafter und seine Folgen  
(publ. in: Der Konzern 2004, 235 ff.)
- 21 David C. Donald The Nomination of Directors under U.S. and German Law
- 22 Melvin Aron Eisenberg The Duty of Care in American Corporate Law  
(deutsche Übersetzung publ. in: Der Konzern 2004, 386 ff.)

- 23 Jürgen Than Rechtsfragen bei der Festlegung von Emissionsbedingungen für Schuldverschreibungen unter besonderer Berücksichtigung der Dematerialisierung und des Depotgesetzes  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 3 ff.)
- 24 Philipp von Randow Inhaltskontrolle von Emissionsbedingungen  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 25 ff.)
- 25 Hannes Schneider Die Änderung von Anleihebedingungen durch Beschluß der Gläubiger  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 69 ff.)
- 26 Hans-Gert Vogel Die Stellung des Anleihetreuhänders nach deutschem Recht  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 94 ff.)
- 27 Georg Maier-Reimer Rechtsfragen der Restrukturierung, insbesondere der Ersetzung des Schuldners  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 129 ff.)
- 28 Christoph Keller Umschuldung von Staatenanleihen unter Berücksichtigung der Problematik einer Aggregation aller Anleihegläubiger  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 157 ff.)
- 29 René Bösch Die Emission von Schuldverschreibungen nach schweizerischem Recht – ein Rechtsvergleich mit dem geplanten deutschen Schuldverschreibungsrecht  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 189 ff.)
- 30 Lachlan Burn Bond Issues under U.K. law: How the proposed German Legislation compares  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 219 ff.)
- 31 Patrick S. Kenadjian Bond Issues under New York and U.S. Law: Considerations for the German Law Maker from a U.S. Perspective  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 245 ff.)

- 32 Andreas Cahn Bankgeheimnis und Forderungsverwertung  
(publ. in: WM 2004, 2041 ff.)
- 33 Michael Senger Kapitalkonsolidierung im Bankkonzern  
(publ. in: Der Konzern 2005, S. 201 ff.)
- 34 Andreas Cahn Das neue Insiderrecht  
(publ. in: Der Konzern 2005, 5 ff.)
- 35 Helmut Siekmann Die Unabhängigkeit von EZB und Bundesbank nach dem  
geltenden Recht und dem Vertrag über eine Verfassung für  
Europa
- 36 Michael Senger Gemeinschaftsunternehmen nach dem Kreditwesengesetz
- 37 Andreas Cahn Gesellschafterfremdfinanzierung und Eigenkapitalersatz  
(publ. in: Die AG 2005, S. 217 ff.)
- 38 Helmut Siekmann Die Verwendung des Gewinns der Europäischen  
Zentralbank und der Bundesbank
- 39 Guido Ferrarini Contract Standards and the Markets in Financial Instruments  
Directive (MiFID): An Assessment of the Lamfalussy  
Regulatory Architecture  
(publ. in: European Contract Law Review 2005, p. 19)
- 40 David C. Donald Shareholder Voice and Its Opponents  
(publ. in: The Journal of Corporate Law Studies, Vol. 5,  
Issue 2, 2005)
- 41 John Armour Who should make Corporate Law? EC Legislation versus  
Regulatory Competition  
(publ. in: 58 Current Legal Problems [2005], p. 369 ff.)
- 42 David C. Donald The Laws Governing Corporations formed under the  
Delaware and the German Corporate Statutes
- 43 Garry J. Schinasi/  
Pedro Gustavo Teixeira The Lender of the Last Resort in the European Single  
Financial Market  
(publ. in: Cross Border Banking: Regulatory Challenges,  
Gerard Caprio Jr., Douglas D. Evanoff, George G. Kaufman  
eds., 2006)
- 44 Ashley Kovas UCITS – Past, Present and Future in a World of Increasing  
Product Diversity

- 45 Rick Verhagen A New Conflict Rule for Securitization and other Cross-Border Assignments – A potential threat from Europe (publ. in: Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly 2006, p. 270)
- 46 Jochem Reichert/  
Michael Senger Berichtspflicht des Vorstands und Rechtsschutz der Aktionäre gegen Beschlüsse der Verwaltung über die Ausnutzung eines genehmigten Kapitals im Wege der allgemeinen Feststellungsklage (publ. in: Der Konzern 2006, S. 338 ff.)
- 47 Guido A. Ferrarini One Share – One Vote: A European Rule? (publ. in: European Company and Financial Law Review 2006, p. 147)
- 48 Theodor Baums Die Fremdkapitalfinanzierung der Aktiengesellschaft durch das Publikum (publ. in: Bayer/Habersack (eds.), Aktienrecht im Wandel der Zeit, Vol. 2, 2007, 952 ff.)
- 49 Ulrich Segna Anspruch auf Einrichtung eines Girokontos aufgrund der ZKA-Empfehlung „Girokonto für jedermann“? (publ. in: BKR 2006, S. 274 ff.)
- 50 Andreas Cahn Eigene Aktien und gegenseitige Beteiligungen (publ. in: Bayer/Habersack [Hrsg.] Aktienrecht im Wandel, Band II, 2007, S. 763 ff.)
- 51 Hannes Klühs/  
Roland Schmidtbleicher Beteiligungstransparenz im Aktienregister von REIT-Gesellschaften (publ. in: ZIP 2006, S. 1805 ff.)
- 52 Theodor Baums Umwandlung und Umtausch von Finanzinstrumenten im Aktien- und Kapitalmarktrecht (publ. in: Festschrift für Canaris, Bd. II, 2007, S. 3 ff.)
- 53 Stefan Simon/  
Daniel Rubner Die Umsetzung der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen ins deutsche Recht (publ. in: Der Konzern 2006, S. 835 ff.)
- 54 Jochem Reichert Die SE als Gestaltungsinstrument für grenzüberschreitende Umstrukturierungen (publ. in: Der Konzern 2006, S. 821 ff.)
- 55 Peter Kindler Der Wegzug von Gesellschaften in Europa (publ. in: Der Konzern 2006, S. 811 ff.)

- 56 Christian E. Decher Grenzüberschreitende Umstrukturierungen jenseits von SE und Verschmelzungsrichtlinie (publ. in: Der Konzern 2006, S. 805 ff.)
- 57 Theodor Baums Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht (publ. in: Die AG 2007, S. 57 ff.)
- 58 Theodor Baums European Company Law beyond the 2003 Action Plan (publ. in: European Business Organization Law Review Vol. 8, 2007, 143 ff.)
- 59 Andreas Cahn/  
Jürgen Götz Ad-hoc-Publizität und Regelberichterstattung (publ. in: Die AG 2007, S. 221 ff.)
- 60 Roland Schmidtbleicher/  
Anh-Duc Cordalis „Defensive bids“ für Staatsanleihen – eine Marktmanipulation? (publ. in: ZBB 2007, 124-129)
- 61 Andreas Cahn Die Auswirkungen der Kapitaländerungsrichtlinie auf den Erwerb eigener Aktien (publ. in: Der Konzern 2007, S. 385)
- 62 Theodor Baums Rechtsfragen der Innenfinanzierung im Aktienrecht
- 63 Theodor Baums The Law of Corporate Finance in Europe – An Essay (publ. in: Krüger Andersen/Engsig Soerensen [Hrsg.], Company Law and Finance 2008, S. 31 ff.)
- 64 Oliver Stettes Unternehmensmitbestimmung in Deutschland – Vorteil oder Ballast im Standortwettbewerb? (publ. in: Die AG 2007, S. 611 ff.)
- 65 Theodor Baums/  
Astrid Keinath/  
Daniel Gajek Fortschritte bei Klagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse? Eine empirische Studie (publ. in: ZIP 2007, S. 1629 ff.)
- 66 Stefan Brass/  
Thomas Tiedemann Die zentrale Gegenpartei beim unzulässigen Erwerb eigener Aktien (publ. in: ZBB 2007, S. 257 ff.)
- 67 Theodor Baums Zur Deregulierung des Depotstimmrechts (publ. in: ZHR 2007 [171], S. 599 ff.)
- 68 David C. Donald The Rise and Effects of the Indirect Holding System: How Corporate America ceded its Shareholders to Intermediaries

- 69 Andreas Cahn Das Wettbewerbsverbot des Vorstands in der AG & Co. KG  
(publ. in: Der Konzern 2007, S. 716 ff.)
- 70 Theodor Baums/  
Florian Drinhausen Weitere Reform des Rechts der Anfechtung von  
Hauptversammlungsbeschlüssen  
(publ. in: ZIP 2008, S. 145 ff.)
- 71 David C. Donald Die Übertragung von Kapitalmarktpapieren nach dem US-  
Amerikanischen *Uniform Commercial Code* (UCC)
- 72 Tim Florstedt Zum Ordnungswert des § 136 InsO  
(publ. in: ZInsO 2007, S. 914 ff.)
- 73 Melanie Döge/  
Stefan Jobst Abmahnung von GmbH-Geschäftsführern in befristeten  
Anstellungsverhältnissen  
(publ. in: GmbHR 2008, S. 527 ff.)
- 74 Roland Schmidbleicher Das „neue“ acting in concert – ein Fall für den EuGH?  
(publ. in: Die AG 2008, S. 73 ff.)
- 75 Theodor Baums Europäische Modellgesetze im Gesellschaftsrecht  
(publ. in: Kley/Leven/Rudolph/Schneider [Hrsg.], Aktie und  
Kapitalmarkt. Anlegerschutz, Unternehmensfinanzierung  
und Finanzplatz, 2008, S. 525-535)
- 76 Andreas Cahn/  
Nicolas Ostler Eigene Aktien und Wertpapierleihe  
(publ. in: Die AG 2008, S. 221 ff.)
- 77 David C. Donald Approaching Comparative Company Law
- 78 Theodor Baums/  
Paul Krüger Andersen The European Model Company Law Act Project
- 79 Theodor Baums « Lois modèles » européennes en droit des sociétés  
(publ. in : Revue des Sociétés 2008, S. 81 ff.)
- 80 Ulrich Segna Irrungen und Wirrungen im Umgang mit den §§ 21 ff.  
WpHG und § 244 AktG  
(publ. in : Die AG 2008, S. 311 ff.)
- 81 Börsenkooperationen im Labyrinth des Börsenrechts
- Reto Francioni Börsen im internationalen Wettbewerb: Konsolidierung als  
Teilaspekt einer globalen Wachstumsstrategie
- Roger Müller Kooperationen und Zusammenschlüsse von Börsen als  
Bewährungsprobe für das Börsenrecht
- Horst Hammen Verschmelzung von Börsen?

- |    |  |   |
|----|--|---|
| 82 | Günther M. Bredow/<br>Hans-Gert Vogel            | Kreditverkäufe in der Praxis – Missbrauchsfälle und aktuelle Reformansätze  |
| 83 | Theodor Baums                                    | Zur AGB-Kontrolle durch die BaFin am Beispiel des Bausparrechts   |
| 84 | José Engrácia Antunes                            | The Law of Corporate Groups in Portugal   |
| 85 | Maike Sauter                                     | Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG)   |
| 86 | James D. Cox,<br>Randall S. Thomas,<br>Lynn Bai  | There are Plaintiffs and... There are Plaintiffs :<br>An Empirical Analysis of Securities Class Action Settlements                      |
| 87 | Michael Bradley,<br>James D. Cox,<br>Mitu Gulati | The Market Reaction to Legal Shocks and their Antidotes :<br>Lessons from the Sovereign Debt Market                                     |
| 88 | Theodor Baums                                    | Zur monistischen Verfassung der deutschen Aktiengesellschaft. Überlegungen de lege ferenda  |
| 89 | Theodor Baums                                    | Rücklagenbildung und Gewinnausschüttung im Aktienrecht  |
| 90 | Theodor Baums                                    | Die gerichtliche Kontrolle von Beschlüssen der Gläubigerversammlung nach dem Referentenentwurf eines neuen Schuldverschreibungsgesetzes |
| 91 | Tim Florstedt                                    | Wege zu einer Neuordnung des aktienrechtlichen Fristensystems   |
| 92 | Lado Chanturia                                   | Aktuelle Entwicklungen im Gesellschaftsrecht der GUS  |
| 93 | Julia Redenius-Hövermann                         | Zur Offenlegung von Abfindungszahlungen und Pensionszusagen an ein ausgeschiedenes Vorstandsmitglied                                    |
| 94 | Ulrich Seibert,<br>Tim Florstedt                 | Der Regierungsentwurf des ARUG – Inhalt und wesentlich Änderungen gegenüber dem Referentenentwurf                                       |

ILF



**INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE**  
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT