

Luther.



Herausforderung der Konzerninnenfinanzierung: Das Cash Pooling im Spiegel von Rechtsprechung und Literatur

Prof. Dr. Notker Polley, Rechtsanwalt

10. Rheinische Gesellschaftsrechtskonferenz

3. Juli 2014

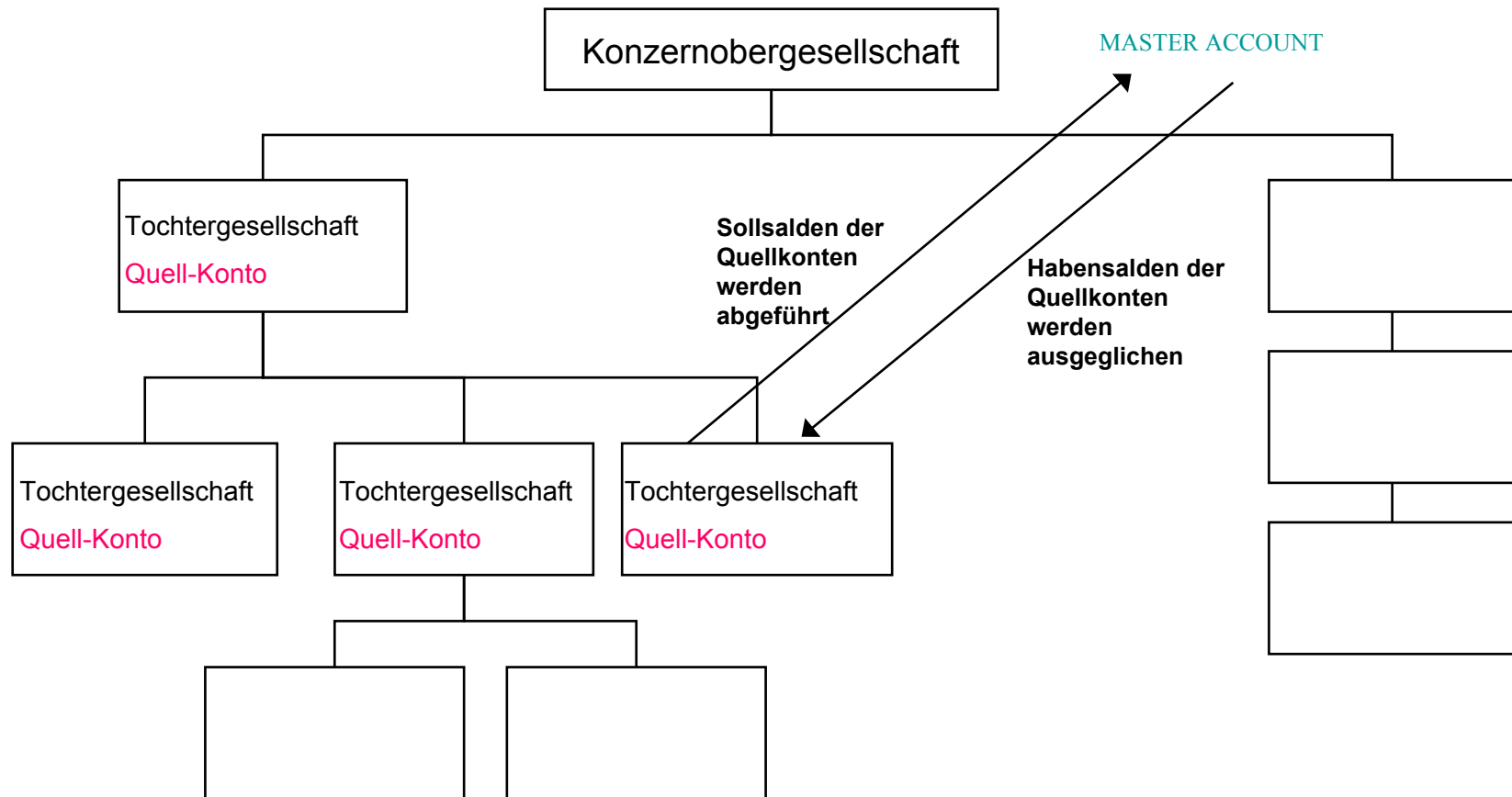
I. Einführung

1. Arten von Cash Pooling Systemen im Konzern

- Physische Cash Pooling Systeme
 - Konten der Tochtergesellschaften werden täglich „auf 0 gestellt“ (Zero-Balancing)
 - Geld fließt auf Konto der Muttergesellschaft oder eines anderen Konzernunternehmens („Treasury“) soweit positives Saldo Konto bei Tochtergesellschaften vorliegt (Upstream Loan) oder
 - Geld fließt vom Konto der Muttergesellschaft bzw. vom Treasury auf das Konto der Tochtergesellschaft soweit Liquiditätszufluss erforderlich ist (Downstream Loan)
 - Es handelt sich um „echte“ Darlehensbegebungen zwischen den Konzerngesellschaften
 - Liquidität wird über das Zentralkonto gebündelt
 - Zahlreiche Abwandlungen möglich, z.B.: kann als Kapitalschutz der Tochtergesellschaft auf einem getrennten Konto eine gewisse Summe vorgehalten werden (Conditional-Balancing)

I. Einführung

- „Physisches“ Cash Pooling System



I. Einführung

- Virtuelle Cash Pooling Systeme (sog. Notional Pooling)
 - Die einzelnen Konzerngesellschaften behalten ihre Liquidität – Konten bleiben unangetastet
 - Es erfolgt nur eine rechnerische Zusammenlegung der Konten, es werden damit verbesserte Bankkonditionen erreicht
 - Es werden kein Darlehen zwischen den Gesellschaften begeben
 - Nur geringe Kostenvorteile, keine/kaum gesellschafts- oder insolvenzrechtliche Risiken

I. Einführung

2. Zweck und Risiken des physischen Cash Poolings:

- Innenfinanzierung von Unternehmensgruppen unter Beteiligung einer oder mehrerer Banken;
- der Konzern benötigt insgesamt weniger Fremdkapital, da überflüssige Liquidität einzelner Konzerngesellschaften in anderen Konzerngesellschaften eingesetzt werden kann;
- gegenüber der Bank wird die Kreditnachfrage gebündelt, zusammengeführte Liquidität bzw. der Ausgleich von Debet Salden der Konzerngesellschaften führt zu verbesserten Zinskonditionen gegenüber der Bank bzw. zu verbesserter Bonität sowie zu einer Senkung des Gesamtzinsaufwandes des Konzerns.

I. Einführung

- Zweck und Risiken des physischen Cash Poolings (Forts.)
 - Konzernintern abgeführte Liquidität wird typischerweise nicht abgesichert (sieht man einmal von ggf. bestehenden Ausgleichsansprüchen nach § 302 AktG ab).
 - Mutter- bzw. Betreibergesellschaft besitzt nicht die Bonität eines Kreditinstitutes, unterliegt nicht dem KWG, dies führt ggf. zum finanziellen Klumpenrisiko und Dominoeffekt: Krise eines Poolteilnehmers kann die gesunden Poolteilnehmer erreichen (vgl. BGHZ 149, 10 „Bremer Vulkan“; Altmeppen, NZG 2010, 361, 362).

I. Einführung

3. Rechtliche Einordnung:

- Vermögensverschiebungen im Rahmen des Cash Poolings sind nach ganz h.M. Darlehen i.S.v. § 488 BGB (BGHZ 166, 8 Rn. 12 m.w.N.; a.A. Karsten Schmidt DB 2009, 1971, 1974: „Geschäftsbesorgung“; Ulmer ZHR 169 (2005) 1, 4 f. „Unregelmäßige Verwahrung“).
- Kreditgewährungen vom Quellkonto an das Masteraccount sind „upstream loans“, Gewährungen von Liquidität von Zentralkonto auf ein Quellkonto sind „downstream loans“, ständige Verrechnungen erfolgen im Kontokorrent (§ 355 HGB, vgl. Altmeppen, NZG 2010, 361, 362).
- Die Bank erhält den Auftrag, Liquiditätsverlagerungen vorzunehmen, erhält hierfür ein Entgelt, verlangt meist Sicherheiten für den Kontokorrentsaldo.

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Cash Pools haben sich in den letzten Jahren mehrfach verändert:
 - Im sog. „November“-Urteil des BGH vom 24.11.2003 – II ZR 171/01 (BGHZ 157, 72) hatte der BGH die darlehensweise erfolgte Rückzahlung von gebundenem Kapital der GmbH an ihren Gesellschafter auch dann als Verstoß gegen § 30 GmbHG angesehen, wenn der Rückzahlungsanspruch vollwertig ist. Liquide Haftungsmasse dürfe nicht gegen einen schuldrechtlichen Rückzahlungsanspruch getauscht werden (Aufgabe der bilanziellen Betrachtungsweise).

Durch dieses Urteil war das Cash Pooling erheblich erschwert worden, da viele Cash Pooling Systeme auf Erhaltung des Stammkapitals auf dem Quellkonto verzichten und die im Urteil obiter erwähnten Maßnahmen – z.B. Besicherung der Darlehensforderung – im Cash Pool nicht praktikabel sind.

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- In der Entscheidung des BGH vom 16.01.2006 - II ZR 76/04 (BGHZ 166, 8, „Cash Pool I“), hat der BGH klargestellt, dass für Cash Pools keine Sonderrechte in Bezug auf die Kapitalaufbringungsgrundsätze gelten; im konkreten Fall führte die Einlagenzahlung, die zunächst zwar auf ein Sonderkonto erfolgte, dann aber nach Eintragung der Kapitalerhöhung über das Quellkonto an das vom Inferenten unterhaltene Masteraccount des Cash Pools abfloss, zur Annahme einer verdeckten Sacheinlage, weil sich mit dieser Zahlung bestehende Verbindlichkeiten der GmbH gegenüber der den Cash Pool betreibenden und das Masteraccount unterhaltenden Gesellschaft verringerten (Einlage einer Forderung).

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Im Urteil des BGH vom 21.11.2005 – II ZR 140/04 (BGHZ 165, 113, 116) wurde die darlehensweise erfolgte Zurückgewährung der Einlage an den Inferenten als Nullum angesehen (nachdem derartige Fälle in der Rspr. zuvor als Sonderfall der verdeckten Sacheinlage eingestuft wurden); der Einlageanspruch sollte ungeschmälert fortbestehen. Auch dieses Urteil für war Cash Pool Systeme negativ.

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Den nächsten Meilenstein brachte die Einführung des § 19 Abs. 4 und 5 GmbHG durch das am 1.11.2008 in Kraft getretene MoMiG (BGBl 2008 I, 2026) und die insofern gleichlautenden Regelungen des § 27 Abs. 3 und 4 AktG durch das am 1.9.2009 in Kraft getretene ARUG.
- Der Gesetzgeber wollte mit den Neuerungen die z.B. durch das „Novemberurteil“ des BGH entstandenen rechtlichen Bedenken gegen betriebswirtschaftlich sinnvolle Cash Pool Systeme beseitigen und diese auf eine „verlässliche Rechtsgrundlage“ stellen (Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 25, 34, 40, 41; Altmeppen, NZG 2010, 361, 362).

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Die nach altem Recht „verheerenden“ Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage (uneingeschränktes Fortbestehen des Anspruches auf die Bareinlage, der ggf. erst nach Jahren vom Insolvenzverwalter geltend gemacht wird, schuldrechtliche und dingliche Unwirksamkeit des verdeckten Verkehrsgeschäftes mit entsprechenden Risiken für die hieraus zugunsten des Gesellschafters resultierenden Ansprüche, z.B. Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB) werden durch die gesetzliche Neuregelung bei späterer Geltendmachung des Bareinlageanspruches beseitigt, da eine Wertanrechnung erfolgt.

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Die Neuregelung des § 19 Abs. 4 GmbHG (und dementsprechend § 27 Abs. 3 AktG) sieht bekanntlich vor, dass:
 - bei verdeckten Sacheinlagen der Gesellschafter zunächst nicht von der (Bar-) Einlageverpflichtung befreit wird
 - Verträge über die Sacheinlage und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung nicht unwirksam sind
 - auf die zunächst fortbestehende Geldeinlagepflicht der Wert des Vermögensgegenstandes im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung bzw. im Zeitpunkt seiner Überlassung an die Gesellschaft (bzw. der Kapitalerhöhung, vgl. § 56 Abs. 2 GmbHG, § 183 Abs. 2 AktG), angerechnet wird; die Anrechnung erfolgt nicht vor der Registereintragung

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Meldet der Geschäftsführer im Fall einer verdeckten Sacheinlage die Gesellschaft oder die Kapitalerhöhung an, gibt er eine falsche Versicherung i.S.d. §§ 8 Abs. 2 S. 1, 57 Abs. 2 S. 1 GmbHG ab. Bei Vorsatz macht er sich nach § 82 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 3 GmbHG strafbar und zwar auch bei Vollwertigkeit des verdeckt eingelegten Gegenstandes (ganz h.M., Lutter/Hommelhoff/Bayer § 19 Rn. 85 m.w.N.; a.A. Roth/Altmeyen § 82 Rn. 15 f.; ders. NZG 2010, 441, 442).

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- § 19 Abs. 5 GmbHG bzw. § 27 Abs. 4 AktG regelt, dass bei vor der Einlage erfolgter Vereinbarung einer Leistung an den Gesellschafter, die wirtschaftlich der Einlage entspricht und die nicht als verdeckte Sacheinlage zu beurteilen ist, der Gesellschafter nur dann von der Einlageverpflichtung befreit ist, wenn die Leistung durch einen Rückgewähranspruch gedeckt wird, der bestimmten Anforderungen genügt:
- Der Rückgewähranspruch muss:
 - jederzeit fällig sein oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig werden können.

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- darüber hinaus muss er nach der Literatur (vgl. Henssler/Strohn/Verse § 19 Rn. 84 m.w.N.) liquide sein, d.h. Einwendungen und Einreden dürfen nicht entgegenstehen; er muss wirksam und vollwertig sein, d.h. das Vermögen des Inferenten muss im Zeitpunkt der Rückgewähr zur Erfüllung aller seiner Verbindlichkeiten ausreichen, es darf nicht damit zu rechnen sein, dass zum Zeitpunkt der späteren Fälligkeit die Rückzahlung nicht oder nur teilweise möglich ist.
- Eine solche Leistung oder die Vereinbarung einer solchen Leistung ist in der Anmeldung der Gesellschaft bzw. der Kapitalerhöhung anzugeben, §§ 19 Abs. 5 S. 2, 56a GmbHG, §§ 27 Abs. 4 S. 2, 183 Abs. 2 AktG.

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

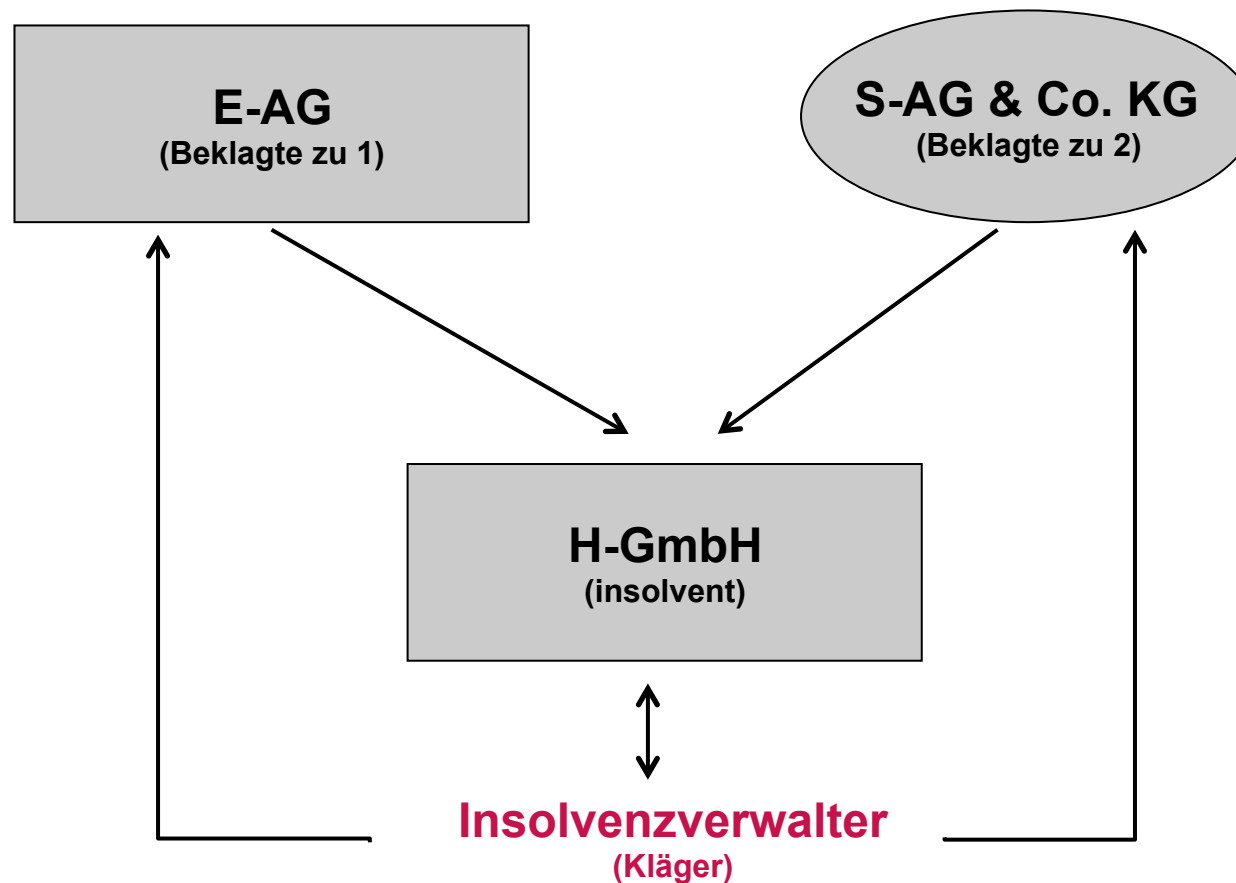
- Die Offenlegung des Hin- und Herzählens nach § 19 Abs. 5 S. 2 GmbHG wird vom BGH und einem Teil des Schrifttums als konstitutive Voraussetzung des Eintritts der Erfüllungswirkung angesehen (BGH, Urteil vom 16.02.2009 – II ZR 120/07, ZIP 2009, 713, 715 „Qivive“). Dies folge zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut, sei aber im Interesse der vom Registergericht zu überprüfenden Kapitalaufbringung erforderlich (BGH, aaO.; Heckschen DStR 2009, 166, 173; Hüffer § 27 Rn. 42; KölnKomm-AktG/Arnold, § 27 Rn. 147; nach OLG Stuttgart ZIP 2011, 1959 ist Offenlegung bis zur Registereintragung nachholbar).
- a.A. z.B. Herrler GmbHR 2010, 785, 786 f.; Spindler/Stilz/Heidinger/Benz, § 27 Rn. 248: bei fehlender Offenlegung Beschränkung auf zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Sanktionen.

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Die Voraussetzungen von § 19 Abs. 5 GmbHG bzw. § 27 Abs. 4 AktG müssen sämtlich nach der Rspr. (einschließlich der Offenlegung) erfüllt sein, damit die Erfüllungswirkung eintritt, sog. „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ (Lutter/Hommelhoff/Bayer § 19 Rn. 124 f.).
- Der Registerrichter muss die Eintragung auch bei nur geringen Abweichungen von der Vollwertigkeit ablehnen, da die Privilegierung des § 9 c Abs. 1 S. 2 GmbHG keine Anwendung findet (Grigoleit / Rieder § 19 Rn. 196; Herrler DB 2008, 2347, 2349).
- Unterlässt der Geschäftsführer vorsätzlich die Offenlegung nach § 19 Abs. 5 S. 2 GmbHG oder macht er vorsätzlich falsche Angaben, insbesondere zur Vollständigkeit, Deckung oder Fälligkeit des Rückgewähranspruches, macht er sich nach § 82 GmbHG strafbar.

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Entscheidung des BGH „Cash Pool II“, Urt. v. 20.07.2009 – II ZR 273/07, ZIP 2009, 1561
 - Sachverhalt



II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Sachverhalt der Entscheidung Cash Pool II (Forts.)
 - Bei der Gründung der H-GmbH 1998 schlossen die Gesellschafter mit der H-GmbH einen Cash-Management-Vertrag. Dieser sah vor, dass in zweijährigem Wechsel jeweils ein Gesellschafter das Cash-Management übernehmen soll. Die Beklagte zu 2 war als erste nach der Gründung für das Cash-Management zuständig.
 - Das Cash-Management erfolgte im Rahmen des sog. „*Zero-Balancing*“. Hierfür errichtete die Beklagte zu 2 ein Zentralkonto und koppelte dies an das der H-GmbH. Die dazugehörige Abrede sah vor, dass das Konto der H-GmbH täglich durch Umbuchungen auf Null gestellt werden sollte; zudem stellte der jeweils als Poolführer zuständige Gesellschafter der H-GmbH eine Kreditlinie i.H.v. EUR 500.000 zur Verfügung.

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Sachverhalt der Entscheidung Cash Pool II (Forts.)
 - Der Cash-Management-Vertrag war erstmalig nach Ablauf von zwei je zweijährigen Cash-Management-Perioden mit einer Frist von drei Monaten zum Ende der dann laufenden Periode kündbar.
 - Im Rahmen der Gründung der H-GmbH zahlten die Beklagten die erforderliche Bareinlagen auf das Konto der H-GmbH in Raten ein. An dem Tag der letzten Zahlung der Bareinlage durch die Beklagte zu 2 hatte die H-GmbH die Kreditlinie der Beklagten zu 2 schon teilweise (iHv. ca. EUR 47.000) in Anspruch nehmen müssen. Die Zahlung der Bareinlage durch die Beklagte zu 2 überstieg den negativen Saldo zu Lasten der Gesellschaft im Zentralkonto.

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Sachverhalt der Entscheidung Cash Pool II (Forts.)
 - Nachdem die H-GmbH 2005 insolvent wurde, verlangte der Kläger als Insolvenzverwalter von den Beklagten die (nochmalige) Leistung der Bareinlage i.H.v. jeweils EUR 869.196,20.
- Die Leitsätze der Entscheidung Cash Pool II
 - „Die Einzahlung der Einlage auf ein Konto, das in einen dem Inferenten zuzurechnenden Cash-Pool einbezogen ist, ist eine verdeckte Sacheinlage, wenn der Saldo auf dem Zentralkonto des Cash-Pools im Zeitpunkt der Weiterleitung zulasten der Gesellschaft negativ ist, andernfalls liegt ein Hin- und Herzahlen vor.“

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Die Leitsätze der Entscheidung Cash Pool II (Forts.)
 - „Inwieweit bei einer als verdeckte Sacheinlage zu behandelnden Einzahlung der Inferent die nicht wirksam erbrachte Einlage noch einmal leisten muss, hängt davon ab, ob und in welcher Höhe die Gesellschaft durch die Einlagezahlung von einer Forderung des Inferenten befreit wird, die sie – ohne diese Einlagezahlung – aus ihrem Vermögen erfüllen könnte.“
 - „Liegt ein Hin- und Herzahlen vor, befreit dies den Inferenten von seiner Einlageverpflichtung nur dann, wenn die besonderen Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 GmbHG erfüllt sind, also eine die Einlagepflicht substituierende Vereinbarung getroffen wird, die auf ihrer Grundlage erbrachte Leistung durch einen vollwertigen, jederzeit fälligen oder durch fristlose Kündigung fällig werdenden Rückzahlungsanspruch gegen den Inferenten gedeckt ist und der Geschäftsführer diese Umstände bei der Anmeldung nach § 8 GmbHG angibt.“

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Die Begründung der Entscheidung Cash Pool II
 - Der das Cash-Management-Konto führende Gesellschafter hat seine Einlage nicht mit befreiender Wirkung geleistet. Der andere Gesellschafter, der im Rahmen des Cash-Pools keine Funktion hatte, verstieß nicht gegen die Kapitalaufbringungsvorschriften.
 - Hinsichtlich der Einlagenleistung des Gesellschafters, der das Cash-Management-Konto führte, hat der BGH wie folgt unterschieden:

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Die Begründung der Entscheidung Cash Pool II (Forts.)
 - In Höhe des Betrages, der den Soll-Saldo der H-GmbH ausgleicht, liegt eine verdeckte Sacheinlage vor. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise befreit der Gesellschafter die Gesellschaft von einer Verbindlichkeit, die sie selbst aus dem Cash-Management-Vertrag gegenüber ihrem Gesellschafter eingegangen ist (vgl. auch BGH, Urteil vom 16.1.2006, II ZR 76/04 – „Cash Pool I“). Insoweit ist die Bareinlagepflicht nicht erfüllt.
 - *(Der BGH hat die Klage diesbezüglich an das Berufungsgericht zurückverwiesen, da nicht final geklärt werden konnte, ob das Konto – da mehrere Gesellschafter gleichzeitig gezahlt haben – tatsächlich debitorisch war).*

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Die Begründung der Entscheidung Cash Pool II (Forts.)
 - Nach § 3 Abs. 4 EGGmbHG ist § 19 Abs. 4 und 5 GmbH auch auf Altfälle anwendbar, soweit die Einlageleistung vor dem 1. November 2008 bewirkt worden ist und noch keine Erfüllung eingetreten ist.
 - Soweit die Bareinlage zu einem Haben-Saldo der H-GmbH führte, der im Rahmen des „Zero-Balancing“ wieder auf das Konto des Gesellschafters zurücküberwiesen wurde, liegt ein Hin- und Herzahlen vor. Die Voraussetzungen, nach denen auch durch Hin- und Herzahlen die Einlageleistung schuldbefreiend erbracht werden kann, liegen nicht vor.

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Die Begründung der Entscheidung Cash Pool II (Forts.)
 - Das Hin- und Herzahlen wurde nämlich nicht bei der Anmeldung zum Handelsregister gem. § 19 Abs. 5 S. 2, § 8 GmbHG offengelegt, daher keine Erfüllungswirkung.
 - Es fehlte an einem jederzeit fälligen Rückzahlungsanspruch, da die Cash Pool-Vereinbarung nicht jederzeit kündbar war.

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Bewertung der Entscheidung Cash Pool II
 - Die Entscheidung des BGH setzt dessen Rechtsprechung zu Fragen der verdeckten Sacheinlage und des Hin- und Herzahlens fort. Sie steht in einer Linie mit der Rechtsprechung der Urteile „Cash Pool I“ und „Qivive“.
 - Generell muss im Rahmen des Cash-Pools differenziert werden, ob Bareinlagen auf ein debitorisches oder ein kreditorisches Konto der dem Pool angeschlossenen Gesellschaft gezahlt werden.

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Bewertung der Entscheidung Cash Pool II (Forts.)
 - Altfälle profitieren wegen der Offenlegungspflicht gem. § 19 Abs. 5 S. 2 GmbHG regelmäßig nicht von der Regelung des §19 Abs. 5 S.1 GmbHG.
 - Bei Neufällen ist auf die jederzeitige Kündbarkeit des Cash-Pools zu achten. Nur dann kann der Rückzahlungsanspruch jederzeit fällig gestellt werden.

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Folgerungen aus der Entscheidung Cash Pool II
 - Der Umstand, dass die Einzahlung auf das Konto der H-GmbH zum Teil als verdeckte Sacheinlage und zum Teil als Hin- und Herzahlen gewürdigt wurde, zeigt, dass die gesetzliche Neuregelung ihr Ziel, das Cash Pooling zu erleichtern, wohl weitgehend verfehlt hat, zumal der Saldo zwischen Inferent (Cash Pool Betreiber) und GmbH laufend wechselt (Henssler/Strohn/Verse § 19 GmbHG Rn. 52 m.w.N.) und es daher auf das richtige Timing der Einlagenleistung ankommt, damit diese voll als Hin- und Herzahlen gewertet werden kann.

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Folgerungen aus der Entscheidung Cash Pool II (Forts.)
 - Wird dieser Zeitpunkt verpasst, bleibt es bei dem Anspruch auf die Bareinlage, soweit von verdeckter Sacheinlage auszugehen ist. Eine werthaltige Anrechnung der weiteren aus dem Cash Pool an die GmbH erfolgenden (Rück-)Zahlungen scheidet aus, weil sich diese im Cash Pool nicht eindeutig der fortbestehenden Bareinlageforderung zuordnen lassen (BGHZ Cash Pool II Rn. 21; KölnKomm-AktG/Arnold § 27 Rn. 151); das Gleiche gilt für Zahlungen aus dem Cash Pool an Dritte, die dazu dienen, Verbindlichkeiten der GmbH abzulösen (BGH Cash Pool II Rn. 22.).
 - Es wird daher empfohlen, die Einlage auf ein nicht in den Cash Pool einbezogenes Konto zu leisten (Habersack GWR 2009, 1017, 1018 f.; Komo BB 2011, 2307, 2313; Priester DNotZ 2009, 946, 948; zweifelnd Bormann/Urlichs DStR 2009, 641, 644).

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Folgerungen aus der Entscheidung Cash Pool II (Forts.)
 - Eine alternative Lösung besteht darin, den Cash Pool erst nach Einlageleistung zu aktivieren, so dass mangels bereits bestehender Verbindlichkeit der GmbH gegenüber dem Cash Pool, die zur verdeckten Einlage führen würde, vollumfänglich Hin- und Herzahlen vorliegt. Dies Ergebnis wird auch durch das erwähnte „Conditional-Balancing“ erreicht.
 - Erfolgt ein nicht den Kriterien des § 19 Abs. 5 GmbHG entsprechendes Hin- und Herzahlen, tritt Erfüllungswirkung ebenfalls nicht durch Rückflüsse aus dem Cash Pool an die GmbH oder Zahlungen aus dem Cash Pool an Gläubiger der GmbH ein (BGH Cash Pool II aaO.).

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Heilung?
 - Daher fragt sich, ob eine Heilung des fehlgeschlagenen Hin- und Herzählens im Cash Pool anderweitig möglich ist: dies ist deswegen von großer Bedeutung, weil beim Hin- und Herzahlen das „Alles oder Nichts-Prinzip“ gilt.
 - In Betracht kommt die Beendigung des Cash Poolings mit gleichzeitiger Rückführung der Darlehensschuld an die GmbH, dies entspricht aber meist nicht dem Willen der Beteiligten (Herrler DStR 2011, 2300, 2301)

II. Kapitalaufbringung und CashPoolings (Beispiel GmbH)

- Heilung?
 - Bei Fehlern in der Registeranmeldung ist im Hinblick auf eine mögliche Heilung zu differenzieren:
 - Handelt es sich wie im Fall Cash Pool II um einen Altfall, bei dem die Offenlegung, weil nicht gesetzlich vorgeschrieben, naturgemäß unterblieben ist, soll es nach überwiegender Ansicht entgegen BGH Cash Pool II und OLG Koblenz GmbHR 2011, 579 auf diese nicht ankommen (Altmeppen ZIP 2009, 1545, 1548 Wälzholz MittBayrNot 2008, 425; KölnKomm-AktG/Arnold § 27 Rn. 152; Heckschen GWR 2011, 51 unter Hinweis auf das entsprechende Urteil des LG Erfurt DZWIR 2010, 525).

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Heilung?
 - Fehlt die erforderliche Offenlegung des Hin- und Herzahlens bzw. des Cash Poolings in der Registeranmeldung nach Inkrafttreten von MoMiG und ARUG völlig, ist vorab festzuhalten, dass unmittelbar nach Erlass der Reformvorschriften zunächst der schlichte Hinweis auf das geplante Cash Pooling in der Registeranmeldung als ausreichend angesehen wurde (Bormann/Kauka/Ockelmann, Handbuch GmbH-Recht, Rn. 61).

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Heilung?
 - Nach dem Beschluss des OLG München vom 13.10.2010, MittBayrNot 2011, 331, kann das Registergericht allerdings Nachweise für die Angaben zu Liquidität und Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs bei erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit der Versicherung des Geschäftsführers verlangen. Daher kann das Gericht auch Vorlage der Cash Pool-Vereinbarung zur Prüfung der Liquidität und der Werthaltigkeit des Rückgewähranspruchs verlangen. Als Nachweis der Werthaltigkeit soll auch das positive Rating der Obergesellschaft durch eine anerkannte Rating-Agentur in Betracht kommen.
 - Diese Unterlagen können (müssen nicht, Märtens, MünchKomm GmbHG, § 19 Rn. 313) bereits bei der Registeranmeldung beigelegt werden.

II. Kapitalaufbringung und Cash Pooling (Beispiel GmbH)

- Heilung?
 - Ist in Neufällen die Offenlegung in der Registeranmeldung vollständig unterblieben, kann diese wie auch die Sicherstellung der sonstigen Erfordernisse des Hin- und Herzählens auch nach Registereintragung nachgeholt werden, alle Erfordernisse müssen dann am Tag der erneuten Registeranmeldung vorliegen, str. , dafür z.B. Lutter/ Hommelhoff/Bayer § 19 Rn. 127; Herrler, DStR 2011, 2300 mit beachtlichen Argumenten; dagegen z.B. Roth /Altmeppen § 19 Rn. 35; OLG Stuttgart, GmbHR 2012, 215.

III. Kapitalerhaltung und Cash Pooling

1. Vertragskonzern

- Die Neuregelung in § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GmbHG bzw. § 57 Abs. 1 S. 3 Alt. 1 AktG - Suspendierung des Kapitalerhaltungsgebotes bei bestehendem Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag -, sollte Zweifel an der Zulässigkeit des Cash Poolings ausräumen, und zwar unabhängig davon, ob es sich bei der konzerninternen Gesellschaft um eine GmbH oder AG handelt (Altmeppen NZG 2010, 361, 363).

Ein vollwertiger Verlustausgleichsanspruch der abhängigen Gesellschaft nach § 302 AktG soll nach überwiegender Auffassung Gläubigerinteressen immer entsprechen und die Zulässigkeit des Cash Poolings auch bei Abführung von gebundenem Vermögen gewährleisten.

III. Kapitalerhaltung und Cash Pooling

- Vertragskonzern, Beherrschungsvertrag
 - Rechtmäßigkeit der Weisung

Die ganz überwiegende Ansicht geht davon aus, dass die Suspendierung des Kapitalschutzes in § 57 Abs. 1 S. 3 Alt. 1 AktG bzw. § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG nicht verlangt, dass die Benachteiligung der abhängigen Gesellschaft auf einer rechtmäßigen Weisung beruht, die Suspendierung der Kapitalerhaltungsregeln sei nicht auf vertragskonforme Leistungen beschränkt (vgl. nur Habersack in Festschr. f. Schaumburg S. 1291, 1297 ff., Lutter/Hommelhoff § 30 Rn. 48; a.A. Altmeyen, NZG 2010, 361, 363, die Neuregelung sei redundant, soweit der Beherrschungsvertrag die Benachteiligung der abhängigen Gesellschaft rechtfertige, weil rechtswidrige Weisungen durch die Neuregelung nicht privilegiert sein können).

III. Kapitalerhaltung und Cash Pooling

- Vertragskonzern, Erfordernis der Vollwertigkeit des Verlustausgleichsanspruchs
 - Häufig wird betont, die Privilegierung der §§ 57 Abs. 1 S. 3 1 Alt. AktG erfordere zumindest Vollwertigkeit des Verlustausgleichsanspruchs nach § 302 AktG (Blasche/König GmbHR 2009, 897, 902; Habersack aaO, S. 1296).
 - Andere meinen, der Schutz der abhängigen Kapitalgesellschaft ergebe sich bei mangelnder Solvenz des herrschenden Unternehmens weniger aus § 302 AktG; der Schutz der abhängigen Gesellschaft gegen den existenzgefährdenden Abzug von Liquidität werde durch die neue Insolvenzverursachungshaftung nach §§ 64 S. 3 GmbHG bzw. 92 Abs. 2 S. 3 AktG gewährleistet, vgl. Cahn Der Konzern 2009, 7.

III. Kapitalerhaltung und Cash Pooling

- Vertragskonzern, Vollwertigkeit des Verlustausgleichsanspruchs (Forts.)
 - Nach Altmeyen, ZGR 2010, 361, 364 darf die konzernierte Kapitalgesellschaft nicht durch Abzug von Liquidität durch die Poolführerin geschädigt werden, wenn der Verlustausgleichsanspruch nicht mehr werthaltig ist. Der durch Weisung unter dem Beherrschungsvertrag veranlasste Abzug von Liquidität werde rechtswidrig, wenn die Überlebensgarantie des § 302 AktG nicht mehr funktioniert. Die Organe der abhängigen Gesellschaft haften bei Befolgung solcher Weisungen nach § 310 AktG, vgl. zu allem Altmeyen ZGR 361, 361, 364.
 - Im Ergebnis darf das Cash Pooling im Vertragskonzern somit nur durchgeführt werden, wenn die Existenz der abhängigen Gesellschaft dadurch nicht gefährdet wird; der Verlustausgleichsanspruch muss vollwertig sein; dann sollte auch der Rückgewähranspruch nach § 27 Abs. 4 S. 1 AktG bzw. § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG vollwertig sein, Altmeyen, NZG 2010, 361, 365.

III. Kapitalerhaltung und Cash Pooling

- Vertragskonzern, isolierter Gewinnabführungsvertrag
 - §§ 311, 317 AktG werden nach dem Willen des Gesetzgebers bei der AG angewendet, auch wenn nur ein isolierter Gewinnabführungsvertrag besteht (vgl. Reg. Begr. Kropff, AktG 1965, S. 417 f.). Teilweise wird allerdings bei bloßem Bestehen eines isolierten Gewinnabführungsvertrages vertreten, die Anwendung der §§ 311, 317 AktG sei überflüssig, Habersack aaO., S. 1299, das Kapitalerhaltungsgebot des § 57 Abs. 1 S. 3 Alt. 1 AktG sei bereits wegen des Bestehens des isolierten Gewinnabführungsvertrages außer Kraft gesetzt. Die mit § 316 AktG implizierte Fortgeltung der §§ 311, 317 AktG sei systematisch nicht zu begründen (Habersack aaO.). Nach Altmeyen, NZG 2010, 361, 365 soll die Neuregelung der Kapitalerhaltung bei isolierten Gewinnabführungsverträgen erst recht verlangen, die §§ 311, 317 AktG anzuwenden.

III. Kapitalerhaltung und Cash Pooling

- Vertragskonzern, isolierter Gewinnabführungsvertrag (Forts.)
 - Haftung der Geschäftsleitung
 - Auch die faktisch abhängige AG genießt aufgrund der Verlustausgleichspflicht Bestandschutz. Entscheidende Voraussetzungen für die Legalität der Teilnahme an einem Cash Pool ist daher, wenn z.B. Einzelausgleichsansprüche aus dem Cash Pooling gegen eine mit dem herrschenden Unternehmen nicht identische Betreibergesellschaft nicht vollwertig sind, die Vollwertigkeit des Ausgleichsanspruchs nach § 302 AktG, Altmeppen, NZG aaO, S. 367; diese haben die Geschäftsleiter der Tochtergesellschaften besonders im Auge zu behalten.

III. Kapitalerhaltung und Cash Pooling

- Vertragskonzern, isolierter Gewinnabführungsvertrag (Forts.)
 - Der Leiter der Konzernobergesellschaft haftet bei nicht werthaltigem Verlustausgleichsanspruch aus § 317 Abs. 3 AktG, und zwar auch wenn die Tochtergesellschaft eine GmbH ist, Henssler/Strohn/Verse § 13 Anh Rn.7.
 - Im GmbH - Konzern sind die §§ 311 ff. AktG allerdings nach allg.M. überwiegend nicht anwendbar, vgl. z.B. BGHZ 95, 330, 340. Hier beruht die Haftung der Geschäftsführer der Tochter bei Zulassen des Cash-Poolings trotz mangelnder Vollwertigkeit des Ausgleichs- bzw. Rückforderungsanspruchs auf § 43 GmbHG.

III. Kapitalerhaltung und Cash Pooling

- Cash Pooling im faktischen Konzern, AG
 - Nach BGHZ 179, 71 „MPS“ enthalten die §§ 311 ff. AktG im Verhältnis zu den Regelungen der Kapitalbindung in § 57 Abs. 1 S. 3 2 Alt. AktG eine die §§ 57, 62 93 III Nr. 1 AktG verdrängende Spezialregelung; die Maßstäbe des Nachteilsausgleichs sollen nach diesem Urteil auch nicht strenger sein, als die in § 57 Abs. 1 S. 3 2 Alt. AktG angeordneten. Daraus wird gefolgert, dass die §§ 311 ff. AktG an dem weniger strengen § 57 Abs. 1 S. 3 2 Alt. AktG zu messen seien, soweit § 57 Abs. 1 S. 3 Alt. 2 AktG eine Vermögensleistung ohne Gegenleistung gestattet, Winter DStR 2007, 1484, 1484; nach Altmeppen, NZG 2010, 402, ist die Ausgleichsregelung ohne zeitliche Streckung unverzüglich zu treffen.

III. Kapitalerhaltung und Cash Pooling

- Cash Pooling im faktischen Konzern, AG (Forts.)
 - Der Rückerstattungsanspruch muss vollwertig sein, dies ist vom Vorstand der Tochtergesellschaft permanent zu beobachten; hierfür ist ein Frühwarnsystem im Cash Pool-Vertrag vorzusehen. Die Vollwertigkeit fehlt nicht nur dann, wenn eine Einzelwertberichtigung vorzunehmen ist, sondern auch wenn nicht in der Bilanz abzubildende Risiken für den Anspruch bestehen, Altmeppen ZGR 2010, 401, 402; a.A. Cahn Der Konzern 2009, 67, 72 ff. Auch der Geschäftsleiter der Obergesellschaft muss die Vollwertigkeit des Rückerstattungsanspruches sicherstellen, andernfalls droht die Haftung aus § 317 Abs. 3 AktG.
 - Besicherung des Anspruchs ist nach h.M. nicht erforderlich, wenn Vollwertigkeit anderweitig sichergestellt ist.

III. Kapitalerhaltung und Cash Pooling

- Cash Pooling im faktischen Konzern, AG (Forts.)
 - Die Bonitätsprüfung hat unter Auswertung der handelsbilanziellen Unterlagen der Poolführerin einschließlich des Testates des WP zu geschehen, bei börsennotierten Gesellschaften sind zusätzlich die Unterlagen der kapitalmarktrechtlichen Publizitätspflichten zu sichten. Str. ist, ob der Vorstand sich auf ein positives Urteil einer Ratingagentur verlassen darf (so Cahn Der Konzern 2009, 67, 74 ff.; OLG München MittBayrNot 2011, 331 s.o.; dagegen Altmeyden ZGR 2010, 401, 403).
 - Verzinsung wird im Rahmen des Cash Poolings tw. für entbehrlich gehalten, vgl. z.B. Habersack, Festschr. f. Schaumburg, S. 1291, 1304; nach zutr. Gegenansicht soll diese erforderlich sein, z.B. Winter DStR 2007, 1484.

III. Kapitalerhaltung und Cash Pooling

- Cash Pooling im faktischen Konzern, GmbH

§ 30 GmbHG schützt nur das Stammkapital vor Entnahmen.

Str. ist, ob der Rückerstattungsanspruch vollständig bilanziert werden können muss (Altmeyen ZGR 2010, 401, 406) oder ob es ausreicht, dass er in Höhe des entnommenen Stammkapitals bilanziert werden kann (so z.B. Wirsch Der Konzern 2009, 443, 444). Die Unsicherheit im Hinblick auf die Höhe des Bewertungsabschlages, die beim Hin- und Herzahlen zum Gebot der vollständigen Bilanzierbarkeit führt (vgl. BReg, BT-Drucks. 16/6140, S. 76), führt auch bei der Kapitalerhaltung zu diesem Ergebnis.

III. Kapitalerhaltung und Cash Pooling

- Cash Pooling im faktischen Konzern, GmbH (Forts.)

Auch bei der GmbH ist die Werthaltigkeit des Rückforderungsanspruchs permanent von der Geschäftsleitung zu beobachten.

Str. ist, ob die Geschäftsführung bei vorgeblicher Solvenz der Poolführerin bei entspr. Weisung gebunden ist, eine Auszahlung an den Pool zuzulassen (so z.B. Westermann DZWIR 2008, 485; 493; a.A. Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 43 Rn. 49a; Altmeppen aaO. S. 406). Richtigerweise ist in solchen Fällen trotz Weisung eine autonome Entscheidung des Geschäftsführers im Hinblick auf die Auszahlung gefordert.

Die gut informierten Organe der Obergesellschaft haften bei Verstößen gegen die auch bei ihnen bestehende Kontrollpflicht im Hinblick auf die Werthaltigkeit des Erstattungsanspruchs (§ 317 Abs. 3 AktG analog, vgl. oben).

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Ihr Ansprechpartner



Prof. Dr. Notker Polley

Rechtsanwalt

Partner

Graf-Adolf-Platz 15

40213 Düsseldorf

Telefon +49 5660 18773

notker.polley@luther-lawfirm.com