

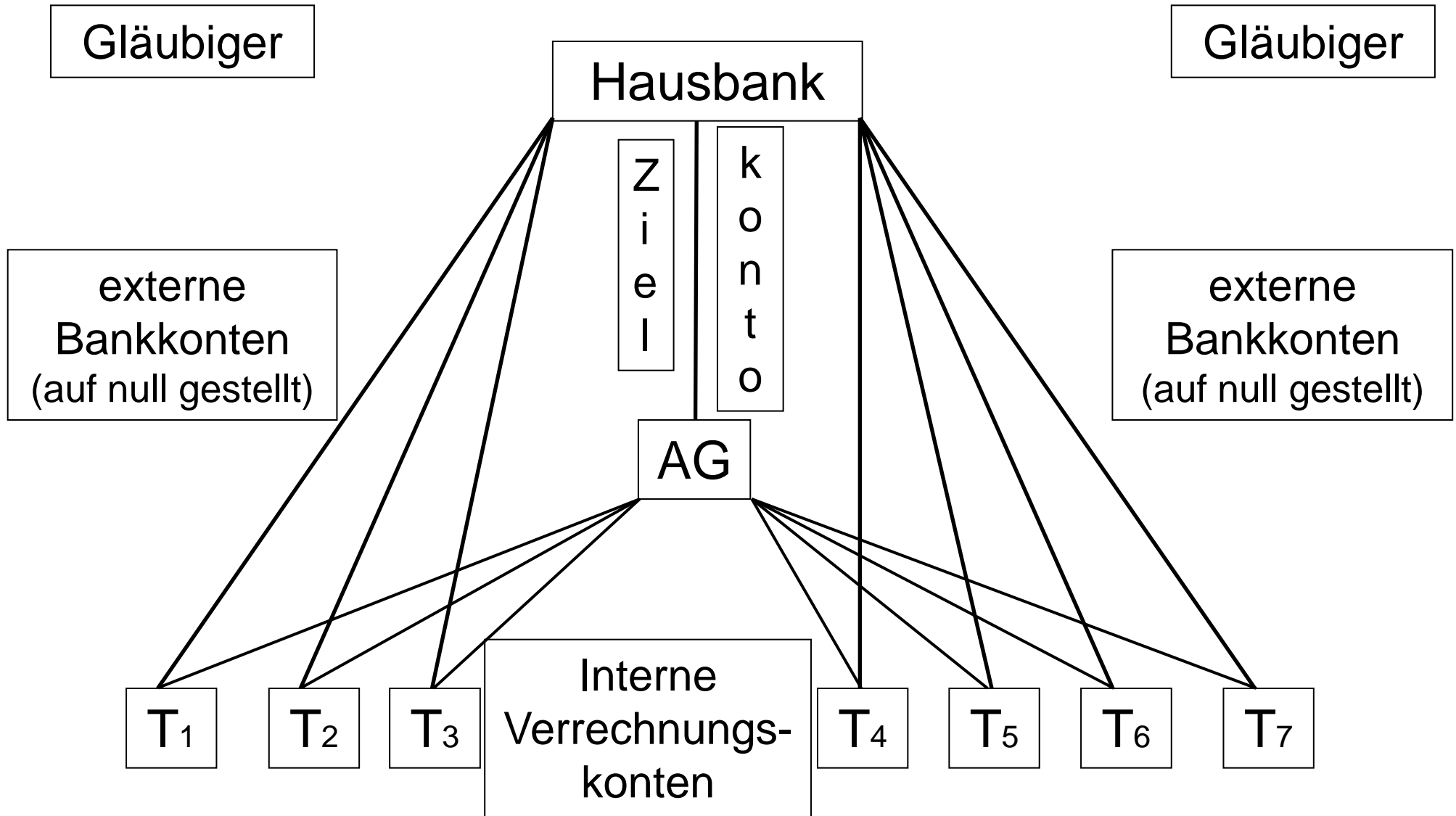
PLUTA Gesamttagung 2016

Gefahren des Cash Pooling aus Insolvenz- und Gesellschaftsrecht

Prof. Dr. Florian Jacoby
Berlin, 26. November 2016

	Folien
I. Einführung: Cash-Pooling – was ist das?	03-06
II. Auswirkungen auf Konzernexterne	
1. Abgrenzung zur Anfechtung der Drittleistung, § 134 InsO	08-12
2. (Keine) Anfechtungsgefahr für Bank	13-15
III. Konzerninterne Haftungsansprüche	
1. Gesellschafterdarlehen auf Verrechnungskonto	17-29
2. Aussaugen einer liquiden Tochter (Kapitalerhaltung)	30-36
3. Formale Anforderungen der Kapitalaufbringung	37-53

Cash-Pooling - Skizze

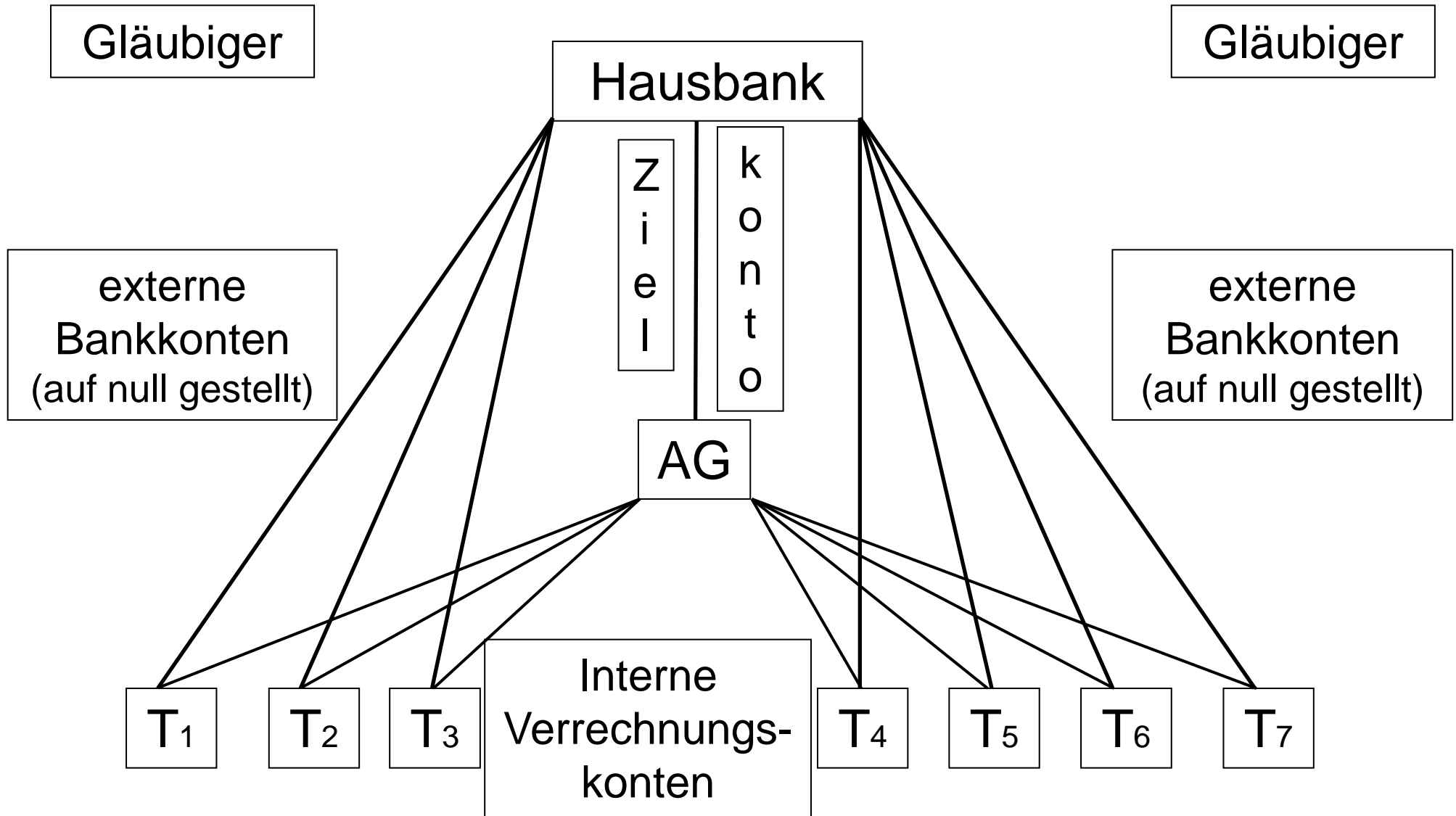


- Zweck
 - Liquiditätssteuerung zur Verringerung des Kreditbedarfs im Konzern
- Begriff: Physisches Cash Pooling
 - Abgrenzung zum virtuellen Cash Pooling
 - Arten
 - Normalfall: Zero-Balancing
 - Ausnahme: Target Balancing
- Rechtsverhältnisse
 - zur Bank
 - Quellkonto der Konzerngesellschaften
 - Zielkonto der Mutter
 - Innerhalb des Konzerns
 - Verrechnungskonto Mutter zu Konzerngesellschaft
 - Einzelüberweisung ist Darlehensgewährung oder Darlehensrückzahlung

Beispiel

- AG nutzt als Cash-Pool-Führer für die konzerninterne Liquiditätssteuerung das Cash-Pooling (Zero-Balancing-Cash-Pooling).
- Sie unterhält bei einer konzernexternen Bank das sog. Zielkonto.
- Die Konzerngesellschaften führen bei dieser Bank ebenfalls Konten.
- Jedoch stellt die kontoführende Bank durch entsprechende Buchungen am Tagesschluss jeweils das Bankkonto der Konzerngesellschaften auf null.
 - Bei einem negativen Saldo des Bankkontos der Konzerngesellschaft wird dieser durch einen entsprechenden Übertrag vom Zielkonto der AG ausgeglichen.
 - Ein bei Tagesschluss vorhandenes Guthaben auf dem Bankkonto der Konzerngesellschaft wird auf das Zielkonto der AG übertragen.
- Die AG führt zudem für die Konzerngesellschaften interne Verrechnungskonten mit Kontokorrentbindung. Allein darüber erfolgt der Ausgleich aller konzerninternen Zahlungsansprüche.
 - Kontokorrentbindung mit Saldo zum Monatsende,
 - Zinsen werden auf Tagesbasis berechnet und am Monatsende gebucht,
 - (kein) Kreditlimit.

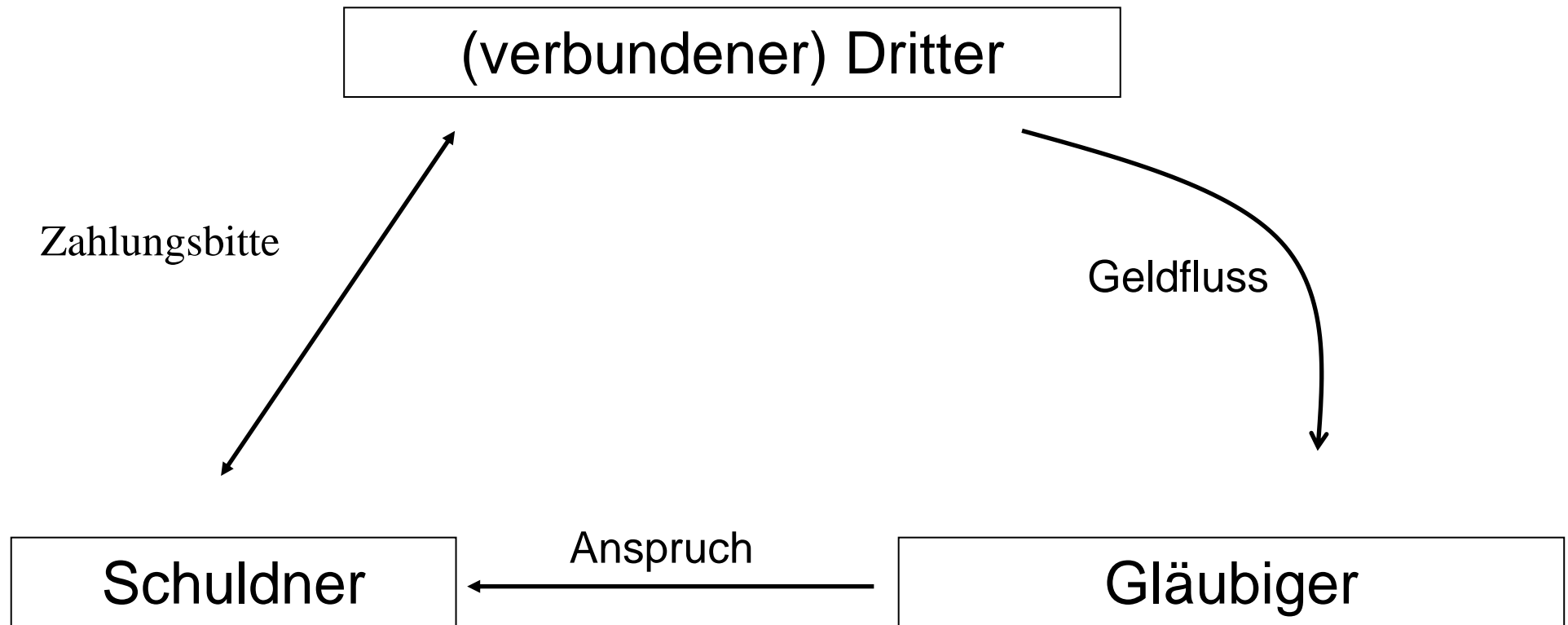
Cash-Pooling - Skizze



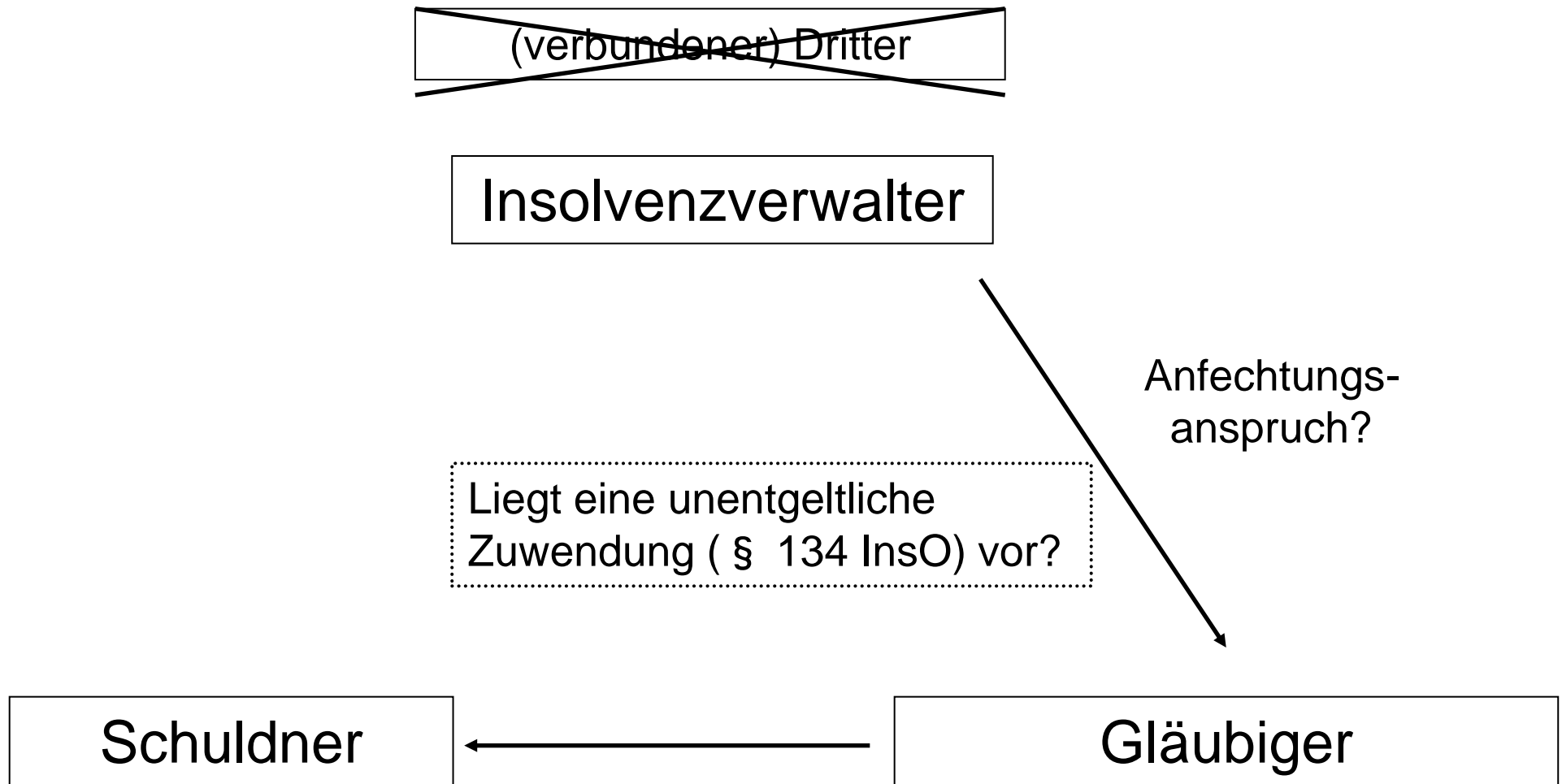
II. Auswirkungen auf Konzernexterne

1. Abgrenzung zur Anfechtung der Drittleistung,
§ 134 InsO
2. (Keine) Anfechtungsgefahr für Bank

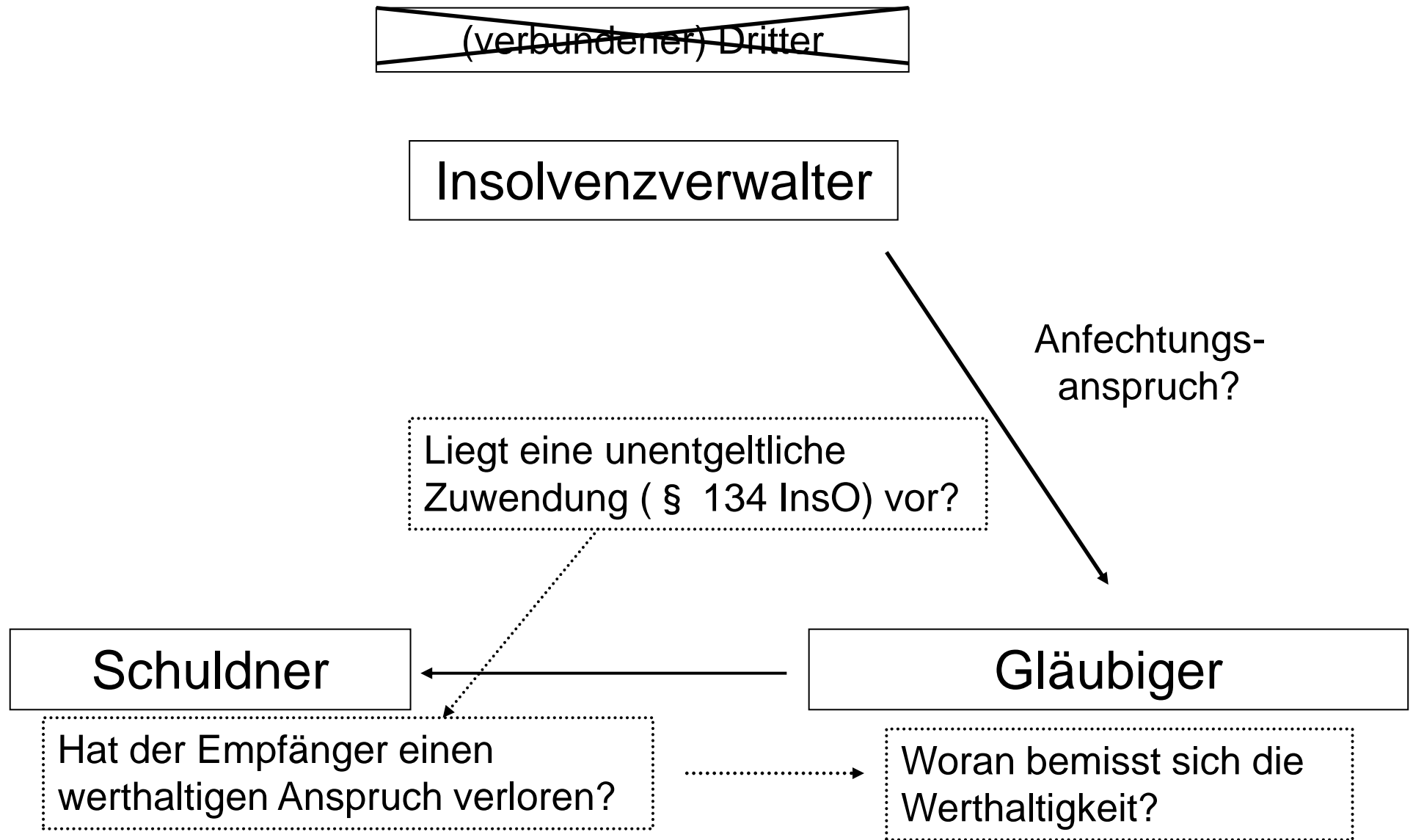
1. Anfechtbarkeit von Dritttilgungen



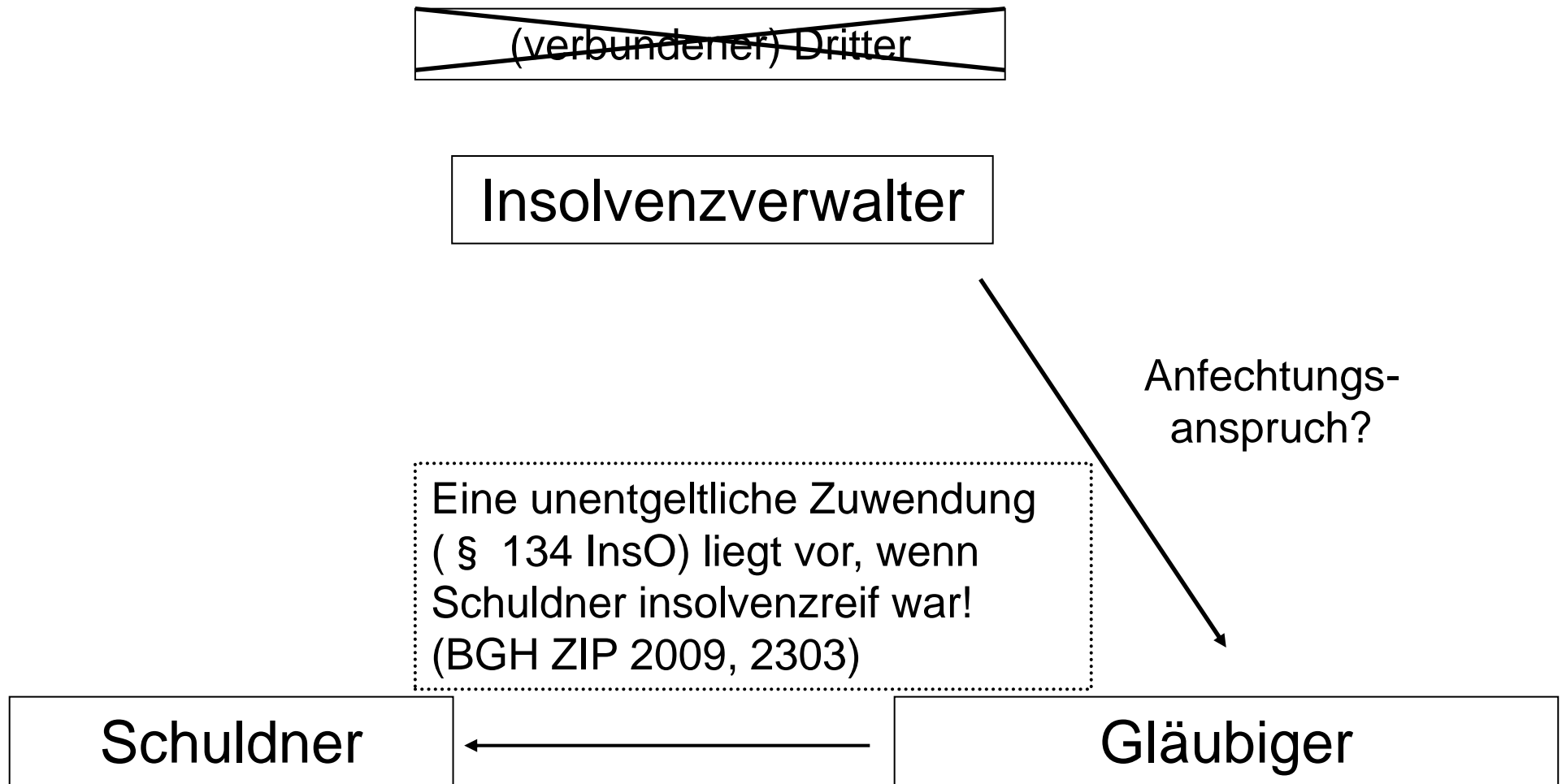
Anfechtbarkeit nach § 134 InsO



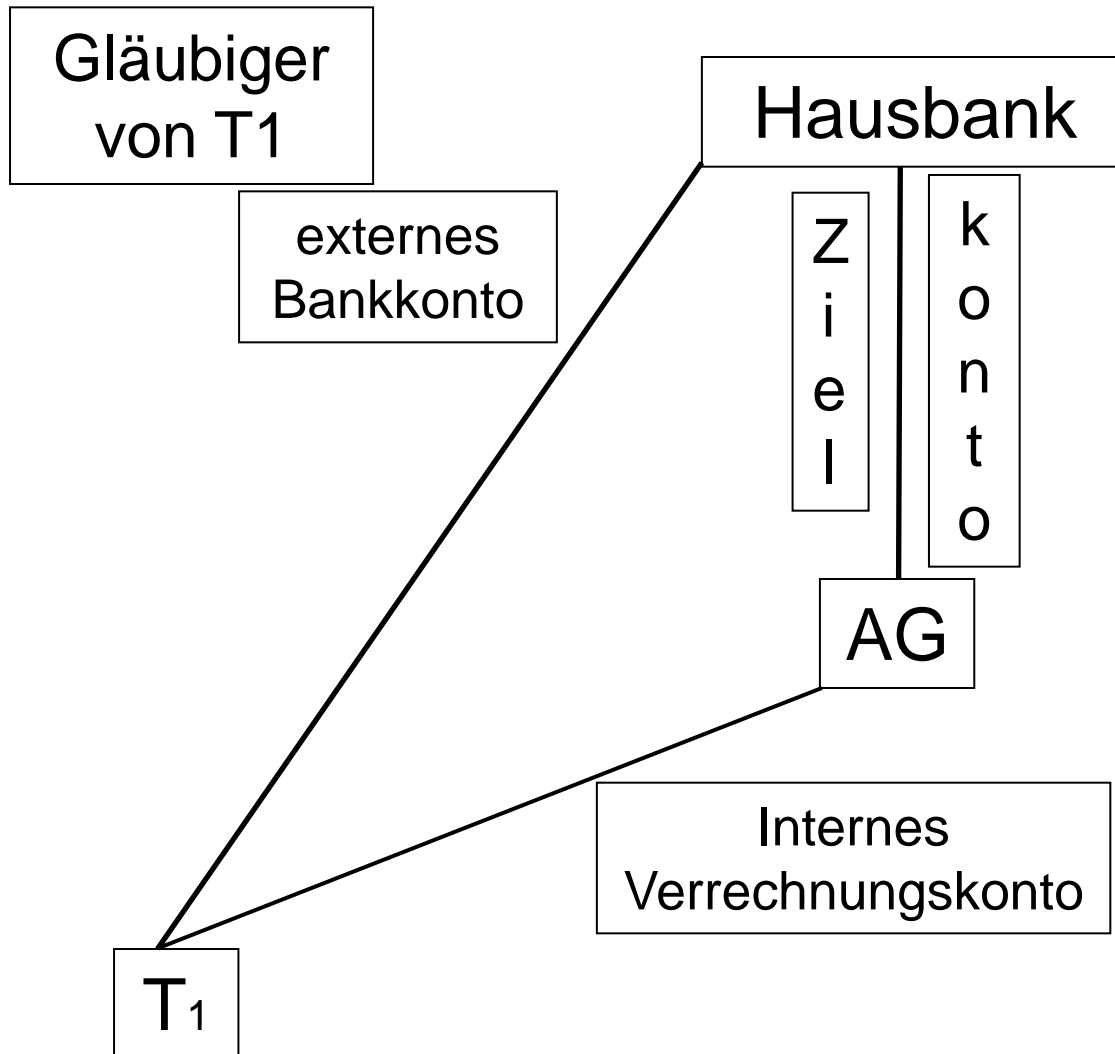
Anfechtbarkeit nach § 134 InsO



Anfechtbarkeit nach § 134 InsO



Keine Drittzahlung beim echten Cash-Pooling



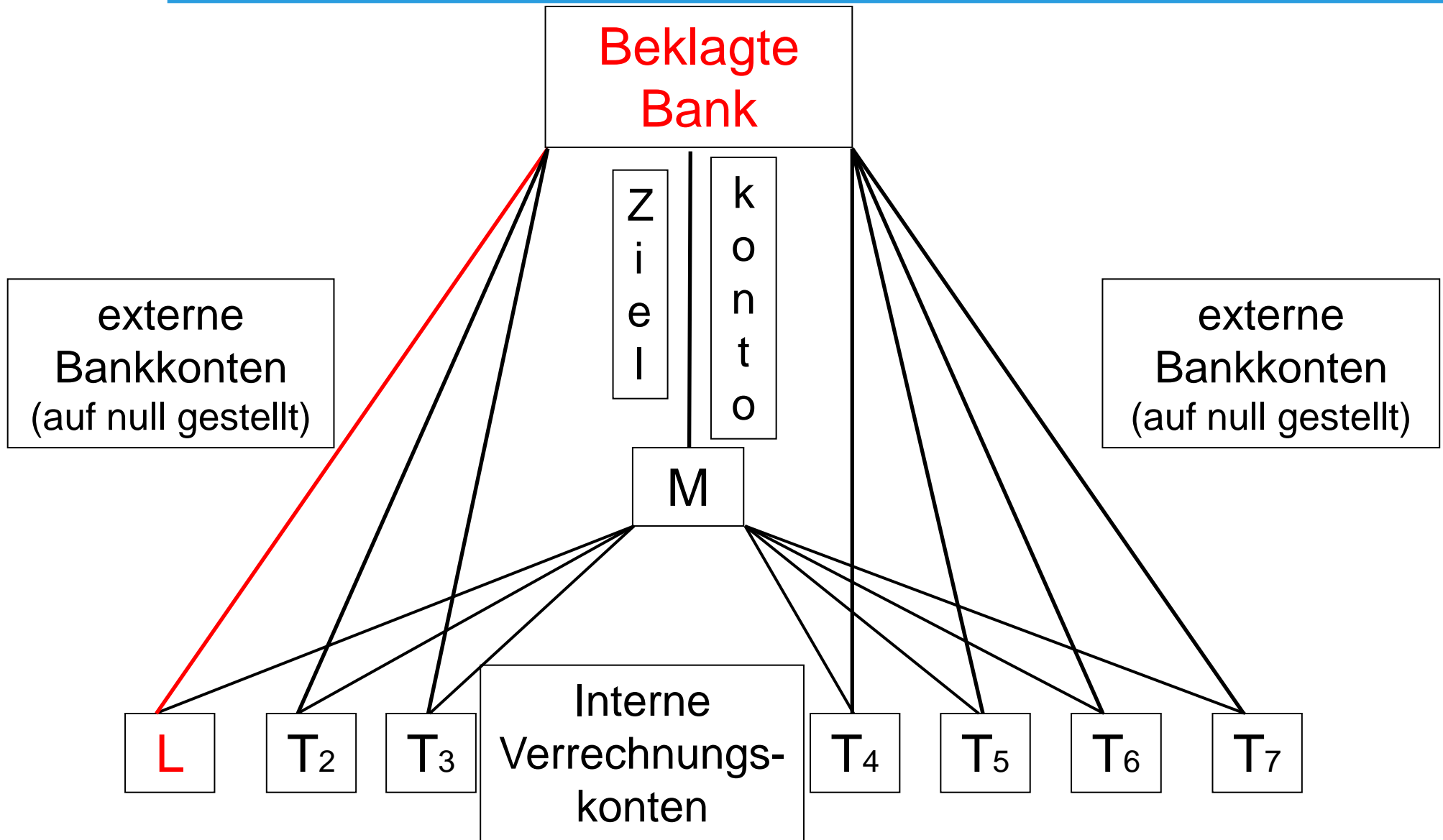
- **Typischerweise** erfolgt die Zahlung vom **Konto des Schuldners T1**, das erst am Abend vom Zielkonto ausgeglichen wird.
- Nur in atypischer Konstellation (Krise) mag Zahlung vom Zielkonto durch AG erfolgen.

2. Anfechtbarkeit gegenüber der Bank

Sachverhalt BGH ZIP 2013, 1826:

- L-GmbH gehörte zum M-Konzern
- Für Zahlungsverkehr des Konzerns war ein Cash-Pool bei der (nunmehr beklagten) Bank eingerichtet:
 - Es gab ein Zentralkonto der M.
 - Konto der L-GmbH wurde täglich auf Null gestellt.
- Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der L-GmbH macht Insolvenzverwalter gegen die Bank Ansprüche aus Insolvenzanfechtung geltend.

Cash-Pooling - Skizze

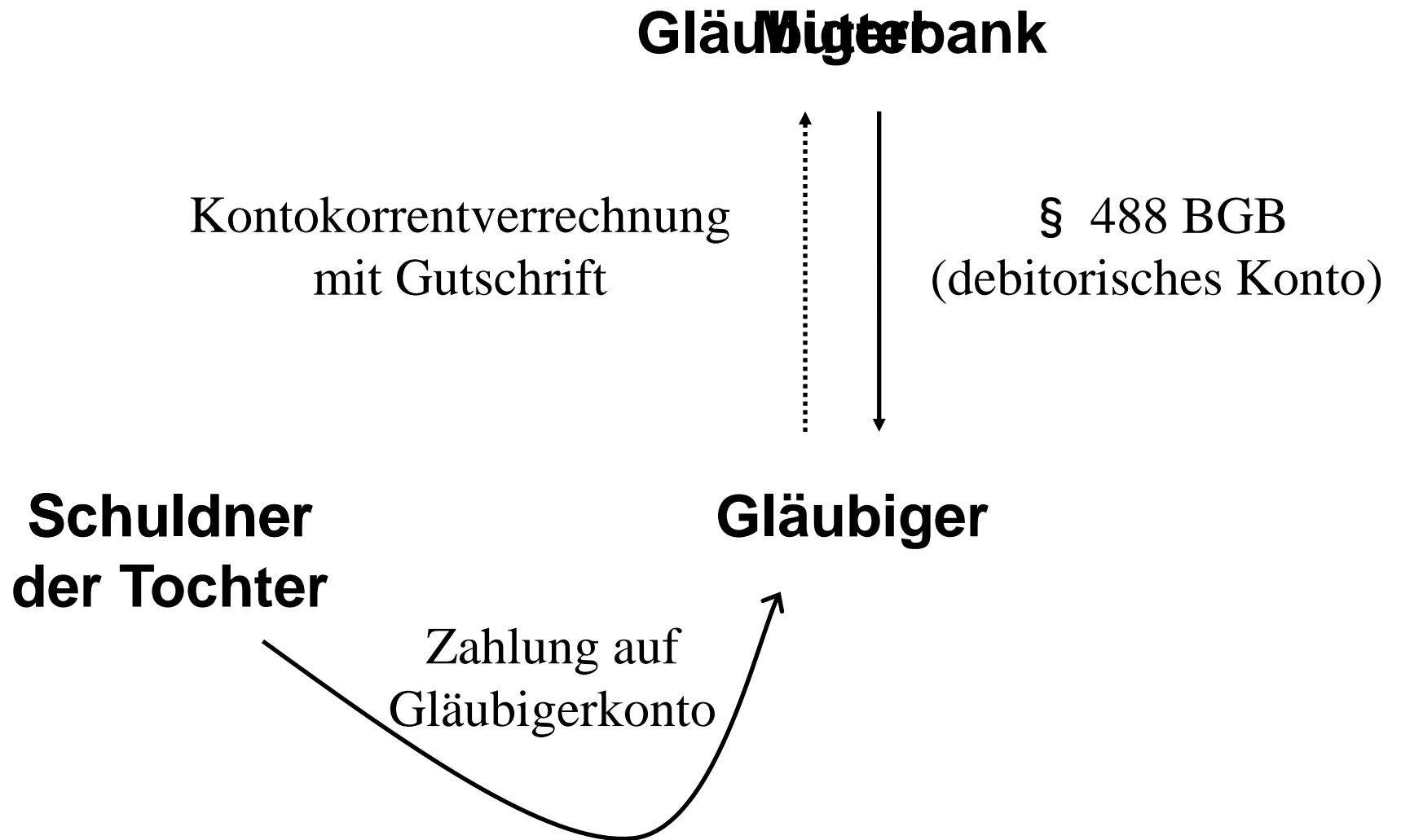


- Bewegungen auf Konto der L-GmbH
 - Abbuchung des Guthabens vom Konto zugunsten Zielkonto
 - [19] Keine Deckungsanfechtung mangels Gläubigerstellung der Bank
 - Anfechtung nur nach Grundsätzen über Anfechtung gegenüber Leistungsmittlern nach § 133 Abs. 1 InsO (BGH ZIP 2013, 371)
 - Ausgleich eines Debets auf Konto mit Mitteln des Zielkontos
[20] Deckungsanfechtung scheitert an § 142 InsO: binnen eines Tages (!)
- Bewegungen auf Zielkonto
[27 ff.] Diese Kontobewegungen betreffen nicht das Vermögen der L-GmbH, folglich keine Gläubigerbenachteiligung

III. Konzerninterne Haftungsansprüche

1. Gesellschafterdarlehen auf Verrechnungskonto
 - Nachrang, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO
 - Insolvenzanfechtung der Deckung nach § 135 Abs. 1 InsO
2. Aussaugen einer liquiden Tochter (Kapitalerhaltung)
 - Haftung der Mutter nach §§ 30 f., 55 GmbHG
 - Haftung des Geschäftsführers der Tochter nach § 43 Abs. 3 GmbHG
 - Haftung aller als Täter (Mutter) und Gehilfe (Geschäftsführer der Tochter sowie Geschäftsleiter der Mutter aus Existenzvernichtung)
 - [AG als Tochter: §§ 57, 311, 317 AktG]
3. Formale Anforderungen der Kapitalaufbringung

1. Anfechtung nach § 135 Abs. 1 InsO



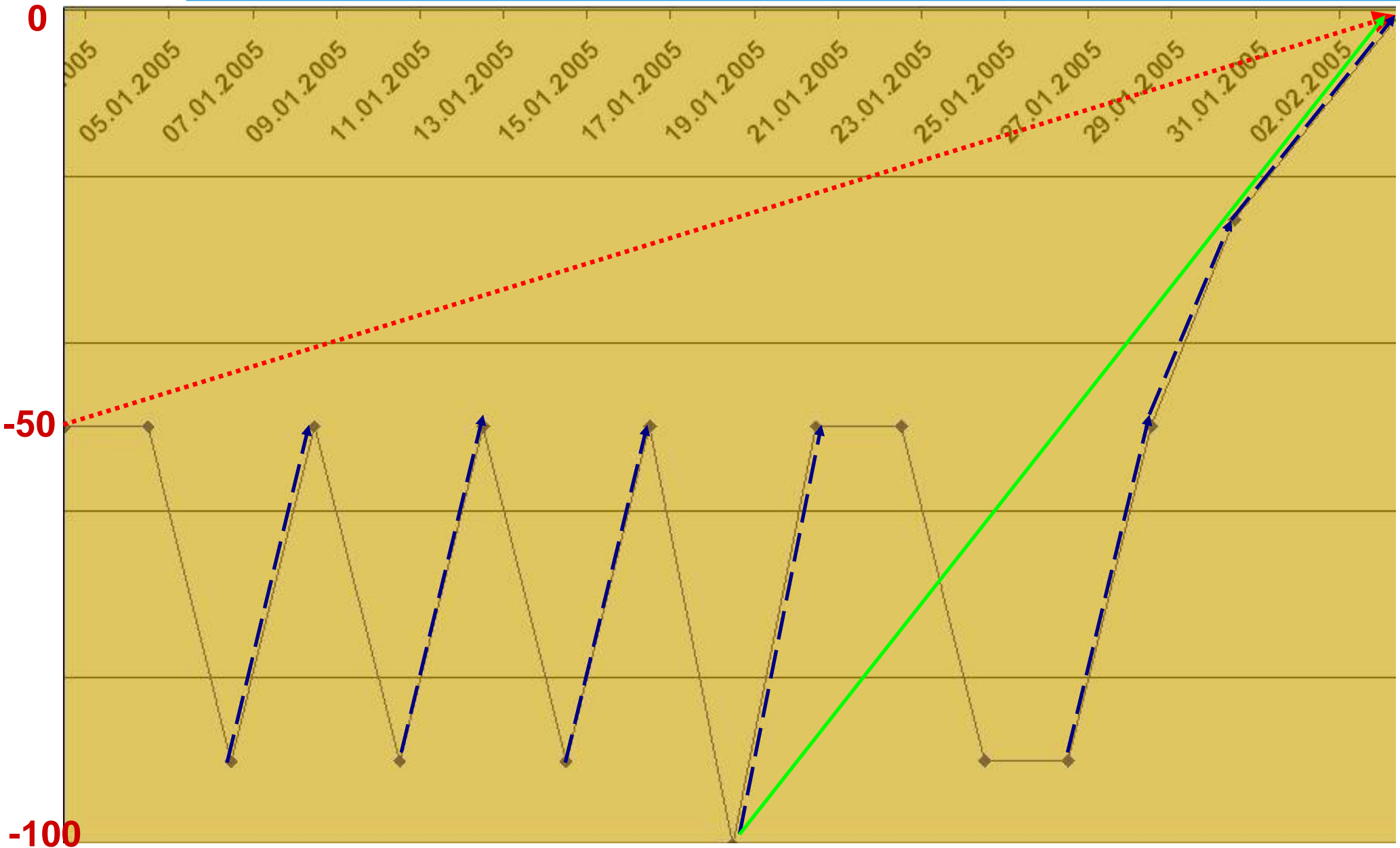
Mutter übernimmt mit Zentralkonto Gläubigerbankfunktion

Beispiel (Fortsetzung)

- Die Anteile an einer Tochter werden in Einzelfällen an konzernfremde Dritte veräußert.
- In diesem Fall wird das Cash-Pooling zwischen der AG und der Tochter vor „Change of Control“ beendet und der auf einem internen Verrechnungskonto bestehende - je nach Fall - positive oder negative Schlusssaldo durch Zahlung der AG an die Tochter oder umgekehrt über ein externes Bankkonto ausgeglichen.
- Sollte nach der Veräußerung der Anteile an einer Konzerngesellschaft das Insolvenzverfahren über das Vermögen der ehemaligen Konzerngesellschaft eröffnet werden, stellen sich die Fragen, ob der Insolvenzverwalter Tochter
 - die einzelnen Buchungen auf dem Verrechnungskonto und/oder
 - den Ausgleich des Schlusssaldos anfechten kann.

- Umfang der Anfechtung
 - Jede Rückführung
 - Jede Rückführung, maximal Kreditlinie
 - Rückführung gegenüber maximalem Soll
 - Rückführung gegenüber dem Durchschnittssoll im Anfechtungszeitraum
 - Rückführung im Anfechtungszeitraum, dh Soll zu Beginn des Anfechtungszeitraums
- Dauer des Anfechtungszeitraums
 - Befriedigung (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO): ein Jahr
 - Sicherung (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO): zehn Jahre

Zum Umfang



- Insolvenzschuldnerin ist eine GmbH, die zur Beschäftigungsförderung innerhalb des Stadtgebiets und seiner Umgebung tätig war.
- Alleingesellschafterin der Schuldnerin war seit 1994 die Stadt.
- Auf Antrag der Schuldnerin, vom 28. Dezember 2009 eröffnete das Amtsgericht am 1. März 2010 das Insolvenzverfahren.
- Der Insolvenzverwalter fordert als Kläger von der beklagten Stadt folgende Tilgungsbeträge aus zwölf Darlehen aus dem letzten Jahr vor Eingang des Insolvenzantrags im Gesamtbetrag von 267.000 € nebst Zinsen.

Überblick: Darlehen und Tilgungen

Betrag	Auszahlung	Rückzahlung
17.000 €	10. Dezember 2008	11. Februar 2009
25.000 €	19. Dezember 2008	6. Januar 2009
16.500 €	25. Februar 2009	6. März 2009
15.200 €	26. März 2009	6. April 2009
12.400 €	28. April 2009	15. Mai 2009
20.700 €	27. Mai 2009	5. Juni 2009
20.000 €	24. Juni 2009	8. Juli 2009
30.200 €	27. Juli 2009	6. August 2009
30.000 €	26. August 2009	7. September 2009
25.000 €	24. September 2009	6. Oktober 2009
25.000 €	27. Oktober 2009	3. November 2009
30.000 €	25. November 2009	3. Dezember 2009

Leitsatz 1 BGH ZIP 2013, 734

Gewährt ein Gesellschafter seiner Gesellschaft fortlaufend zur Vorfinanzierung der von ihr abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge Kredite, die in der Art eines Kontokorrentkredits jeweils vor Erhalt des Nachfolgedarlehens mit Hilfe öffentlicher Beihilfen abgelöst werden, ist die Anfechtung wie bei einem Kontokorrentkredit auf die Verringerung des Schuldsaldos im Anfechtungszeitraum beschränkt.

Anspruch aus § § 143 I, 135 I Nr. 2, 129 I?

- Rückführungen vor Verfahrenseröffnung, § 129
- **Gläubigerbenachteiligung, § 129**
 - [16] **höchster Sollstand statt Gesamtilgungsbetrag**
- Gesellschafterstellung (§ § 39, 135)
- Gewährung eines Darlehens, § 135
 - [26] Eigenkapitalersatz (BGH: **Durchschnittssoll**) irrelevant
- Tilgung des Rückgewähranspruchs, § 135
- **Kein** Ausschluss durch **Bargeschäft**, § 142
 - [27] „keine ausgleichende Leistung der Beklagten“

BGH: Anspruch auf 42.000 € („höchster Sollstand“)

Begriff „eingräumten Kreditobergrenze“

BGH v. 7.3.2013 - IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734 Rn. 16

(= BGH v. 16.1.2014 - IX ZR 116/13, ZIP 2014, 785 Rn. 2 [dort ohne letzten Satz]:

In einem echten Kontokorrent mit vereinbarter Kreditobergrenze scheidet eine Gläubigerbenachteiligung durch einzelne Kreditrückführungen aus, weil ohne sie die Kreditmittel, die der Schuldner danach tatsächlich noch erhalten hat, ihm nicht mehr zugeflossen wären. Nach der Kreditabrede stehen dort die Leistungen des Schuldners an den Gläubiger in einem unmittelbaren rechtlichen Zusammenhang mit der dem Schuldner eingeräumten Möglichkeit, einen neuen Kredit zu ziehen. Anfechtbar sind solche Kreditrückführungen daher nicht in ihrer Summe, sondern nur bis zur eingeräumten Kreditobergrenze (MünchKomm-InsO/Kirchhof, 2. Aufl., § 129 Rn. 174a). **Mehr als die ausgeschöpften Mittel der Kreditlinie war im Schuldnervermögen nie vorhanden und für die Gläubigerbefriedigung einsetzbar.**

Voraussetzungen der Anrechnung: enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang

- BGH v. 7.3.2013 - IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734 Rn. 17 ff.: Vergleichbarkeit mit Kontokorrent angesichts gleich bleibenden Bedingungen, ihre kurze Dauer, den mit ihrer Ausreichung **verfolgten Zweck** und das zwischen den Vertragspartnern bestehende Gesellschaftsverhältnis
- BGH v. 16.1.2014 - IX ZR 116/13, ZIP 2014, 785 Rn. 6: Hier besteht zwischen den Kreditverhältnissen kein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang. Beide Darlehen waren auf den **allgemeinen Liquiditätsbedarf** der Schuldnerin bezogen. Die zweite Kreditgewährung erfolgte mehr als zwei Monate nach der Rückzahlung.

Besicherung des Gesellschafters für Gesellschafterdarlehen

- BGH v. 18.7.2013 - IX ZR 219/11, BGHZ 198, 64 = ZIP 2013, 1579 Rn. 19: Der bereits in der beschränkten Haftung auf das Gesellschaftsvermögen liegende Risikoanreiz des Gesellschafters wird zusätzlich erhöht, wenn er daraus dank einer Sicherung im Verhältnis zu den sonstigen Gläubigern auch noch vorrangig befriedigt wird. Ein gesicherter Gesellschafter, der anders als im Falle der Gabe ungesicherter Darlehensmittel nicht um die Erfüllung seines Rückzahlungsanspruchs fürchten muss, wird in Wahrnehmung der Geschäftsführung zur Eingehung unangemessener, wenn nicht gar unverantwortlicher, allein die ungesicherten Gläubiger treffender geschäftlicher Wagnisse neigen (vgl. Engert, ZGR 2004, 813, 831; Cahn, AG 2005, 217, 225). Die Gewährung von Gesellschafterdarlehen, die durch das Gesellschaftsvermögen gesichert werden, ist darum mit einer ordnungsgemäßen Unternehmensfinanzierung nicht vereinbar (Engert, aaO).
- Dieser Ausgangspunkt wird in der Literatur bestritten.

BGH v. 18.7.2013 - IX ZR 219/11:

Wird eine für ein Gesellschafterdarlehen anfechtbar bestellte Sicherung verwertet, greift die Anfechtung mangels einer Sperrwirkung des Befriedigungstatbestandes auch dann durch, wenn die Verwertung länger als ein Jahr vor der Antragstellung erfolgte.

[Problem: Durch Kontokorrentbindung „gesicherte“ Cash Pool-Verrechnung]

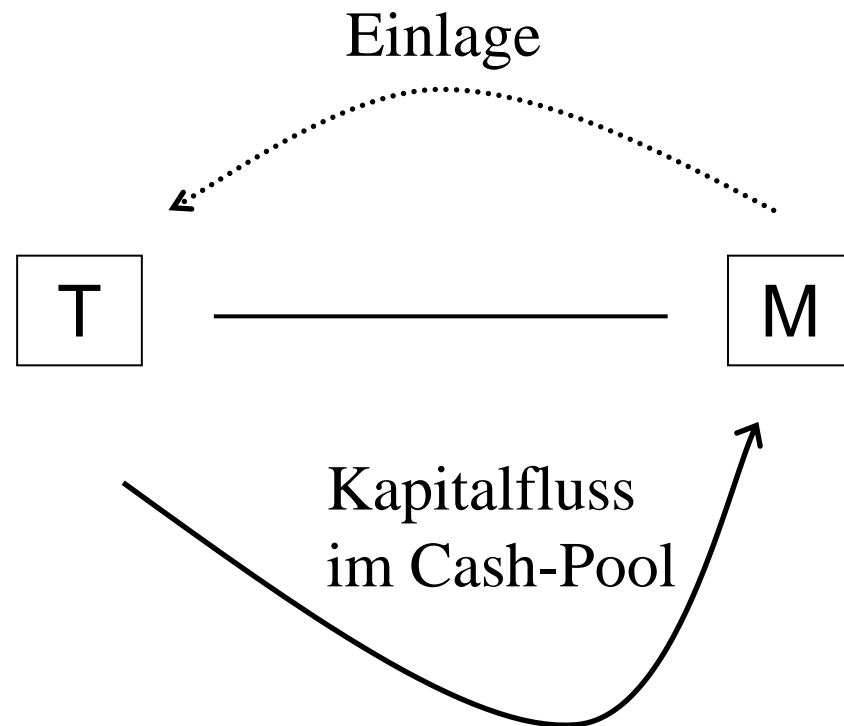
Sind zehn Jahre des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO einschlägig?

- Dafür spricht, dass Verrechnung Realisierung der Sicherheit aufgrund Kontokorrentbindung ist, vgl. BGHZ 198, 64 = ZIP 2013, 1579: Wird eine für ein Gesellschafterdarlehen anfechtbar bestellte Sicherung verwertet, greift die Anfechtung mangels einer Sperrwirkung des Befriedigungstatbestandes auch dann durch, wenn die Verwertung länger als ein Jahr vor der Antragstellung erfolgte.
- Dagegen spricht, dass/wenn Mutter den Gläubigern der Tochter durch Kontokorrentbindung keine Haftungsmasse entzieht, weil der Tochter (pfändbarer) Anspruch darauf zusteht, notwendige Liquidität zur Verfügung zu stellen.

2. „Aussaugen“ einer liquiden Tochter

- Haftung der Mutter nach § § 30 f., 55 GmbHG
- Haftung des Geschäftsführers der Tochter nach § 43 Abs. 3 GmbHG
- Haftung aller als Täter (Mutter) und Gehilfe (Geschäftsführer der Tochter sowie Geschäftsleiter der Mutter aus Existenzvernichtung)
- [AG als Tochter: § § 57, 311, 317 AktG]

Geber-Tochter: Skizze



Eine („liquide“) Geber-Tochter gewährt im Rahmen des Cash Pools der Mutter Darlehen („upstream loans“), die eine „Rückgewähr der Einlage“ darstellen können.

- Greift § 30 GmbH bei die Kapitalstammziffer berührenden Darlehen an Gesellschafter (insbesondere im Rahmen eines Cash Pools), auch wenn ein vollwertiger Rückzahlungsanspruch besteht?
- Folgen wären:
 - Auszahlungsverbot für Geschäftsführer (§ 30 GmbHG).
 - Im Falle der Auszahlung hafteten
 - Begünstigter Gesellschafter (§ 31 Abs. 1 GmbHG),
 - Mitgesellschafter (§ 31 Abs. 3 GmbHG),
 - Geschäftsführer (§ 43 Abs. 3 GmbHG).

Kreditgewährungen an Gesellschafter, die nicht aus Rücklagen oder Gewinnvorträgen, sondern zu Lasten des gebundenen Vermögens der GmbH erfolgen, sind **auch dann grundsätzlich als verbotene Auszahlung von Gesellschaftsvermögen zu bewerten, wenn der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter im Einzelfall vollwertig sein sollte.**

(sog. November-Entscheidung)

Die Gewährung eines unbesicherten, kurzfristig rückforderbaren "upstream-Darlehens" durch eine abhängige Aktiengesellschaft an ihre Mehrheitsaktionärin ist kein per se nachteiliges Rechtsgeschäft i. S. von § 311 AktG, **wenn die Rückzahlungsforderung im Zeitpunkt der Darlehensausreichung vollwertig ist.** Unter dieser Voraussetzung liegt auch **kein Verstoß gegen § 57 AktG** vor, wie dessen Abs. 1 Satz 3 in der Fassung vom 23. Oktober 2008 klarstellt. An der gegenteiligen Auffassung im Senatsurteil vom 24. November 2003 (BGH, 24. November 2003, II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 zu § 30 GmbHG) wird **auch für Altfälle nicht festgehalten.**

- Cash Pool ist nach § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG (§ 57 Abs. 1 S. 3 AktG) erlaubt, solange die Rückzahlungsforderung im Zeitpunkt der Darlehensausreichung vollwertig ist (bilanzielle Betrachtungsweise), ohne dass es ankommt auf
 - Sicherheiten oder
 - Verzinsung.
- Erforderlich sind
 - Vollwertigkeit festzustellen (Einschätzungsrisiko)
 - Dauernde Kontrolle

Existenzvernichtung

- BGH, Urt. v. 16.7.2007 – II ZR 3/04 (Trihotel), BGHZ 173, 246 = ZIP 2007, 1552: Schadensersatzansprüche aus Existenzvernichtungshaftung gemäß § 826 BGB sind gegenüber Erstattungsansprüchen aus §§ 31, 30 GmbHG nicht subsidiär; vielmehr besteht zwischen ihnen - soweit sie sich überschneiden - Anspruchsgrundlagenkonkurrenz.
- BGH v. 17.9.2001 – II ZR 178/99 (Bremer Vulkan), BGHZ 149, 10, 19 f. = ZIP 2001, 1874: Veranlasst der Alleingesellschafter die von ihm abhängige GmbH, ihre liquiden Mittel in einen von ihm beherrschten konzernierten Liquiditätsverbund einzubringen, trifft ihn die Pflicht, bei Dispositionen über ihr Vermögen auf ihr Eigeninteresse an der Aufrechterhaltung ihrer Fähigkeit, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen, angemessene Rücksicht zu nehmen und ihre Existenz nicht zu gefährden.

3. Kapitalaufbringung

- Anwendungsbereich
 - Gründung
 - Kapitalerhöhung (!)
- Frage: Wird Einlageforderung getilgt, obwohl Geldmittel über den Cash Pool sofort wieder zurück fließen?
- Unterscheidung:
 - Tochter ist „Nehmer“ („downstream loans“): Mittels Einlage wird Darlehen (teilweise) getilgt, folglich **verdeckte Sacheinlage**, da „verdeckt“ Darlehensforderung eingebracht wird.
 - Tochter ist „Geber“ („upstream loans“): Mittels Einlage wird Darlehen für Tochter vergrößert, folglich **Hin- und Herzahlen**.

- 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.
- Liegt nur **teilweise** eine verdeckte Sacheinlage vor, weil die Einlagezahlung den negativen Saldo zulasten der Gesellschaft im Zentralkonto übersteigt, ist der Vorgang **teilweise** als **verdeckte Sacheinlage**, **teilweise** als **Hin- und Herzahlen** zu beurteilen. Da die Einlagezahlung aufgeteilt werden kann, ist nicht in Höhe der gesamten Zahlung von einer verdeckten Sacheinlage auszugehen.

- a) Anforderungen der verdeckten Sacheinlage
(Anrechnungslösung des § 19 Abs. 4 GmbHG schützt nur Mutter, nicht Geschäftsführer der Tochter)
- b) Anforderungen an Hin und Herzahlen, insbesondere Anmeldung nach § 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG als Wirksamkeitsvoraussetzung für Anrechnung.
- c) „Totschläger“: Soll Einlage entsprechend § 7 Abs. 2 GmbHG teilweise erst später erbracht werden, ist vorab nicht ersichtlich, ob verdeckte Sacheinlage oder Hin- und Herzahlen.
- d) Empfehlung: Separierung!

a) Probleme der verdeckten Sacheinlage

- Befreiung des Inferenten von der Einlageschuld?
(Anrechnungslösung des § 19 Abs. 4 GmbHG)
- Pflichtverletzung des Geschäftsführer bei der
Anmeldung nach § 8 Abs. 2 GmbHG („freie
Verfügung“)
 - Zivilrechtliche Haftung (§ 9a GmbHG)
 - Strafbarkeit (§ 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG)
 - „Berufsverbot“ (§ 6 Abs. 2 Nr. 3 lit. c GmbHG)

- Keine Erfüllungswirkung der Barzahlung, Satz 1
- Wirksamkeit der Ausführungsrechtsgeschäfte, Satz 2
- Anrechnung des Wertes auf fortbestehende Bareinlagepflicht, Sätze 3 - 5:
War der - verdeckt eingelegte - Darlehensanspruch M gegen T werthaltig?

Eine verdeckte Sacheinlage befreit nach § 19 Abs. 4 GmbHG n.F. den Gesellschafter nicht von seiner Einlageverpflichtung, führt aber - bezogen auf den Zeitpunkt der Anmeldung bzw. der Leistung - zur Anrechnung des Wertes der Vermögensgegenstände, die der Gesellschafter aufgrund der nunmehr als schuldrechtlich und dinglich wirksam angesehenen Verträge über die verbotene Sacheinlage tatsächlich erbracht hat.

- „Anrechnungslösung“ des § 19 Abs. 4 GmbHG
 - schützt zwar Inferenten,
 - aber nicht den Geschäftsführer
- Ausweg Sacheinlage stößt auf tatsächliche Probleme

b) Einlageschuld bei Hin- und Herzahlen

Unterscheide:

- Tilgung durch „Einlageleistung“
(§ 19 Abs. 5 GmbHG)
- Tilgung durch spätere Verrechnungen im Cash Pool =
„Darlehenstilgung“
(Fortgeltung der Grundsätze nach altem Recht)

Befreiung von der Einlagepflicht nach § 19 Abs. 5 GmbHG:

- Tatbestand des Hin- und Herzahlens,
- Leistung der Bareinlage,
- Vorherige Absprache über „Hin- und Her“ (dass Inferent Einlage zurückerhält, ohne einlagefähigen Gegenstand zu erbringen),
- Vollwertigkeit und jederzeitige Fälligkeit des Anspruchs der AG gegen Inferenten auf „Rückgewähr der Bareinlageleistung“,
- Offenlegung der Absprache bei Registergericht nach Satz 2 (BGH ZIP 2009, 1561 „Cash-Pool II“, str.).

Bedeutung der Publizität (Satz 2)

- BGH ZIP 2009, 713 „Qivive“, Rn. 16:
Insgesamt handelt es sich sonach bei dem Hin- und Herzahlen [...] um Fälle einer verdeckten Finanzierung der Einlagemittel durch die Gesellschaft, deren **Offenlegung nunmehr § 19 Abs. 5 Satz 2 n.F. GmbHG ausdrücklich und als Voraussetzung für die Erfüllung der Einlageschuld verlangt.**
- BGH ZIP 2009, 1561 „Cash-Pool II“, Rz. 25:
Wie der Senat bereits entschieden hat ("Qivive"), **ist die Offenlegung** der verdeckten Finanzierung der Einlagemittel durch die Gesellschaft (§ 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG n.F.) **eine Voraussetzung für die Erfüllung der Einlageschuld.**

Das soll auch für Altfälle gelten!!!

1. Im Fall der Rückzahlung der Einlage gegen Rückgewähranspruch gemäß § 19 Abs. 5 GmbHG kann das Registergericht regelmäßig Nachweise für die Angaben zu Liquidität und Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs verlangen.
2. Als Bonitätsnachweis kommt die positive Bewertung des Rückgewährschuldners durch eine anerkannte Ratingagentur in Betracht.

Fortgeltung der Tilgungsgrundsätze nach altem Recht

- Idee:

Wird die Einlageleistung getilgt, wenn später die Inferenten durch Liquiditätsgewährung an die Tochter ihre Verbindlichkeiten gegenüber der Tochter auf dem Verrechnungskonto zurückführt?

- BGH:

- Zwar grundsätzlich möglich, wenn einzelne Leistungen der Zahlung auf Einlageschuld eindeutig zugeordnet werden können,
- diese Voraussetzung **verneint** aber BGH beim Cash Pool

1. Beim Hin- und Herzahlen eines Bareinlagebetrages leistet der Inferent unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung nichts. Das gilt auch, wenn die "Herzahlung" als "Darlehen" bezeichnet wird; eine entsprechende "Darlehensabrede" ist unwirksam.
2. Mit der Zahlung auf die vermeintliche "Darlehensschuld" erfüllt der Inferent die offene Einlageschuld.

Rz. 22: Auch beim bloßen Hin- und Herzahlen wird die fortbestehende Einlageschuld nicht durch spätere Leistungen über den Cash-Pool an Gläubiger der Gesellschaft getilgt. Zwar kann in den Fällen, in denen mit dem "her" gezahlten Geld eine Darlehensschuld des Inferenten gegen die Gesellschaft begründet wurde, in der späteren Rückzahlung des "Darlehens" eine Tilgung der Einlageschuld liegen (vgl. BGHZ 165, 113, 117). Einer solchen erneuten Leistung der Bareinlage zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen Zahlungen des Cash-Pool-Managers an Gläubiger für Rechnung der Gesellschaft aber nicht gleich. **Im Rahmen des Zero-Balancing lassen sich die einzelnen Leistungen nicht wie im Falle der vermeintlichen Darlehensrückzahlung zweifelsfrei der noch offenen Einlage zuordnen** (vgl. BGHZ 166, 8 Tz. 25 "Cash-Pool I").

Fazit zum Hin- und Herzahlen

- Rückzahlung der Einlage gegen Rückgewähranspruch ist bei Eintragung der Kapitalmaßnahme anzuzeigen,
- Nach h. M. bedarf es des Nachweises zu Liquidität und Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs
 - „Darlehensvertrag“
 - Bonitätsnachweis

c) „Totschläger“

- § 7 Abs. 2 Satz 1 GmbHG: Die Anmeldung darf erst erfolgen, wenn auf jeden Geschäftsanteil, soweit nicht Sacheinlagen vereinbart sind, ein Viertel des Nennbetrags eingezahlt ist.
- Will der Inferent von der Möglichkeit des § 7 Abs. 2 GmbHG Gebrauch machen, einen Teil der Einlage später zu erbringen, weiß er nicht, ob er dann
 - eine Sacheinlage erbringt oder
 - ein Hin- und Herzahlen gegeben ist.

d) Alternative Gestaltung: Separierung

- Gestaltungstipp: Separierung der Einlage
 - Zahlung der Einlage auf ein separates Konto der Tochter
 - Verwendung dieser Mittel
 - Keine, auch nicht spätere (!) Umbuchung auf das „Cash Pool-Konto“, BGHZ 166, 8 = ZIP 2006, 665 – Cash Pool
 - Sondern Verwendung der Mittel zur Tilgung sonstiger Schulden
- Rechtliche Bewertung:
 - Keine höchstrichterlichen Entscheidungen
 - Zwar wegen „Entlastung“ des Cash Pools „mittelbarer Fluss“ an Mutter, aber wohl zulässig (hM: ja)
 - Strohn DB 2014, 1535, 1538: Nein wg. Umgehung, besser: Investition über Drittkonto, sonst Target Balancing.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Florian Jacoby

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Zivilverfahrens-, Insolvenz- und
Gesellschaftsrecht,

Universität Bielefeld
Universitätsstr. 25 33615 Bielefeld

florian.jacoby@uni-bielefeld.de
www.jura.uni-bielefeld.de/jacoby/
