

Dr. Hans-Jörg Ziegenhain, LL.M. (Michigan)  
Hengeler Mueller  
[www.hengeler.com](http://www.hengeler.com)

Dr. Matthias Bruse, LL.M. (Miami)  
P+P Pöllath+Partners  
[www.pplaw.com](http://www.pplaw.com)



# FINANZIERUNGSPRAXIS IM UMBRUCH

26. NOVEMBER 2008

## Überblick

- I. Einführung
- II. Deregulierung des Rechts der Gesellschafterdarlehen
- III. Neuregelung des Rechts der Nutzungsüberlassung
- IV. Zeitlicher Anwendungsbereich
- V. Neuregelungen zur Kapitalerhaltung, §§ 30 GmbHG, 57 AktG
- VI. Ausnahme: Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag
- VII. Ausnahme: Vollwertiger Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch, insbesondere Upstream-Darlehen, Cash Pool
- VIII. Konsequenzen für Upstream-Sicherheiten
- IX. Sonderfall: Besicherung in Buy Out-Struktur?
- X. Ausnahme: Rückgewähr von Aktionärs-/Gesellschafterdarlehen
- XI. Strukturbeispiel

# I. Einführung

## Einführung

- Aus Sicht der betroffenen Gesellschaft gibt es
  - Aufsteigende Darlehen (*up-stream loans*) oder
  - Absteigende Darlehen (*down-stream loans*)
- Die Gewährung von aufsteigenden Darlehen ist am Verbot der Eigenkapitalrückgewähr zu prüfen und wurde in der jüngsten Vergangenheit seit der sog. November-Rechtsprechung des BGH (BGH II ZR 171/01 vom 24.11.2003) besonders unter dem Gesichtspunkt Aufgabe der bilanziellen Betrachtungsweise problematisiert
- Die Rückzahlung absteigender Darlehen in Form von Gesellschafterdarlehen oder die Vergütung von vergleichbaren Gesellschafterhilfen war bisher anhand der Regeln zum Eigenkapitalersatzrecht zu prüfen

## Einführung

- Nimmt eine Tochtergesellschaft (neben anderen Schwestergesellschaften) an einer Cash-Pool-Vereinbarung mit der Muttergesellschaft teil, so stellt sich sowohl die Frage der Zulässigkeit der Gewährung von *up-stream loans* als auch der Rückgewährung von *down-stream loans*
- Mit der Einführung des MoMiG möchte der Gesetzgeber ausdrücklich den Gesellschaften erleichtern
  - „mit ihren Gesellschaftern – vor allem auch im Konzern – alltägliche und wirtschaftlich sinnvolle Leistungsbeziehungen zu unterhalten und abzuwickeln“ (Begr. RegE-MoMiG, BT-Dr. 16/6140 S. 41)
- Der Gesetzgeber wollte damit ausdrücklich größere Rechtssicherheit für die wirtschaftlich äußerst wichtigen Cash-Pool-Vereinbarungen schaffen

## II. Deregulierung des Rechts der Gesellschafterdarlehen

## II. Deregulierung des Rechts der Gesellschafterdarlehen

### 1. Alte Rechtslage

- Allgemeines
  - Das Kapitalersatzrecht war ursprünglich reines Richterrecht
  - §§ 32a, 32b GmbHG a.F. (sog. Novellenregeln) sollte 1980 abschließende gesetzliche Grundlage schaffen
  - Aber seit BGHZ 90, 370 galten die Rechtssprechungsregeln neben den Novellenregeln fort (st. Rspr.)
  - "verwirrende Doppelspurigkeit" (Begr. RegE-MoMiG, BT-Dr. 16/6140 S. 26) des Rechts der Gesellschafterdarlehen: Novellen- und Rechtssprechungsregeln

## II. Deregulierung des Rechts der Gesellschafterdarlehen

- Gesetzliche Regelungen der §§ 32a, 32b GmbHG a. F., §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 InsO a.F., § 6 AnfG a.F. (Novellenregeln)
  - Tatbestand: Darlehensgewährung durch Gesellschafter oder "Stehenlassen" eines Darlehens in der Krise
  - Krise liegt vor
    - bei Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft
    - wenn der zur Fortführung der Gesellschaft notwendige Kapitalbedarf nicht durch einen Kredit zu marktüblichen Bedingungen gedeckt werden kann
  - Erweiterungen: Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen (§§ 32a Abs. 2, 32b GmbHG a.F.) sowie Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen (§ 32a Abs. 3 GmbHG a.F.)

## II. Deregulierung des Rechts der Gesellschafterdarlehen

- Einschränkungen: Kleinbeteiligungsprivileg (§ 32a Abs. 3 S. 2 GmbH a.F.), Sanierungsprivileg (§ 32a Abs. 3 S. 3 GmbHG a.F.)
- Rechtsfolgen:
  - Nachrang in der Insolvenz nach § 32a Abs. 1 GmbHG a.F.; Anfechtbarkeit / Erstattung von Rückzahlungen innerhalb eines Jahres vor Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach §135 Nr. 2 InsO a.F., § 32b GmbHG a.F.
  - Kurze Anfechtungsfrist nach § 6 AnfG a.F. (Befriedigung ein Jahr vor Anfechtung)
  - Erfasst Darlehen in vollem Umfang

## II. Deregulierung des Rechts der Gesellschafterdarlehen

- Rechtsprechungsgrundsätze
  - Praktisch gleicher Tatbestand (aber Unterbilanz anstatt Krise), einschließlich Beschränkungen (Kleinbeteiligungs- und Sanierungsprivileg)
  - Sofern und soweit das Eigenkapital der Gesellschaft die Stammkapitalziffer nicht deckt, ist die Rückgewährung von Gesellschafterdarlehen unzulässig
    - Abweichende Rechtsfolgen
    - Verbot der Rückzahlung nach § 30 Abs. 1 GmbHG a.F.
    - Beschränkt auf kapitalersetzenden Teil des Darlehens
    - 10-jährige Verjährung nach § 31 Abs. 5 GmbHG

## II. Deregulierung des Rechts der Gesellschafterdarlehen

- Solidarhaftung der Mitgesellschafter nach § 31 Abs. 3 GmbHG analog (5-jährige Verjährung nach § 31 Abs. 5 GmbHG)
- Ersatzpflicht der Geschäftsführer nach § 43 Abs. 3 GmbHG
- Vertragskonzern

Die Grundsätze über kapitalersetzende Darlehen finden – jedenfalls im GmbH-Vertragskonzern – Anwendung neben § 302 AktG (BGHZ 168, 285, 288 ff.)

## II. Deregulierung des Rechts der Gesellschafterdarlehen

### 2. Veränderungen durch das MoMiG

- Die bisherigen Novellenregeln werden durch Streichung der §§ 32a, 32b GmbHG a.F. rechtsformübergreifend in die InsO verlagert
- Durch die Einführung von § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG werden die bisherigen Rechtsprechungsregeln abgeschafft
- Nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO stellen "Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen" nachrangige Insolvenzforderungen nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO dar

## II. Deregulierung des Rechts der Gesellschafterdarlehen

- Nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist eine Rechtshandlung, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder einer gleichgestellten Forderung (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) Befriedigung gewährt hat, anfechtbar, wenn die Handlung im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag oder nach diesem Antrag stattgefunden hat
- Außerhalb eines Insolvenzverfahrens beträgt die Anfechtungsfrist 1 Jahr vor (i) Erlangung des vollstreckbaren Titels (nicht mehr wie früher vor Geltendmachung der Anfechtung) oder (ii) Antragstellung bei Ablehnung der Verfahrenseröffnung mangels Masse nach § 26 InsO ( § 6 Abs.1 AnfG)

## II. Deregulierung des Rechts der Gesellschafterdarlehen

- Kein Verbot der Rückzahlung aus § 30 Abs. 1 GmbHG; Geschäftsführer kann Rückzahlung nicht verweigern, es sei denn, Rückzahlung würde zur erkennbaren Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen (§ 64 S. 3 GmbHG)
- Im Übrigen wurden Novellenregelungen weitgehend übernommen, z. B.:
  - Erweiterungen des Tatbestands:
    - Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen (früher §§ 32 a Abs. 2, 32 b GmbHG a.F., nun §§ 44 a, 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO, § 6 a AnfG), wobei durch § 6 a AnfG eine bisherige Regelungslücke geschlossen wird

## II. Deregulierung des Rechts der Gesellschafterdarlehen

- Gleichstellung von Rechtshandlungen, die einen Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen (früher § 32 a Abs. 3 GmbHG a.F., nun § 39 Abs. 1 Nr. 5 2. HS InsO)
- Einschränkungen des Tatbestands:
  - Sanierungsprivileg (früher § 32 a Abs. 3 S. 3 GmbHG a.F., nun § 39 Abs. 4 S. 2 InsO), wobei anstelle der Krise der Zeitraum zwischen "drohender Zahlungsunfähigkeit" und "nachhaltiger Sanierung" tritt
  - Kleinbeteiligungsprivileg (früher § 32 a Abs. 3 S. 2 GmbHG a.F., nun § 39 Abs. 5 InsO)
  - Von Geltung der neuen, rein insolvenzrechtlichen Regeln zu Gesellschafterdarlehen auch im GmbH-Vertragskonzern ist nach Einführung des MoMiG auszugehen

## II. Deregulierung des Rechts der Gesellschafterdarlehen

### 3. Praktische Bedeutung im Allgemeinen

- Darlehen wird nicht vor Eröffnungsantrag auf Insolvenzverfahren nach § 13 InsO zurückbezahlt: Kein Unterschied zur bisherigen Rechtslage, da nach bisheriger Rechtslage wohl jedes Darlehen im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung als in der Krise stehen gelassen behandelt würde
- Bei Rückzahlung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag:
  - Haftungsverschärfung, wenn Darlehen vor Eintritt der Krise zurückbezahlt worden ist
  - Demgegenüber war Darlehen nach alter Rechtslage nicht verstrickt, wenn es vor Eintritt der Krise zurückbezahlt worden ist oder unmittelbar nach Eintritt der Krise gekündigt und zurückgefordert wurde, also ein Stehenlassen vermieden wurde

## II. Deregulierung des Rechts der Gesellschafterdarlehen

- Nach alter Rechtslage konnte der Gesellschafter ex ante das Schicksal der Darlehensforderung bestimmen, indem er entweder in der Krise kein Darlehen gewährte oder die Verstrickung des begebenen Darlehens durch sofortige Kündigung und möglichen Abzug des Darlehens vermeiden konnte
- Nach heutiger Rechtslage ist das spätere Schicksal der Forderung bei Darlehenshingabe unvorhersehbar, da es ausschließlich auf den Zeitpunkt der Stellung des Eröffnungsantrags ankommt, welcher ex ante nicht vorhersehbar ist

## II. Deregulierung des Rechts der Gesellschafterdarlehen

### 4. Bedeutung für das Cash Pooling

- Rückführung von Soll-Salden durch die Tochter-GmbH stellt keinen Verstoß gegen Kapitalerhaltungsgrundsätze dar
- Geschäftsführer haftet nicht nach § 43 Abs. 3 GmbHG (allerdings Haftungsrisiko aus § 64 Satz 3 GmbHG)
- Forderungen der Mutter bzw. Betreibergesellschaft aus dem Cash Pool gegen die GmbH stellen "Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen" dar (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) und sind somit in der Insolvenz letztrangige Insolvenzforderungen

## II. Deregulierung des Rechts der Gesellschafterdarlehen

- Rückzahlung eines Soll-Saldos unter dem Cash Pool innerhalb eines Jahres vor Stellung des Antrags auf Insolvenzeröffnung ist anfechtbar (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO) und das Empfangene ist nach § 143 Abs. 1 InsO an die Gesellschaft zurück zu gewähren
- Hieraus folgt für das Cash-Pool:
  - Der Spitzenbetrag des aus Sicht der Gesellschaft negativen Cash-Pool-Saldo im Jahr vor dem Insolvenzeröffnungsantrag steht im Risiko
  - Beispiel:
    - 100 Verbindlichkeiten an Mutter bei Antragstellung
    - 150 Verbindlichkeiten an Mutter sechs Monate vor Antragstellung
    - → 50 unterstehen § 135 Abs. 1 InsO
    - → 100 unterstehen § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO

## II. Deregulierung des Rechts der Gesellschafterdarlehen

- Bei Beendigung des Cash-Pools anlässlich der Veräußerung der Gesellschaft wird – wie bisher in der Praxis üblich – das Restgesellschafterdarlehen an den Erwerber abgetreten gegen Zahlung des Nominalbetrags; Veräußerer bleibt jedoch für die etwaige Differenz zwischen dem Nominalbetrag der Gesellschafterdarlehens und dem Spitzenbetrag des negativen Cash-Pool Saldos innerhalb Jahresfrist im Risiko
- Rückführung eines negativen Spitzensaldos durch Bareinlage vor Veräußerung (Closing) i.d.R. unpraktikabel, da der Finanzierungsaufwand des Erwerbers hierdurch erhöht wird

## II. Deregulierung des Rechts der Gesellschafterdarlehen

- Nach einer in der Literatur (Klinck/Gärtner, NZI 2008, 457 ff.) vertretenen Auffassung kann die Haftung des Gesellschafters als Cash-Pool-Führer wesentlich weiter reichen:
  - Sofern die Einzahlungen der Tochtergesellschaft nach den Bedingungen der Cash-Pool-Vereinbarungen Darlehensrückforderungsansprüche gegen die Muttergesellschaft begründen, die anschließend gegen das Gesellschafterdarlehen der Mutter verrechnet werden, hängt die Wirksamkeit der Verrechnung von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO ab
  - Sofern der Insolvenzgläubiger die Verrechnungsmöglichkeit durch eine ihrerseits anfechtbare Rechtshandlung erhalten hat, ist die Verrechnung ipso iure nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ex tunc unwirksam (h.M.)

## II. Deregulierung des Rechts der Gesellschafterdarlehen

- Die Abbuchung des Guthabensaldos der Tochtergesellschaft auf das Konto des Poolführers und damit einhergehender Begründung einer verrechnungsfähigen Darlehensforderung ermöglicht eine anschließende Verrechnung im Sinne einer Gewährung einer Sicherheit durch die Gesellschaft i.S.v. § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO
- Im Ergebnis wären alle im Zeitraum von 10 Jahren vor dem Insolvenzeröffnungsantrag vorgenommenen Verrechnungen unwirksam nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO, es sei denn, die Anfechtung wäre nach den Rechtsprechungsgrundsätzen zur Kontokorrent-Kontoführung in der Krise aufgrund des Bargeschäftsprivilegs nach § 142 InsO ausgeschlossen (str.)
  - In den Cash-Pool-Verträgen ist eine Klarstellung erforderlich, dass Zahlungen der Gesellschaft an den Cash-Pool-Führer unmittelbar (und nicht durch Verrechnung) zur Befriedigung der Ansprüche des Cash-Pool-Führers führen

## II. Deregulierung des Rechts der Gesellschafterdarlehen

### 5. Besonderheiten bei der AG

- Bisheriger Meinungsstand
  - GmbH-rechtliche Rechtsprechungsgrundsätze zur Behandlung kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen sind auf AG sinngemäß anzuwenden, wenn der Darlehensgeber unternehmerisch an der AG beteiligt ist (h.M.)
  - Unternehmerische Beteiligung regelmäßig bei einer Beteiligung von mindestens 25 % des Grundkapitals gegeben
  - Rechtsgrundlage: § 57 AktG

## II. Deregulierung des Rechts der Gesellschafterdarlehen

- Rechtslage nach MoMiG
  - Eine dem § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG entsprechende Zurückdrängung der Rechtssprechungsregeln ist auch in § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG vorgesehen. Die bisherigen Rechtssprechungsgrundsätze werden daher nicht mehr gelten
  - Der Vorstand kann die Rückzahlung des Darlehens nicht verweigern, es sei denn, die Rückzahlung würde zur erkennbaren Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen (§ 92 Abs. 2 S. 3 AktG)
  - Die insolvenzrechtlichen Regelungen sind rechtsformneutral formuliert. Es gelten die gleichen Grundsätze wie bei der GmbH
  - Verschärfung dadurch, dass in Zukunft rechtsformübergreifend nur noch Gesellschafter mit Beteiligung von 10 % oder weniger von Regeln zur insolvenzrechtlichen Verstrickung ausgenommen werden (§ 39 Abs. 5 InsO)

### III. Neuregelung des Rechts der Nutzungsüberlassungen

### III. Neuregelung des Rechts der Nutzungsüberlassungen

## 1. Alte Rechtslage

- Nach st. BGH-Rspr. entspricht die Nutzungsüberlassung von Vermögensgegenständen (z.B. Grundstück, Maschine) wirtschaftlich einer Darlehensgewährung; erfolgt die Nutzungsüberlassung (bzw. das Stehenlassen) in der Krise (d.h. bei "Überlassungsunwürdigkeit"), so wird sie als eigenkapitalersetzend angesehen
- Rechtsfolge:
  - Während der Krise war die Zahlung des Nutzungsentgelts verboten (Rechtssprechungsregeln) bzw. im Zeitraum bis 1 Jahr vor Insolvenzantrag anfechtbar (§ 135 Nr. 2 InsO a.F.)
  - Während der Krise besteht für die Gesellschaft das unentgeltliche Nutzungsrecht grundsätzlich bis zum Ende der Vertragslaufzeit fort

### III. Neuregelung des Rechts der Nutzungsüberlassungen

## 2. Rechtslage nach MoMiG

- Die in der Literatur sehr umstrittene Rechtsfigur der kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung sollte nach dem RegE zunächst ganz entfallen
- In "letzter Sekunde" wurde § 135 Abs. 3 InsO in das MoMiG eingeführt
- Tatbestand:
  - Überlassen eines Gegenstands zum Gebrauch oder zur Ausübung durch einen Gesellschafter
  - Gegenstand muss für die Fortführung des Unternehmens von erheblicher Bedeutung sein

### III. Neuregelung des Rechts der Nutzungsüberlassungen

- Rechtsfolge:
  - Kein Aussonderungsanspruch (§ 47 InsO) während der Dauer des Insolvenzverfahrens, höchstens aber 1 Jahr ab Insolvenzeröffnung
  - Ausgleichsanspruch des Gesellschafters in Höhe des Durchschnitts der im letzten Jahr vor Verfahrenseröffnung geleisteten Vergütung
  - Gestundete Mietforderungen unterliegen – wie nach bisheriger Rechtslage – den allgemeinen Regeln für Gesellschafterdarlehen, da sie diesen i.S.d. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO wirtschaftlich entsprechen

### III. Neuregelung des Rechts der Nutzungsüberlassungen

- Offene Fragen:
  - Sind ordnungsgemäße Mietzahlungen, die innerhalb eines Jahres vor Insolvenzantrag erfolgt sind, nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar?
    - Nach h.M. zum ursprünglichen MoMiG-Entwurf (ohne § 135 Abs. 3 InsO) sind ordnungsgemäße Mietzahlungen anfechtbar, da der Gesellschafter Entgelt für eine Leistung erhält, die "selbstverzehrend" ist und daher nicht zur Gläubigerbefriedigung zur Verfügung stehe (z.B. Haas, ZInsO 2007, 617, 623 f.)
    - Nach neuerer Meinung sind ordnungsgemäße Mietzahlungen nicht anfechtbar, da durch sie der Zeitpunkt der Insolvenz nicht hinausgezögert werde und es damit an einer wirtschaftlichen Vergleichbarkeit mit Gesellschafterdarlehen fehle (z.B. K. Schmidt, DB 2008, 1727, 1731) bzw. weil das Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO gelte (Habersack, ZIP 2007, 2145, 2150).

### III. Neuregelung des Rechts der Nutzungsüberlassungen

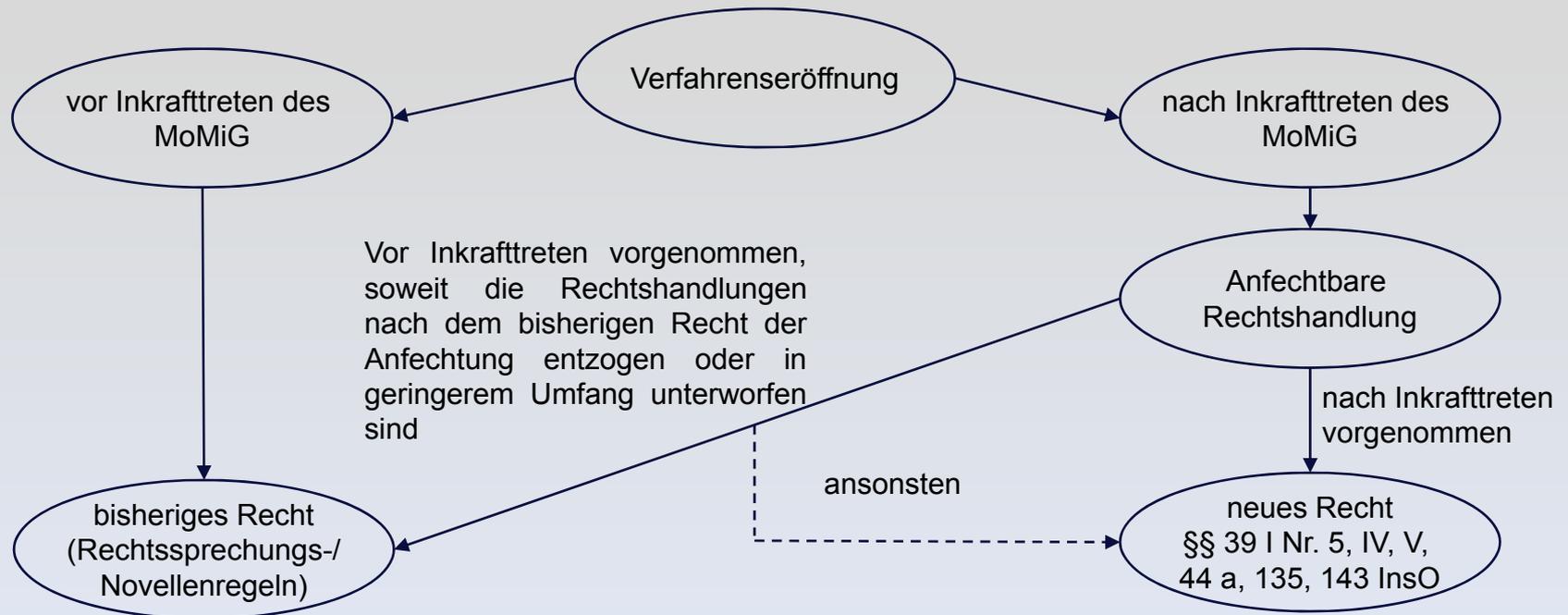
- Sind anfechtbare Zahlungen bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs nach § 135 Abs. 3 S. 2 InsO zu berücksichtigen?
  - Ordnungsgemäße Mietzahlungen sind wohl auch dann bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs zu berücksichtigen, wenn man sie nach o.g. Ansicht für anfechtbar hält, da der Ausgleichsanspruch ansonsten stets leer liefe
  - Unklar bei gestundeten Mietzahlungen: Wortlaut des § 135 Abs. 3 S. 2 InsO spricht für Berücksichtigung, Sinn und Zweck des Anfechtungstatbestandes wohl dagegen

## IV. Zeitlicher Anwendungsbereich

## IV. Zeitlicher Anwendungsbereich

# 1. Insolvenzzrechtliche Übergangsregelung (Artikel 103d EGIInsO)

Hinsichtlich des zeitlichen Anwendungsbereiches gilt folgendes Schema:



#### IV. Zeitlicher Anwendungsbereich

## 2. Zeitlicher Geltungsbereich der "Abschaffung" des Kapitalersatzrechts

- Keine ausdrückliche Übergangsregel
- Strittig, ob bereits nach altem Recht gemäß §§ 30,31 GmbHG a.F. analog entstandene Rückerstattungsansprüche rückwirkend entfallen (dafür z.B. Hirte WM 2008, 1429, 1435; dagegen Wedemann GmbH 2008, 1131, 1135);
- Lösung: Erfüllung des Rückerstattungsanspruchs und gleichzeitige (Wieder-) Rückzahlung des Darlehens?
- Unklar, ob nach altem Recht "verstrickte" Darlehen verstrickt bleiben

## V. Neuregelungen zur Kapitalerhaltung, §§ 30 GmbHG, 57 AktG

## V. Neuregelungen zur Kapitalerhaltung, §§ 30 GmbHG, 57 AktG

- Grundsatz aufrechterhalten, dass das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft nicht an die Gesellschafter ausgekehrt werden darf (GmbH) bzw. die Einlagen den Aktionären nicht zurückgewährt werden dürfen (AG)
- 3 Ausnahmen
  - Bei Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrages erfolgen (§ 291 AktG);
  - Leistungen, die durch einen vollwertige Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter/Aktionär gedeckt sind und
  - Für die Rückgewähr eines Aktionärs-/Gesellschafterdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Aktionärs-/Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen

## VI. Ausnahme: Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag

## VI. Ausnahme: Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag

- Nach Wortlaut §§ 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG, 57 Abs. 1 S. 2 AktG gilt Ausnahme uneingeschränkt
- Ungeschriebene Ausnahmen zur Ausnahme, also Anwendbarkeit der §§ 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG und 57 Abs. 1 S. 1 AktG trotz Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag?
- Bonität herrschendes Unternehmen für Übernahme Verlustausgleichsverpflichtung?
- Vollwertigkeit der Verlustausgleichsverpflichtung erforderlich?

## VI. Ausnahme: Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag

- Auch § 291 Abs. 3 AktG suspendiert strengeren Eigenkapitalschutz des Aktienrechts nach § 57 AktG im Vertragskonzern
- Stärkerer Eigenkapitalschutz im GmbH-Recht? Wäre widersprüchlich bei Vergleich der Systematik des Eigenkapitalschutzes bei GmbH einerseits und AG andererseits
- Grenze: existenzvernichtender Eingriff?

VII. Ausnahme: Vollwertiger Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch, insbesondere Upstream-Darlehen, Cash Pool

## VII. Ausnahme: Vollwertiger Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch, insbesondere Upstream-Darlehen, Cash Pool

- Vollwertigkeit i.d.R. zu verneinen, wenn die Durchsetzung der Forderung absehbar in Frage gestellt ist, bzw. umgekehrt: Vollwertigkeitsgebot erfüllt, wenn Durchsetzbarkeit absehbar nicht gefährdet (bilanzielle Betrachtungsweise)
  - z.B. Upstream-Darlehen, auch im Rahmen eines physischen Cash Pools
  - Spätere Reduzierung der Werthaltigkeit: grundsätzlich nicht nachträglich verbotene Auszahlung
  - Beitreibungszwang? Ggf. Schadensersatzpflicht der Geschäftsführung bzw. des Vorstands §§ 43 Abs. 3 GmbHG, 93 Abs. 2 AktG (K. Schmidt: GmbH-Reform auf Kosten der Geschäftsführer)

## VII. Ausnahme: Vollwertiger Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch, insbesondere Upstream-Darlehen, Cash Pool

- Bestellung von Sicherheiten reduziert Haftungsrisiko von Geschäftsführung und Vorstand
- Demgegenüber bislang: BGH vom 24. November 2003 (II ZR 171/01) vollständiges virtuelles Ausbuchen der Forderung aus den Upstream-Darlehen/Cash-Pool-Forderung unabhängig von Werthaltigkeit der Darlehensforderung (Abkehr von der bilanziellen Betrachtungsweise)

## VIII. Konsequenzen für Upstream-Sicherheiten

## VIII. Konsequenzen für Upstream-Sicherheiten

- Grundsatz: ggf. zur Vermeidung Unterbilanz werthaltiger Rückgriffsanspruch erforderlich
- Maßgeblicher Zeitpunkt für Beurteilung der Werthaltigkeit
  - Vereinbarung der Sicherheit = Auszahlung?
  - Gewährung der Sicherheit = Auszahlung?
  - Verwertung der Sicherheit = Auszahlung?
  - Differenzierende Betrachtungsweise bzgl. schuldrechtlicher und dinglicher Sicherheiten?
- Bislang wohl überwiegend: Zeitpunkt der Verwertung maßgeblich (Passivierung der Sicherheit)
- MoMiG: Zeitpunkt der Vereinbarung/Gewährung maßgeblich?

## VIII. Konsequenzen für Upstream-Sicherheiten

- Vollwertigkeit nur bei Besicherung? Wirtschaftliche Logik?
- Spätere Reduzierung der Werthaltigkeit: grundsätzlich nicht nachträglich verbotene Auszahlung
- Auch künftig Verwendung der sog. Limitation Language erforderlich: Sicherungsnehmer zur Inanspruchnahme der Sicherheiten nicht befugt, soweit dies zur Entstehung oder Vertiefung einer Unterbilanz beim Sicherungsgeber führt
- Für AG wegen erweiterten Eigenkapitalschutzes in Aktienrecht jedoch nicht geeignet

## VIII. Konsequenzen für Upstream-Sicherheiten

- Aus Bankensicht ggf. unbefriedigend; deshalb werden oft Upstream- und Downstream-Verschmelzungen für Akquisitions- und Zielgesellschaft geprüft, die aber oft nicht akzeptable bilanzielle und steuerliche Konsequenzen haben
- Bei Verstoß gegen §§ 30 GmbHG, 57 AktG Haftung der Geschäftsführer/Vorstände, §§ 43 Abs. 3 GmbHG, 93 Abs. 2 AktG

## IX. Sonderfall: Besicherung in Buy Out-Struktur?

## IX. Sonderfall: Besicherung in Buy Out-Struktur?

- Vollwertigkeit des Rückgriffsanspruchs, wenn Beteiligung an Sicherungsgeber wesentlicher Vermögensgegenstand des Darlehensnehmers?
- Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag als „Wunderwaffe“?
- Limitation Language bei GmbH

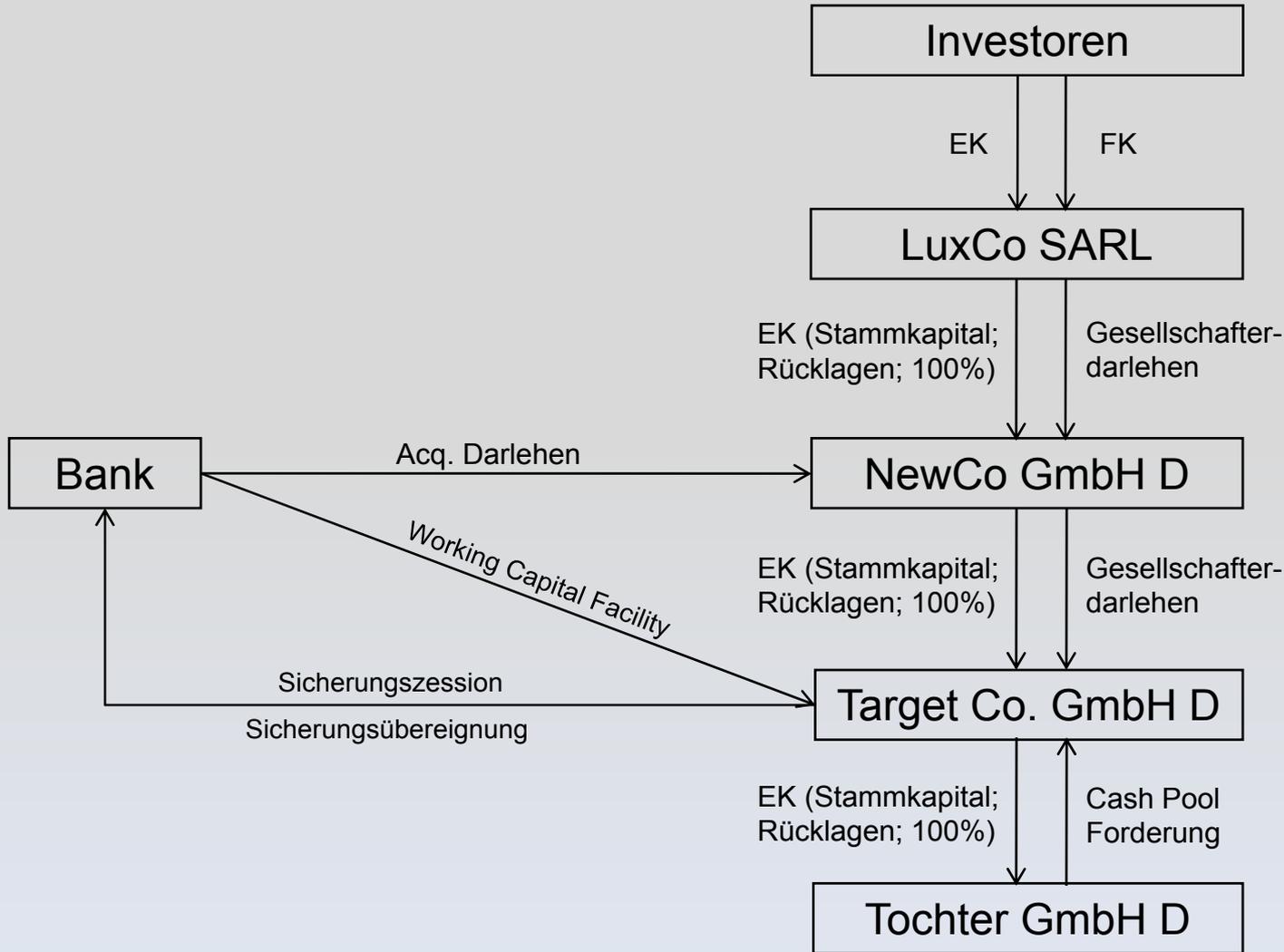
## X. Ausnahme: Rückgewähr von Aktionärs-/Gesellschafterdarlehen

## X. Ausnahme: Rückgewähr von Aktionärs-/Gesellschafterdarlehen

- Abschaffung der sog. Rechtsprechungsregeln bei GmbH; s.o.
- Darüberhinausgehende Haftungskonzepte bleiben unberührt, insbesondere Existenzvernichtungshaftung (Entzug der wirtschaftlichen Existenzgrundlage bei abhängiger GmbH) oder bei AG Haftung des herrschenden Unternehmens gemäß §§ 302, 311 AktG

# XI. Strukturbeispiel

XI. Strukturbeispiel



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!