

// BB-Kommentar

Sebastian Korts, MBA, M.I.Tax, RA,
FASr, FAHuGR, Köln



„Cash-Pool auch nach der GmbH-Reform in der Praxis problematisch“

Problem

Cash-Pooling als Mittel der Konzernfinanzierung ist international unverzichtbar. Die Rechtsprechung des BGH, insbesondere das sog. „November-Urteil“ vom 24.11.2003 – II ZR 171/01, schien die Durchführung von Cash-Pools extrem zu erschweren. Der Gesetzgeber wollte daher das Cash-Pooling auf eine gesicherte gesetzliche Grundlage stellen. Er änderte anlässlich des MoMiG unter anderem § 19 Abs. 4 und 5 GmbHG: die Rechtsfolgen bei Verstoß gegen Grundsätze der Kapitalaufbringung wurden geändert. Die Frage bleibt jedoch, ob damit eine gezielte Gestaltung der wirksamen Einlagenerbringung im Cash-Pool ermöglicht wird. Nicht zuletzt das aktuelle BGH-Urteil mit der Bezeichnung „Cash-Pool II“ lässt daran erhebliche Zweifel aufkommen.

Entscheidung

Inhaltlich handelt es sich um die Einlagen dreier Gesellschafter. Untypisch für die Praxis ist, dass nur eine der drei Muttergesellschaften zum Zeitpunkt der Einlagenerbringung Zugriff auf das Zentralkonto hatte, die beiden anderen Gesellschafter hatten zu diesem Zeitpunkt keinen Einfluss auf das Zentralkonto des Cash-Pools. Für diese Gesellschafter bestätigt der BGH die ordnungsgemäße Erbringung der Stammeinlagen. Praxisrelevant ist dagegen das Schicksal der Einlage der Muttergesellschaft mit Zugriff auf das Pool-Konto.

1. Bemerkenswert ist die Behandlung der aus der Gesetzesbegründung zum MoMiG kommenden „Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise“. Diese wurde vom BGH in dem „November-Urteil“, welches vor dem MoMiG erging, nicht angewandt. Im nach MoMiG gesprochenen Qivive-Urteil vom 16.2.2009 – II ZR 120/07 – wurde die als Ersatz der Einlage zu untersuchende Darlehensforderung als (bilanziell) taugliche Forderung, die von der Einlagepflicht befreit, eingestuft, wenn diese, unter Berufung auf § 19 Abs. 5 GmbHG, vollwertig und jederzeit fällig ist (Tz. 15). Auch die Offenlegung nach § 19 Abs. 5 Satz 2 als Voraussetzung für die Erfüllung der Einlagenschuld wurde verlangt (Tz. 16). Das nun vorliegende Urteil bestätigt (Tz. 14, 24), dass die geforderte Anmeldung dieser Umstände nach § 8 GmbHG zu den materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Tilgungswirkung gehört.

Dies regt zum Nachdenken an: in der praktischen Anwendung kann der Berater sicher sein, dass in der Vergangenheit eine solche (offenlegende) Anmeldung nicht erfolgt ist. Wenn der Gesetzgeber also Cash-Pooling sicher machen wollte, so ist nun die Sicherheit insoweit da, als dass die Vergangenheit jedenfalls nicht mit dem Argument der vollwertigen Forderung zu reparieren ist. Obwohl der Gesetzgeber Rückwirkung angeordnet hat, können die Betroffenen aus der Rückwirkung keine Früchte ziehen. Die Rückwirkungsklausel des § 3 Abs. 4 EGGmbHG soll nur die nach altem Recht gescheiterten Fälle der Einlagenerbringung nach neuem Recht beurteilen lassen. Diese Besserstellung scheidet an

dem Anmeldeerfordernis des § 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG, für welches keine nachträgliche Heilung vorhanden scheint. Interessant ist dabei, dass die Ergänzung um das Anmeldungserfordernis, die Offenlegung, erst durch den Rechtsausschuss in das MoMiG eingefügt wurde. Nach der Begründung in BT-Drs. 16/9737, S. 56, soll dem Registerrichter die Möglichkeit eröffnet werden, die Voraussetzungen der Erfüllungswirkung zu prüfen. Ob bei dieser Änderung nicht erkannt wurde, dass die rückwirkende Besserstellung damit ad absurdum geführt wurde, ist nicht bekannt.

2. Der BGH subsumiert die neuen Regelungen des § 19 Abs. 4 und Abs. 5 GmbHG und wendet damit die gesetzlich angeordnete Rückwirkung an. Eine solche Rückwirkung hatte er bereits mit dem MPS-Urteil vom 1.12.2008 – II ZR 102/07 – hinsichtlich der MoMiG-Neuregelungen des Einlagenrückgewährverbotes in § 57 AktG n.F. ausgesprochen. Der vorliegende Cash-Pool-II-Fall stammt aus dem Jahre 1998, ist aber zu beurteilen nach der Gesetzlage seit dem 1.11.2008 (Inkrafttreten des MoMiG). Die Frage, ob die Rückwirkung verfassungsrechtlich zulässig ist, hat der BGH zumindest für § 19 Abs. 4 GmbHG (Tz. 38) allerdings ausdrücklich offengelassen. Für § 19 Abs. 5 GmbHG stellte sich ihm die Frage in diesem Fall nicht.

3. Neu ist die Auseinandersetzung des BGH mit der Frage, wie weit die Anrechnungswirkung bei der verdeckten Sacheinlage in dem Falle reicht, dass die Einlagen mehrerer Einlageschuldner zeitgleich dem Zentralkonto gutgeschrieben werden, welches einen Negativsaldo zu Lasten der Gesellschaft aufwies und nur einer der Einlageschuldner zu diesem Zeitpunkt über das Zentralkonto verfügungsberechtigt war. Gegebenenfalls hat – je nachdem, ob eine konkrete Zuordnung der Zahlungen aufgrund der Vereinbarung zwischen den Parteien möglich ist – eine anteilige Aufteilung der verdeckten Sacheinlage auf die leistenden Gesellschafter zu erfolgen.

4. Neu ist weiterhin, dass der BGH anhand des Cash-Pool-Vertrages das Vollwertigkeitsgebot des Rückzahlungsanspruches prüft und im Ergebnis verneint. Die Fälligkeit des Rückzahlungsanspruches ergibt sich dabei nach Ansicht des BGH nicht aus dem Cash-Pooling selbst. Insbesondere könne die Untergesellschaft einen etwaigen positiven Saldo bei dem Oberkonto nicht realisieren, ohne die Cash-Pooling-Vereinbarung zu beenden. Zur Frage der jederzeitigen Möglichkeit der Fälligkeitstellung des Rückforderungsanspruches sieht es der BGH als entscheidend an, dass eine Kündigung durch die Gesellschaft (und damit Fälligkeitstellung des Rückzahlungsanspruches) nur mit einer Kündigungsfrist von 3 Monaten zum Ende der 2-jährigen Cash-Management-Periode oder ohne Frist nur aus wichtigem Grund möglich war. Eine solche Vertragsgestaltung entspricht nach Ansicht des BGH jedoch nicht dem Erfordernis einer „sofortigen Fälligkeitstellung“ im Sinne des Vollwertigkeitsgebotes.

Praxisfolgen

Die Versprechungen des MoMiG-Gesetzgebers, das Cash-Pooling auf eine sichere Rechtsgrundlage zu stellen, sind – jedenfalls bei der Frage der Einlagenerbringung – nicht in Erfüllung gegangen, wie das vorliegende Cash-Pool-II-Urteil in aller Deutlichkeit zeigt. Nach wie vor sind die höchstrichterlichen Voraussetzungen für die wirksame Einlagenerbringung, gerade auch bei einer Kapitalerhöhung im laufenden Geschäftsbetrieb, in der Praxis kaum zu erfüllen.

Als faktisches Problem erweist sich zum Beispiel der Umstand, dass die Bewertung einer Einzahlung auf das Stammkapital davon abhängt, wie sich der Saldo der Gesellschaft im Cash-Pool zum Zeitpunkt der Weiter-

leitung des Einlagebetrages auf das Zentralkonto darstellt. Dies ist nicht nur wichtig für die Frage, wie die Einlageschuld endgültig getilgt werden kann, sondern auch für die Frage, was bei der Anmeldung beim Handelsregister anzugeben ist.

Die Empfehlung, Kapitalmaßnahmen nicht in den Cash-Pool einfließen zu lassen und entsprechend zu separieren, steht vor folgendem Problem: Selbst Einlagezahlungen, die außerhalb des Pools erbracht werden dürfen, können bei der Frage der sog. „freien Verfügbarkeit“ bereits angegriffen sein, weil das Gesellschaftsvermögen im Übrigen (auch) durch Cash-Pool-Verbindlichkeiten belastet sein kann – bilanzielle Betrachtungsweise.

Der BGH weist darauf hin, dass die jeweils den Abbuchungen vorangestellten Gutschriften auf den Kontoauszügen nur eine technische Darstellung des Zero Balancing seien, aber keine gezielte Überweisung von Geld durch die Cash-Pool-Managerin zugrunde liege (Tz. 22). Hier ist zu überlegen, ob eine Zweckbestimmung gestaltet werden kann. Vorstellbar ist ein grundsätzlicher Gesellschafterbeschluss mit dem Inhalt, dass alle Zu-

buchungen auf dem Unterkonto eine bestimmte Tilgungswirkung haben sollen, z. B. könnte eine Zubuchung, die den Kontostand von Null auf einen positiven Betrag auffüllt, den Zweck beigemessen bekommen, zunächst offene Einlagen zu tilgen und wenn und soweit diese getilgt sind, Ansprüche der Tochtergesellschaft aus § 31 GmbHG zu tilgen. Das funktioniert natürlich nur, soweit Zero Balancing erst die Zubuchung darstellt und danach erst eine Abbuchung, was oft der Fall ist.

Vollwertigkeit wird als Papierbekenntnis wohl zu realisieren sein. Für die Zukunft lässt sich eine derartige Vertragsänderung niederschreiben.

Es bleibt die Unsicherheit, sowohl für Ober- als auch für Untergesellschaften im Cash-Pool, besonders aber für deren Geschäftsleiter. Diese sehen sich bereits durch die mit dem MoMiG einhergehende Haftungsverschärfung bei der verbotenen Einlagenrückgewähr der §§ 30 GmbHG und 57 AktG beim Eintritt in einen Cash-Pool-Verbund und dem ständigen Kontrollzwang der Vollwertigkeit über die Grenzen des Machbaren hinaus getrieben. Das Cash-Pool-II-Urteil lässt sie noch einen Schritt weiter gehen.