

**Recht der Up- und Downstream-Finanzierung nach dem MoMiG:
Flexibilisierung starrer Kapitalregime unter
Ausweitung von Geschäftsleiterhaftung und Publizität**

A. Einführung

In Privatgesellschaften ohne Kapitalmarktteilnahme erfolgt die Gesellschaftsfinanzierung, nicht zuletzt aufgrund der immer strengeren Richtlinien der Banken für die Kreditvergabe, zum erheblichen Teil mittels Downstream-Finanzierung durch die Gesellschafter. Zudem ist bei diesen Gesellschaften sehr häufig auch eine Kreditgewährung an Gesellschafter und damit Upstream-Finanzierung anzutreffen.¹ Aber auch in Gesellschaften, bei welchen die Konzernmutter börsennotiert ist, sind diese Finanzierungsvorgänge zumindest in Form eines Cash-Pools üblich.

Neben der Einführung der Unternehmergesellschaft, die mit 19.826 Gründungen bis zum 31. Oktober 2009² einen kaum erwarteten Erfolg zu verzeichnen hat und als echte Alternative zur britischen Limited anzusehen ist, sowie der Ermöglichung eines gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen hat das MoMiG³ vor allem die Regelungen zur Up- und Downstream-Finanzierung erheblich verändert. Seit Inkrafttreten des MoMiG am 1. November 2008 ist nunmehr über ein Jahr vergangen, so dass sich mittlerweile für viele Zweifelsfragen Lösungsansätze in Literatur und Rechtsprechung finden, wenn auch nur wenige dieser Probleme bislang höchstrichterlich geklärt sind.

Dieser Beitrag soll zunächst darstellen, inwieweit den Gesellschaftern durch das MoMiG eine größere Finanzierungsflexibilität eingeräumt worden ist, und welche Veränderungen der Geschäftsleiterhaftung damit einhergehen. Es erfolgt hierzu eine Untersuchung sowohl des Rechts der Kapitalaufbringung als auch desjenigen der Kapitalerhaltung, wobei auf das Recht der GmbH als der meist verbreiteten deutschen Rechtsform für Privatgesellschaften ohne Kapitalmarktteilnahme abgestellt wird.

Hierbei soll die jeweilige Neuregelung und deren Rechtsfolgen für die betroffenen Gesellschafter und Geschäftsführer wertend betrachtet werden. Des Weiteren folgt eine kurze Darstellung der Auswirkungen der Rechtslage auf Cash-Pools. Schließlich versucht *Verf.* eine abschließende Beurteilung der einschlägigen Regelungen, nicht zuletzt im Hinblick auf die effektive Gewährung des Gläubiger- und Verkehrsschutzes.

B. Kapitalaufbringung

Was das Recht der Kapitalaufbringung angeht, so sind insbesondere diejenigen Fälle zu untersuchen, in denen nach erfolgter Gründung oder Kapitalerhöhung dem einzahlenden

¹ Begrifflich soll hier unter Upstream-Finanzierung die Kreditgewährung der Gesellschaft an einen Gesellschafter bzw. die Konzernmutter, unter Downstream-Finanzierung der gegenteilige Sachverhalt zu verstehen sein.

² S. *Bayer/Hoffmann/Lieder*, Ein Jahr MoMiG in der Unternehmenspraxis. Rechtstatsachen zu Unternehmergesellschaft, Musterprotokoll, genehmigtes Kapital, GmbHR 2010, 9.

³ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG). Gesetz vom 23.10.2008, BGBl. I, 2026.

Gesellschafter anschließend der eingezahlte Betrag wieder darlehensweise zurückgewährt wird, also Sachverhalte des sog. Hin- und Herzählens nach § 19 Abs. 5 GmbHG.

Besonders relevant ist dies im Fall der Gründung einer Einheits-GmbH & Co. KG, bei welcher die Anteile der Komplementär-GmbH von der KG gehalten werden. Die GmbH selbst hat bei dieser Gesellschaftsform lediglich die Aufgabe, die Position des Vollhafter – meist gegen eine entsprechende Haftungsvergütung – zu übernehmen. Darüber hinaus erfüllt sie teilweise auch Management-Aufgaben der KG. Jedenfalls aber benötigt sie hierfür nicht das Stammkapital, das freilich gemäß § 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG mindestens in Höhe von EUR 12.500 eingezahlt sein muss.

Folge ist, dass die Komplementär-GmbH ihr Stammkapital stets der KG für die Erfüllung ihrer operativen Aufgaben zur Verfügung stellt, womit ganz eindeutig Upstream-Finanzierung in Form des Hin- und Herzählens vorliegt. Eine solche Weiterleitung des durch die Gesellschafter der KG eingezahlten Stammkapitals wirkte daher vor Inkrafttreten des MoMiG bei Vorliegen einer entsprechenden Finanzierungsabrede nicht einlagebefreiend. Dies galt allgemein für alle Fälle der GmbH & Co. KG, in welchen die KG von dem oder den Inferenten der GmbH beherrscht war, was bei dieser Gesellschaftsform regelmäßig der Fall ist. Hintergrund ist, dass nach Ansicht des BGH das Hin- und Herzahlen eine personelle Identität zwischen dem Inferenten und dem Zahlungsempfänger nicht voraussetzt, sondern lediglich dessen Begünstigung bei wirtschaftlicher Betrachtung.⁴

Daneben sind Sachverhalte zu untersuchen, in welchen der Gesellschafter im Falle einer Kapitalerhöhung wirtschaftlich lediglich eine Forderung, die ihm gegen die Gesellschaft zusteht, einlegt. Hierunter fallen zunächst sämtliche Fälle des Debt-Equity-Swaps, sowie diejenigen, in welchen der Gesellschafter auf ein Cash-Pool-Konto mit negativem Saldo einzahlt.⁵ In diesen Fällen des Einlegens einer Forderung liegt ganz eindeutig eine verdeckte Sacheinlage vor, die den Inferenten nach Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG nicht von seiner Einlagepflicht befreite.⁶

I. Gründung – Neuregelung des Hin- und Herzählens

Es ist zunächst zu untersuchen, ob ein Fall des Hin- und Herzählens nach § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG vorliegt. Voraussetzung hierfür ist das Bestehen einer entsprechenden Finanzierungsabrede gemäß dieser Vorschrift, welches die Rechtsprechung allerdings bei Vorliegen eines engen zeitlichen Zusammenhangs der Finanzierungsvorgänge und damit bei Rückzahlungen innerhalb eines Zeitraums von zweieinhalb Monaten vermutet.⁷

Der Gesellschafter wird auch seit Inkrafttreten des MoMiG nur bei Vorliegen eines Rückgewähranspruchs gemäß § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG von seiner Einlageverpflichtung befreit. Entscheidend sind daher in erster Linie die Voraussetzungen, welche an die Finanzierungsabrede zu stellen sind, um diesen Tatbestand zu erfüllen. Neben der Frage der Einhaltung dieser Voraussetzung stellt sich aber zudem diejenige nach der Bedeutung der

⁴ S. BGH, Urteil vom 10.12.2007 – II ZR 180/06 = NZG 2008, 143 (144) m.w.N. aus der Rspr. des BGH; ebenso zuletzt OLG Oldenburg, Beschluss vom 4.8.2009 – 1 W 34/09, GmbHR 2009, 1334.

⁵ Vgl. *Veil*, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. (2010), Nachtrag MoMiG, § 19, Rn. 23, 25 m.w.N.

⁶ Vgl. *Veil* (Fn. 5), Rn. 16 m.w.N.

⁷ So BGH, Beschluss vom 15.10.2007 – II ZR 263/06 = NZG 2008, 511 (512) m.w.N. aus der Rspr. des BGH; *Veil* (Fn. 5), Rn. 64 geht von einem solchen Zusammenhang auch nach sechs Monaten aus.

Vorschrift des § 19 Abs. 5 S. 2 GmbHG, welche die Angabe einer solchen Vereinbarung in der Anmeldung nach § 8 GmbHG anordnet.

1. Rückgewähranspruch und Realisierbarkeit nach § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG

Voraussetzung für eine wirksame Einlageleistung im Falle des Hin- und Herzählens ist gemäß § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG die Vollwertigkeit sowie die Liquidität des Rückgewähranspruchs der Gesellschaft gegen den Gesellschafter. Fehlt es dagegen entweder an der Vollwertigkeit des Anspruchs oder an dessen Liquidität, so scheidet die Tilgungswirkung vollumfänglich und endgültig aus.⁸

Nachdem diese Vorschrift die Befreiungswirkung also zunächst an das Vorliegen eines vollwertigen Rückgewähranspruchs der Gesellschaft knüpft, fragt sich, wann diese Voraussetzung erfüllt ist:

Ersichtlich hat der Gesetzgeber des MoMiG mit der Neuregelung des Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsrechts eine Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise vollzogen,⁹ welcher der BGH im Bereich der Kapitalerhaltung sogar für Altfälle mit der Entscheidung *MPS*¹⁰ gefolgt ist. Daher ist entsprechend der Grundsätze des BGH im Fall *MPS* die Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs nach vernünftiger kaufmännische Beurteilung zu beurteilen, wie sie auch bei der Bewertung von Forderungen aus Drittgeschäften im Rahmen der Bilanzierung nach § 253 HGB maßgeblich ist.¹¹

Damit liegt Vollwertigkeit im Sinne der Vorschrift dann vor, wenn der kreditnehmende Gesellschafter kreditwürdig ist, und der Annahme von dessen Kreditwürdigkeit keine gegenteiligen Hinweise entgegenstehen¹², was aus der Sicht der Gesellschaft zu beurteilen ist.¹³ Andernfalls ist eine Forderung nach handelsbilanziellen Kriterien abzuschreiben; ebenso ist eine Forderung zumindest bei längerer Darlehenslaufzeit und dem Fehlen einer marktüblichen Verzinsung auf ihren Barwert abzuschreiben.¹⁴ Der Beachtung dieser Abschreibungsregelungen wird in der Praxis erhebliche Bedeutung zukommen, da eine Erfüllungswirkung nach § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG nur eintritt, wenn die Forderung im vollen Umfang vollwertig ist.¹⁵ Selbstverständlich erwachsen hierbei auch erhebliche Gefahren für die Geschäftsführer.

Darüber hinaus muss der Anspruch der Gesellschaft stets fällig sein oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft stets fällig gestellt werden können. Der Anspruch der

⁸ Vgl. *Herrler*, Kapitalaufbringung nach dem MoMiG – Verdeckte Sacheinlagen und Hin- und Herzahlen (§ 19 Abs. 4 und 5 GmbHG n.F.) – DB 2008, 2347 (2348).

⁹ Vgl. *Veil* (Fn. 5), Rn. 68 m.w.N.

¹⁰ S. BGH, Urteil vom 1.12.2008 – II ZR 102/07 = NJW 2009, 850 (851 f.).

¹¹ Vgl. BGH (Fn. 10), NJW 2009, 850 (852); ebenso *Veil* (Fn. 5); *Schluck-Amend/Penke*, Kapitalaufbringung nach dem MoMiG und der „Qivive“-Entscheidung des BGH, DStR 2009, 1433 (1436) jeweils m.w.N.; a.A. *Hueck/Fastrich* in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 19. Aufl. (2010), § 19, Rn. 76 m.w.N., die aber auch auf die tatsächliche Lage abstellen.

¹² Vgl. *Schluck-Amend/Penke*, DStR 2009, 1433 (1436); *Veil* (Fn. 5), Rn. 68 jeweils m.w.N.

¹³ Vgl. *Hueck/Fastrich* (Fn. 11), § 19, Rn. 76.

¹⁴ Vgl. *Veil* (Fn. 5), Rn. 68; *Heckschen*, Gründungserleichterungen nach dem MoMiG – Zweifelsfragen in der Praxis, DStR 2009, 166 (173) jeweils m.w.N.; a.A. *Hueck/Fastrich* (Fn. 11), § 19, Rn. 76 m.w.N.

¹⁵ Vgl. *Veil* (Fn. 5), Rn. 74; *Heckschen*, DStR 2009, 166 (173) m.w.N.

Gesellschaft muss also jederzeit derart liquide sein, dass die Geschäftsführer jederzeitigen Zugriff auf die an den Inferenten zurückgeflossenen Barmittel haben.¹⁶

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG ist grundsätzlich derjenige der Mittelausreichung an den Inferenten.¹⁷ Wenn man jedoch davon ausgehen möchte, dass die Offenlegung des Hin- und Herzählens nach § 19 Abs. 5 S. 2 GmbHG für die Befreiungswirkung konstitutiv ist,¹⁸ und die Ausreichung vor Offenlegung erfolgte, müssen hiervon abweichend diese Kriterien zum Zeitpunkt der Offenlegung noch erfüllt sein.¹⁹

Spätere Verschlechterungen der Bonität des Gesellschafters haben auf die Anwendung von § 19 Abs. 5 GmbHG keinen Einfluss, so dass der Gesellschafter von seiner Einlagepflicht befreit bleibt. Allerdings ist der Geschäftsführer nach § 43 Abs. 1 GmbHG zur ständigen Prüfung der Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs verpflichtet und muss das Darlehen bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Gesellschafters stets kündigen und zurückfordern, will er sich nicht nach § 43 Abs. 2 GmbHG ersatzpflichtig machen.²⁰ Dies kann auch die Einführung geeigneter Informationspflichten oder eines Frühwarnsystems erforderlich machen.²¹

Dies belastet m.E. jedoch den betroffenen Geschäftsführer in unbilliger Weise. Bereits die Pflicht zur Überwachung eines Gesellschafters – unter Umständen des beherrschenden Gesellschafters – geht insbesondere in Konzernen sowie auch allgemein im Fall der Fremdgeschäftsführung aufgrund der Stellung des Geschäftsführers als Weisungsempfänger, der zudem jederzeit abberufen werden kann, an der Realität vorbei. Der Gesellschafter wird wenig Interesse haben, diesem seine eigene Bonität und Liquidität stets zu dokumentieren. Der Fremdgeschäftsführer dagegen wird eine Verschlechterung der Beziehungen zum Gesellschafter kaum wünschen. Verstärkt wird dieses Dilemma freilich noch im Falle der notwendigen Rückforderung des Darlehens. Es entsteht damit ein für den Geschäftsführer kaum lösbarer Konflikt. Folglich bleibt festzuhalten, dass die Neuregelung stark zu dessen Lasten geht.²²

¹⁶ Vgl. Hueck/Fastrich (Fn. 11), § 19, Rn. 78; Heckschen, DStR 2009, 166 (173); Schluck-Amend/Penke, DStR 2009, 1433 (1436).

¹⁷ Vgl. Hueck/Fastrich (Fn. 11), § 19, Rn. 79; Veil (Fn. 5), Rn. 69 m.w.N.

¹⁸ Hierzu sogleich unter B. I. 2.

¹⁹ Vgl. Schluck-Amend/Penke, DStR 2009, 1433 (1436) m.w.N.

²⁰ Vgl. Hueck/Fastrich (Fn. 11), § 19, Rn. 79; Veil (Fn. 5), Rn. 69; Heckschen, DStR 2009, 166 (173).

²¹ Vgl. Hueck/Fastrich (Fn. 11), § 19, Rn. 79 m.w.N.

²² So im Erg. auch K. Schmidt, GmbH-Reform auf Kosten der Geschäftsführer? Zum (Un-) Gleichgewicht zwischen Gesellschafterrisiko und Geschäftsführerrisiko im Entwurf eines MoMiG und in der BGH-Rechtsprechung, GmbHR 2008, 449 (452 f.).

2. Angabe der Finanzierungsabrede nach § 19 Abs. 5 S. 2 GmbHG

Zweifelloso ist gemäß § 19 Abs. 5 S. 2 GmbHG der Tatbestand des Hin- und Herzählens in der Anmeldung der Gesellschaft nach § 8 GmbHG anzugeben. Die unterlassene Angabe einer solchen Leistung oder Vereinbarung stellt daher zunächst zweifellos eine falsche Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG dar und zieht damit die Haftung des Geschäftsführers und der Gesellschafter nach § 9a Abs. 1 GmbHG und die Strafbarkeit des Geschäftsführers nach § 82 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG nach sich.

In der Literatur ist allerdings umstritten, ob die Angabe konstitutiv ist, und folglich deren Unterlassen auch die Befreiungswirkung des § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG entfallen lässt.²³ Die eine Ansicht argumentiert im Wesentlichen mit dem Schutzzweck der Norm, die nach der Begründung des Rechtsausschusses nicht nur die Publizität solcher Vorgänge, sondern auch deren Prüfung sicherstellen soll²⁴, und geht folglich von einer konstitutiven Voraussetzung für die Befreiungswirkung aus.²⁵

Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Es ist für potentielle Gläubiger und Vertragspartner sehr wohl von erheblicher Bedeutung, ob nach Gründung einer Gesellschaft deren nominelles Stammkapital auch für deren Geschäftsbetrieb zur Verfügung steht, oder ob lediglich ein niedrig verzinsten Darlehensanspruch die Aktiva der Gesellschaft ausmacht. Zwar ist die ständige Liquidität dieses Anspruchs Voraussetzung für die Erfüllungswirkung. Bei Verschlechterung der Verhältnisse des darlehensnehmenden Gesellschafters und einer folgenden Uneinbringlichkeit des Anspruchs haftet allerdings oft nur der Geschäftsführer nach § 9a Abs. 1 GmbHG. Folglich kann und muss der Gläubiger- und Verkehrsschutz bereits durch die Veröffentlichung und damit die reine Information über die Finanzierungsvorgänge erhöht werden.

Demgegenüber verneint die Gegenmeinung zunächst zu Unrecht eine Erhöhung des Maßes an Gläubigerschutz²⁶ und führt zudem systematische Erwägungen an.²⁷ Diese führen zwar m.E. nicht zu einem zwingenden Ergebnis, bemerkenswert erscheint aber die Regelung des § 3 Abs. 4 EGGmbHG. Nach dieser Vorschrift soll die Regelung des § 19 Abs. 5 GmbHG auch auf Altfälle Anwendung finden. Nachdem aber eine Anmeldung des Hin- und Herzählens vor Inkrafttreten des MoMiG nicht möglich war, liefe dies leer. Daraus wird geschlossen, dass § 19 Abs. 5 S. 2 GmbHG eben keine konstitutive Bedeutung hat.²⁸ Dem ließe sich allerdings entgegenhalten, dass dieser Punkt vom Gesetzgeber unter Umständen schlicht übersehen wurde. Denn die Begründung des Rechtsausschusses zur Anpassung von § 3 Abs. 4 EGGmbHG spricht lediglich von einer „redaktionelle [n] Folgeänderung“.²⁹

Letztlich kann die akademische Auseinandersetzung mit dieser Frage aber offen bleiben, da der BGH in einem obiter dictum zu seiner *Qivive*-Entscheidung ganz eindeutig wie folgt befunden hat: Es handelt sich „bei dem Hin- und Herzahlen [...] um Fälle einer verdeckten Finanzierung der Einlagemittel durch die Gesellschaft, deren Offenlegung nunmehr § 19

²³ Für ein Entfallen der Befreiungswirkung bspw. *Veil* (Fn. 5), Rn. 74; *Schluck-Amend/Penke*, DStR 2009, 1433 (1437); *Heckschen*, DStR 2009, 166 (173) jeweils m.w.N.; dagegen *Hueck/Fastrich* (Fn. 11), Rn. 80; *Lieder*, Kapitalaufbringung im Cash Pool nach neuem Recht. Zugleich Besprechung der Entscheidung des BGH vom 20. 7. 2009 – II ZR 273/07 – „Cash Pool II“, GmbHR 2009, 1177 (1179) m.w.N.

²⁴ S. Beschlussempfehlung und Bericht der Rechtsausschusses, BR-Drucksache 16/9737, 56 (linke Spalte)

²⁵ Vgl. *Heckschen*, DStR 2009, 166 (173); *Schluck-Amend/Penke*, DStR 2009, 1433 (1437) jeweils m.w.N.

²⁶ Vgl. *Lieder*, GmbHR 2009, 1177 (1179 f.).

²⁷ Vgl. *Lieder*, GmbHR 2009, 1177 (1179 f.) m.w.N. sowie *Hueck/Fastrich* (Fn. 11), Rn. 80 m.w.N.

²⁸ Vgl. *Lieder*, GmbHR 2009, 1177 (1180) m.w.N.

²⁹ S. Beschlussempfehlung und Bericht der Rechtsausschusses, BR-Drucksache 16/9737, 57 (linke Spalte).

Abs. 5 S. 2 n.F. GmbHG ausdrücklich und als Voraussetzung für die Erfüllung der Einlagenschuld verlangt.³⁰ Folglich ist bis zu einer Rechtsprechungsänderung oder Klarstellung des BGH und m.E. zu Recht für die Praxis von einem konstitutiven Merkmal auszugehen.

II. Kapitalerhöhung – Neuregelung der verdeckten Sacheinlage

Nachdem § 56a GmbHG auf die Vorschrift des § 19 Abs. 5 GmbHG verweist, treten selbstverständlich auch bei Vornahme einer Kapitalerhöhung und einem Rückfluss des eingezahlten Betrages an den Gesellschafter stets die gerade untersuchten Problemfelder des Hin- und Herzählens auf.³¹ Auf die besonderen Schwierigkeiten bei Cash-Pools, deren Kontensalden sich täglich ändern, soll zudem später noch eingegangen werden.³²

Genauerer Betrachtung bedürfen aber auch Vorgänge, in welchen der Inferent auf eine Forderung gegen die Gesellschaft verzichtet und damit wirtschaftlich eine Forderung statt Barmittel einlegt. Dies geschieht zunächst häufig in Cash-Pools, wenn das Cash-Pool-Konto einen negativen Saldo zulasten der Gesellschaft ausweist³³, aber auch bei Vornahme von Debt-Equity-Swaps und ähnlichen Fällen der Verrechnung von Altforderungen. In diesen Sachverhalten liegt nach ganz h.M. eine verdeckte Sacheinlage nach § 19 Abs. 4 GmbHG vor,³⁴ welche den Inferenten vor Inkrafttreten des MoMiG nicht von seiner Einlagepflicht befreite.³⁵

Kern der Neuregelung des § 19 Abs. 4 GmbHG ist deren Satz 3, welcher die verdeckte Sacheinlage zwar nicht legalisiert, jedoch eine Anrechnung von deren Wert auf die Einlageleistung zur Rechtsfolge hat. Im Einzelnen:

Zunächst einmal bestimmt § 19 Abs. 4 S. 1 GmbHG, dass – entsprechend der bisherigen Rechtslage – die Leistung einer verdeckten Sacheinlage keine Befreiung des Inferenten von der Bareinlagepflicht nach sich zieht. Gibt der Geschäftsführer dennoch die Versicherung des nach § 8 Abs. 2 GmbHG ab, so macht er sich neben den Gesellschaftern nach § 9a Abs. 1 GmbHG haftbar und verstößt gegen die Strafvorschrift des § 82 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG.³⁶ Selbstverständlich ist – unbeschadet der Neuregelung – nach wie vor eine Heilung der verdeckten Sacheinlage vor Eintragung möglich und zulässig, was aber neben einem satzungsändernden Beschluss auch die Durchführung des Sacheinlageverfahrens voraussetzt.³⁷

Allerdings ordnet § 19 Abs. 4 S. 2 GmbHG nunmehr explizit an, dass – entgegen der Regelung des § 27 Abs. 3 S. 1 AktG a.F. und der bislang h.M. für das GmbH-Recht³⁸ – die

³⁰ S. BGH Urteil vom 16.2.2009 – II ZR 120/07 = NJW 2009, 2375 (2377).

³¹ S. hierzu oben B. I. 1.

³² S. hierzu unten D. II.

³³ Vgl. *Merkner/Schmidt-Bendun*, Verdeckte Sacheinlage und/oder unzulässiges Hin- und Herzahlen? Cash-Pooling in der Rechtsprechung des BGH nach Inkrafttreten des MoMiG, NJW 2009, 3072 (3073); *Bormann/Urlichs*, Kapitalerhöhungen im Cash Pooling – welche Erleichterungen bringt das MoMiG tatsächlich?, DStR 2009, 641 (643).

³⁴ Vgl. *Hueck/Fastrich* (Fn. 11), § 19, Rn. 51; *Veil* (Fn. 5), Rn. 25 jeweils m.w.N.

³⁵ Vgl. *Veil* (Fn. 5), Rn. 16 m.w.N.

³⁶ Vgl. *Hueck/Fastrich* (Fn. 11), § 19, Rn. 54, 47; *Veil* (Fn. 5), Rn. 56 jeweils m.w.N.

³⁷ Vgl. *Veil* (Fn. 5), Rn. 58 f. m.w.N.

³⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 7.7.2003 – II ZR 235/01 = NJW 2003, 3127 (3129) m.w.N.: Nichtigkeit sowohl des Verpflichtungs- als auch des Erfüllungsgeschäftes.

Verträge über die Sacheinlage und die Rechtshandlungen zu deren Ausführung wirksam sind. Dies gilt nunmehr selbst für die Fälle der absichtlichen Umgehung der Kapitalaufbringungs Vorschriften.³⁹

Darüber hinaus ist in § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG eine Anrechnungslösung vorgesehen, wonach der Wert einer verdeckt eingebrachten Sacheinlage per Gesetz auf die Geldeinlagepflicht des Gesellschafters angerechnet wird. Die Anrechnung erfolgt automatisch, also ohne dass eine Willenserklärung einer Partei erforderlich wäre.⁴⁰ Sie geschieht aber gemäß § 19 Abs. 4 S. 3, 4 GmbHG auch in dem Fall, in dem die Sacheinlage bereits vor Eintragung der Gesellschaft eingebracht worden ist, erst nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, ansonsten zum Zeitpunkt der Überlassung des Vermögensgegenstandes.

Rechtsfolge der Anrechnung ist, dass die Bareinlageverpflichtung des Gesellschafters mit Eintragung insoweit erlischt, als der Wert des eingebrachten Vermögensgegenstandes zu deren Deckung ausreicht. Spiegelbildlich entfällt zu diesem Zeitpunkt die ursprüngliche Unwirksamkeit der Leistung des Inferenten.⁴¹

Hieraus folgt insbesondere im Falle der Einbringung von Forderungen gegen die Gesellschaft das Problem der Bewertung des Anspruchs, welchen der Inferent im Wege der Kapitalerhöhung einlegt. Denn oft wird Hintergrund einer Kapitalerhöhung sein, dass die Gesellschaft sich auf dem Kredit- oder Kapitalmarkt keine Liquidität mehr verschaffen kann, oder nur noch zu sehr ungünstigen Konditionen. Folglich wird der Wert dieser Forderungen regelmäßig unter deren Nennwert liegen, insbesondere im Falle von Sanierung mittels Vornahme von Debt-Equity-Swaps wird er oft nahe Null anzusetzen sein.

Die Beweislast für die Vollwertigkeit zum maßgeblichen Zeitpunkt trägt gemäß § 19 Abs. 4 S. 5 GmbHG der Inferent, was im Hinblick auf die Verjährungsfrist nach § 19 Abs. 6 S. 1 und 2 GmbHG bei diesem nicht unerheblichen Beratungs- und Dokumentationsaufwand verursachen wird. *Hueck/Fastrich*⁴² sprechen sich hier für eine Analogie zu § 33a AktG aus, was zweifellos interessengerecht erscheint.

Jedoch bleibt – wie oben ausgeführt – festzuhalten, dass der Geschäftsführer, falls er an einer verdeckten Sacheinlage mitwirkt, sich neben den Gesellschaftern nach § 9a Abs. 1 GmbHG haftbar macht und gegen die Strafvorschrift des § 82 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG verstößt.

Zudem verletzt er auch seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft. Hieraus folgt seine mögliche Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG, wenn der Wert der verdeckten Sacheinlage nicht denjenigen der übernommenen Einlageverpflichtung erreicht, was insbesondere in denjenigen Fällen relevant sein wird, in denen der Inferent in die Insolvenz fällt.⁴³ Folglich müsste der Geschäftsführer selbst eine eigenständige Bewertung dieser Forderung vornehmen und dies gegebenenfalls darlegen und beweisen, um seiner zivilrechtlichen Verantwortlichkeit zu entgehen.

Nachdem jedoch selbst dies nichts am Vorliegen einer Pflichtverletzung, die zu seiner Abberufung führen kann, ändert, und den Geschäftsführer ebenso wenig von seiner

³⁹ So zu Recht *Veil* (Fn. 5), Rn. 32.

⁴⁰ Vgl. *Hueck/Fastrich* (Fn. 11), § 19, Rn. 59 m.w.N.

⁴¹ Vgl. *Hueck/Fastrich* (Fn. 11), § 19, Rn. 63; *Veil* (Fn. 5), Rn. 39 jeweils m.w.N.

⁴² *Hueck/Fastrich* (Fn. 11), § 19, Rn. 65 m.w.N.

⁴³ Vgl. *Veil*, Die Reform des Rechts der Kapitalaufbringung durch den RegE MoMiG, ZIP 2007, 1241 (1244) m.w.N.

strafrechtlichen Verantwortlichkeit befreit, kann dem betreffenden Geschäftsführer nur geraten werden, eine solche Einlage nicht anzunehmen und stattdessen auf eine (offene) Sacheinlage zu drängen. Dies wird aber dem Geschäftsführer schlicht aufgrund seiner Stellung im Verhältnis zu den Gesellschaftern, die ihm stets Weisungen erteilen und ihn jederzeit abberufen können, nicht immer möglich sein. Zwar braucht er rechtswidrige Weisungen nicht umzusetzen, jedoch bliebe ihm lediglich die Möglichkeit, sein Amt niederzulegen. Dies kann aber insbesondere bei einem Fremdgeschäftsführer, der aus der Tätigkeit seinen Lebensunterhalt bestreitet, für diesen keine sinnvolle Handlungsalternative darstellen. Folglich entsteht hier ein für den Geschäftsführer kaum lösbarer Konflikt, so dass die Neuregelung jedenfalls für diesen keine wesentliche Erleichterung bringt.

C. Kapitalerhaltung

Der in § 30 GmbHG niedergelegte Grundsatz der Kapitalbindung mit dem generellen Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG ist ein zentrales Fundament des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts, dem auch zentrale Bedeutung für den Gläubigerschutz beigemessen wird. Selbstverständlich ist dieser Grundsatz auch bei den zu untersuchenden Finanzierungsvorgängen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern anwendbar, was in der Vergangenheit zu erheblichen Problemen und Rechtsrisiken führte.

I. Upstream-Finanzierung

Bislang waren im Falle der Upstream-Finanzierung, falls und solange bei der Gesellschaft eine Unterbilanzsituation oder gar eine bilanzielle Überschuldung vorlag, die §§ 30 Abs. 1 S. 1, 31 Abs. 1 S. 1 GmbHG a.F. anzuwenden. Folglich galt eine Kreditgewährung an Gesellschafter, die mit über 10% am Grundkapital beteiligt sind, als verbotene Rückzahlung von Eigenkapital, was die Haftung des Gesellschafters und auch der Geschäftsführer zur Folge hatte. Dies galt selbst dann, wenn die Gesellschaft einen vollwertigen Gegenanspruch erhielt, und damit bilanziell ein reiner Aktivtausch vorlag. Denn der BGH hatte die bilanzielle Betrachtungsweise dieser Vorgänge in der sog. *Novemberentscheidung*⁴⁴ abgelehnt.

Nunmehr hat der Gesetzgeber des MoMiG die bilanzielle Betrachtungsweise in § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG gesetzlich angeordnet, so dass Upstream-Finanzierung stets möglich ist, wenn ein vollwertiger Rückgewähranspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter besteht. Darüber hinaus hat der BGH in der Entscheidung *MPS* die Grundsätze der *Novemberentscheidung* aufgegeben und die Geltung der bilanziellen Betrachtungsweise auch für Altfälle angeordnet.⁴⁵

Theoretisch ist es zwar denkbar, dass der Bundesgerichtshof nunmehr solche Upstream-Finanzierungen unter dem Gesichtspunkt des existenzvernichtenden Eingriffs würdigt. Hierfür könnte als Anhaltspunkt dienen, dass in der Entscheidung *Trihotel* von einem Nebeneinander der Ansprüche die Rede ist.⁴⁶ Dagegen spricht allerdings das Abstellen auf reine Missbrauchssachverhalte und damit auf einen gezielten, betriebsfremden Zwecken dienenden Eingriff des Gesellschafters in das Gesellschaftsvermögen, welcher zur Insolvenz führt, sowie das Heranziehen von § 826 BGB als Anspruchsgrundlage.⁴⁷ Darüber hinaus

⁴⁴ S. BGH, Urteil vom 24.11.2003 – II ZR 171/01 = NJW 2004, 1111 f.

⁴⁵ S. BGH, Urteil vom 1.12.2008 – II ZR 102/97 = NJW 2009, 850 (851 f.).

⁴⁶ S. BGH, Urteil vom 16.7.2007 – II ZR 3/04 = NJW 2007, 2689 (2690 f.).

⁴⁷ S. BGH (Fn. 46), NJW 2007, 2689 (2692); vgl. auch BGH, Urteil vom 13.12.2004 – II ZR 256/02 = ZIP 2005, 250 (252).

sollen mittels dieses Rechtsinstituts Schäden kompensiert werden, die durch eine reine Rückzahlung nicht ausgeglichen werden können.⁴⁸ Folglich wird die Anwendung des existenzvernichtenden Eingriffs auf Upstream-Finanzierungen wohl Ausnahmefällen vorbehalten bleiben.

In den Mittelpunkt der Betrachtung rückt daher zunächst die Frage der Werthaltigkeit des Gegenleistungsanspruchs im Sinne von § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG, welchen die Gesellschaft im Falle der Auszahlung an den Gesellschafter oder die Konzernmutter erhält. Diese ist – wie im Falle der verdeckten Sacheinlage – zum Zeitpunkt der Auszahlung an den Gesellschafter zu beurteilen. Im Rahmen der Beurteilung der Werthaltigkeit ist allerdings auf den Zeitpunkt der späteren Fälligkeit der Rückzahlung abzustellen, so dass die Durchsetzbarkeit des Rückzahlungsanspruches zu diesem Zeitpunkt voraussichtlich vorliegen muss.⁴⁹ Eigenverantwortlich zu beurteilen hat dies der Geschäftsführer nach vernünftiger kaufmännischer Betrachtung, der sonst dem Haftungsrisiko nach § 43 Abs. 2, 3 GmbHG ausgesetzt ist. Er kann sich insbesondere nicht auf eine Weisung der Gesellschafter zur Auszahlung oder einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss berufen, da ein gegen § 30 Abs. 1 GmbHG verstoßender Beschluss zum einen nichtig, jedenfalls aber nichtvollziehbar ist, zum anderen eine Weisung an den Geschäftsführer dessen Haftung nach § 43 Abs. 3 GmbHG nicht ausschließt.⁵⁰

Eine Besicherung des Rückzahlungsanspruchs ist nicht erforderlich, wenn Bonität und Solvenz des Gesellschafters, über die sich der Geschäftsführer stets eigenverantwortlich und aktiv informieren muss, vorliegen.⁵¹ Kontrovers diskutiert wird dagegen die Frage, ob eine angemessene Verzinsung Voraussetzung der Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs ist.⁵² Hierfür spricht m.E. entscheidend die bilanzielle Notwendigkeit, unverzinsliche Forderungen in der Handelsbilanz bilanziell auf den Barwert abzuschreiben.⁵³ Auch im Steuerecht hat der BFH das Erfordernis der Abschreibung für den umgekehrten Fall der Downstream-Finanzierung in einer auf § 6 Nr. 3 S. 1 EStG gestützten Entscheidung nochmals ausführlich erläutert.⁵⁴ Des Weiteren führen *Blasche/König*⁵⁵ zu Recht an, dass bei Fehlen einer Verzinsung keine wirtschaftlich sinnvolle Leistungsbeziehung vorliegt. Somit ließe sich in diese Richtung argumentieren, dass der Wortlaut „vollwertiger Gegenleistungsanspruch“ für dieses Erfordernis spricht. Allerdings kann m.E. nicht die Argumentation des BGH in der *MPS-Entscheidung* zur Begründung herangezogen werden.⁵⁶ Die entsprechende Urteils Passage lautet: „Der dadurch entstehende Nachteil [...] ist aber ein anderer als derjenige eines die ganze Darlehenssumme ergreifenden [...] Kreditrisikos (...)“⁵⁷ und spricht m.E. eher für die Gegenauffassung einer getrennten Betrachtung der Auszahlung und des Zinsschadens.⁵⁸ Letztlich überwiegen m.E. dennoch die Argumente, welche für eine notwendige Verzinsung sprechen, bei weitem. Zudem ist dies für den handelnden

⁴⁸ S. BGH, NJW 2007, 2689 (2691). Der BGH spricht hier explizit von „Kollateralschäden“.

⁴⁹ Vgl. *Hueck/Fastrich* (Fn. 11), § 30, Rn. 43, 56; *Blasche/König*, Upstream-Darlehen vor dem Hintergrund des neuen § 30 Abs. 1 GmbHG, GmbHR 2009, 897 (899); *Winter*, Upstream-Finanzierung nach dem MoMiG-Regierungsentwurf, DStR 2007, 1484 (1486) jeweils m.w.N. Dies folgt auch aus den Ausführungen des BGH in der *MPS-Entscheidung* (Fn. 45), NJW 2009, 850 (852).

⁵⁰ Vgl. *Hueck/Fastrich* (Fn. 11), § 30, Rn. 66; *Blasche/König*, GmbHR 2009, 897 (901) jeweils m.w.N.

⁵¹ Vgl. *Hueck/Fastrich* (Fn. 11), § 30, Rn. 56; *Blasche/König*, GmbHR 2009, 897 (900) jeweils m.w.N.

⁵² Dafür sprechen sich *Winter*, DStR 2007, 1484 (1487) sowie *Blasche/König*, GmbHR 2009, 897 (899 f.) jeweils m.w.N., dagegen *Hueck/Fastrich* (Fn. 11), § 30, Rn. 56 m.w.N. aus.

⁵³ Vgl. *Winter*, DStR 2007, 1484 (1487) sowie *Blasche/König*, GmbHR 2009, 897 (899) jeweils m.w.N.

⁵⁴ S. BFH, Beschluss vom 6.10.2009 – I R 4/08 = DStR 2009, 2587 ff.

⁵⁵ S. *Blasche/König*, GmbHR 2009, 897 (899 f.).

⁵⁶ So aber *Blasche/König*, GmbHR 2009, 897 (890).

⁵⁷ S. BGH (Fn. 45), NJW 2009, 850 (852, Rz. 17).

⁵⁸ S. *Hueck/Fastrich* (Fn. 11), § 30, Rn. 56, 34 f. m.w.N.

Geschäftsführer der einzige sichere Weg, da er nur so eine Pflichtverletzung nach § 43 Abs. 2, 3 GmbHG vermeiden kann. Denn auch die Gegenauffassung von *Hueck/Fastrich* nimmt im Fall der unverzinslichen Darlehensgabe eine verbotene Auszahlung in Höhe der erzielbaren Zinserträge an.⁵⁹

Spätere Verschlechterungen der Bonität des Gesellschafters haben auf die Anwendung von § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG keinen Einfluss, so dass die Leistung nicht ex nunc unzulässig wird. Allerdings ist der Geschäftsführer nach § 43 Abs. 1 GmbHG zur ständigen Prüfung der Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs verpflichtet und muss das Darlehen bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Gesellschafters stets kündigen und zurückfordern, will er sich nicht nach § 43 Abs. 2, 3 GmbHG ersatzpflichtig machen. Somit kann auch ein reines Upstream-Darlehen die Einführung geeigneter Informationspflichten oder eines Frühwarnsystems erforderlich machen.⁶⁰

Diese Pflicht und auch diejenige zur ursprünglichen Bewertung des Finanzierungsvorgangs, gegebenenfalls gegen den Willen der Gesellschafter, belasten m.E. den betroffenen Geschäftsführer – wie auch die Neuregelung zum Hin- und Herzahlen – in unbilliger Weise. Es ergeben sich dieselben geschilderten Probleme für den Geschäftsführer⁶¹, der aufgrund seiner Stellung vor kaum lösbare Konflikte gestellt wird.

II. Downstream-Finanzierung - Eigenkapitalersatzrecht

Ein vom Gesellschafter an die GmbH gewährtes Darlehen war bislang nach Ansicht des BGH aufgrund der Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters bei Vorliegen oder Eintreten einer Unterbilanz oder bilanziellen Überschuldung und einer Beteiligung des betreffenden Gesellschafters von über 10% wie Eigenkapital der Gesellschaft anzusehen („verhaftet“). Eine spätere Rückzahlung an den Gesellschafter war folglich einer Rückzahlung von Eigenkapital gleichzusetzen mit der Folge der Haftung von Gesellschafter und Geschäftsführer nach §§ 30 Abs. 1, 31 Abs. 1, 6 GmbHG analog.⁶²

Dies hat der Gesetzgeber des MoMiG grundsätzlich geändert: Zunächst einmal erfolgt die Anordnung der Nichtanwendbarkeit der Kapitalerhaltungsvorschriften auf die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen in § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG, so dass für eine Anwendung von §§ 30, 31 GmbHG analog kein Raum mehr verbleibt. Stattdessen gilt nunmehr eine Subordination sämtlicher Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, verbunden mit der Schaffung von Anfechtungsrechten des Insolvenzverwalters nach § 135 Abs. 1 InsO, falls dem Gesellschafter hinsichtlich seiner Forderung Sicherung in den letzten zehn Jahren oder Befriedigung in dem letzten Jahr vor Insolvenzeröffnung gewährt wurde. Ergänzt wird diese Regelung mit der Auffangbestimmung des § 6 AnfG, der ein ebensolches Anfechtungsrecht enthält und hauptsächlich den Fall der Ablehnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse betrifft.⁶³

Folglich kann es nunmehr – außerhalb von § 6 AnfG – lediglich bei Insolvenz zur „Verhaftung“ von Downstream-Darlehen kommen. Erfasst werden allerdings nunmehr

⁵⁹ S. *Hueck/Fastrich* (Fn. 11), § 30, Rn. 34a m.w.N.

⁶⁰ Vgl. *Blasche/König*, GmbHR 2009, 897 (890); *Hueck/Fastrich* (Fn. 11), § 30, Rn. 63 jeweils m.w.N.

⁶¹ S. oben B. II.

⁶² St. Rspr. seit BGH, Urteil vom 14.12.1959 – II ZR 187/57 = BGHZ 31, 258 (272 f.); vgl. auch BGH, Entscheidung vom 26.3.1984 – II ZR 14/84 = BGHZ 90, 370 (380) m.w.N.

⁶³ Vgl. hierzu *Hueck/Fastrich* (Fn. 11), Anh § 30, Rn. 16 m.w.N.

sämtliche Gesellschafterdarlehen, unabhängig von der Feststellung einer Krisenfinanzierung. Das Prinzip des Eigenkapitalersatzrechts, begründet mit der Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters, ist damit aufgegeben.⁶⁴

Dies wird von weiten Teilen der Literatur kritisiert, da es nunmehr an einer sachlichen Rechtfertigung für die Sonderbehandlung der betreffenden Gesellschafterkredite fehle.⁶⁵ Demgegenüber lässt sich jedoch einwenden, dass das bislang geltende deutsche Eigenkapitalersatzrecht vor allem wegen seiner Komplexität und Unübersichtlichkeit wachsender Kritik ausgesetzt war.⁶⁶ Das neue Recht schafft dagegen eine klare und einfach zu handhabende Regelung⁶⁷, was auch die Kritiker zugeben.⁶⁸ Zudem lässt sich die Sonderbehandlung der Gesellschafterdarlehen m.E. durchaus damit begründen, dass ein Gesellschafter nicht zuletzt aufgrund seiner Informationsrechte als Insider anzusehen und deshalb mit „echten“ Fremdkapitalgebern nur begrenzt vergleichbar ist.⁶⁹ Ebenso lässt sich die Haftungsbeschränkung⁷⁰ als solche sowie die Verhinderung von Fehlanreizen bei drohendem Scheitern einer haftungsbeschränkten Gesellschaft⁷¹ anführen. Darüber hinaus spricht ganz eindeutig für die Regelung, dass sie für sämtliche Kapitalgesellschaften und damit auch EU-Auslandsgesellschaften gilt.⁷²

III. Insolvenzverursachungshaftung, § 64 S. 3 GmbHG

Die neu eingeführte Vorschrift des § 64 S. 3 GmbHG ergänzt die Anfechtungsmöglichkeit des § 135 Abs. 1 InsO, indem sie eine Haftung des Geschäftsführers für solche Zahlungen an die Gesellschafter begründet, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten.⁷³ Hierdurch wurde ein präventives Schutzinstrument geschaffen, um jenseits einer bilanziellen Betrachtungsweise eine Haftung des Geschäftsführers für solche Auszahlungen zu konstituieren, die dazu führen, dass die Gesellschaft ihrer Fähigkeit zur Gläubigerbefriedigung beraubt wird.⁷⁴

Inwieweit diese Regelung tatsächlich zur Verbesserung des Gläubigerschutzes beiträgt, bleibt abzuwarten. Ihre praktische Bedeutung für die hier interessierenden Finanzierungsvorgänge wird sich aber m.E. im Wesentlichen auf Fälle der Uneinbringlichkeit der Rückforderungsansprüche gegen den betreffenden Gesellschafter beschränken.

⁶⁴ Allg. M., vgl. *K. Schmidt*, Normzwecke und Zurechnungsfragen im Recht der Gesellschafter-Fremdfinanzierung. Grundfragen zur Neufassung der §§ 39, 135 InsO, *GmbHR* 2009, 1009 (1012); *Altmeyen*, Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis, *NJW* 2008, 3601 (3602); *Habersack*, Gesellschafterdarlehen nach dem MoMiG: Anwendungsbereich, Tatbestand und Rechtsfolgen der Neuregelung, *ZIP* 2007, 2145 (2146 f.); *Noack*, Der Regierungsentwurf des MoMiG – Die Reform des GmbH-Rechts geht in die Endrunde, *DB* 2007, 1395 (1398); *Hueck/Fastrich* (Fn. 11), Anh § 30, Rn. 5 jeweils m.w.N.

⁶⁵ Vgl. u.a. *K. Schmidt*, *GmbHR* 2009, 1009 (1011 ff.); *Altmeyen*, *NJW* 2008, 3601 (3602 f.) jeweils m.w.N.

⁶⁶ Vgl. die Nachweise bei *Altmeyen*, *NJW* 2008, 3601 (3602) und *K. Schmidt*, *GmbHR* 2009, 1009 (1010).

⁶⁷ Vgl. *Hueck/Fastrich* (Fn. 11), Anh § 30, Rn. 7; *Habersack*, *ZIP* 2007, 2145 (2146, 2153) m.w.N.

⁶⁸ Vgl. *Altmeyen*, *NJW* 2008, 3601 (3603, 3607); *K. Schmidt*, *GmbHR* 2009, 1009 (1019).

⁶⁹ So zu Recht *Noack*, *DB* 2007, 1395 (1398) m.w.N.

⁷⁰ So *Habersack*, *ZIP* 2007, 2145 (2147) m.w.N.

⁷¹ So *Hueck/Fastrich* (Fn. 11), Anh § 30, Rn. 6 m.w.N.

⁷² Vgl. Regierungsbegründung, BT-Drucksache 16/6140, 57; *Hueck/Fastrich*, Anh § 30, Rn. 12; *Habersack*, *ZIP* 2007, 2145 (2147) jeweils m.w.N.

⁷³ Vgl. *Hueck/Fastrich* (Fn. 11), Anh § 30, Rn. 18 m.w.N.

⁷⁴ Vgl. *Haas*, Aktuelle Fragen zur Krisenhaftung des GmbH-Geschäftsführers nach § 64 GmbHG, *GmbHR* 2010, 1 (2) m.w.N.

D. Cash-Pool

Einen wichtigen Anwendungsfall der Up- und Downstream-Finanzierung in Konzernen bildet das Cash-Pooling, bei welchem Liquidität – teilweise täglich – zentral gebündelt und anschließend wieder an die Konzerngesellschaften verteilt wird. Zweck des Cash-Pooling ist es, Kreditaufnahmen der Konzerngesellschaften bei Kreditinstituten zu vermeiden, oder größere Summen gebündelt kurzfristig zu besseren Konditionen anlegen zu können.

I. Gründung

Fließt nach der Gründung die vom Gesellschafter geleistete Stammeinlage anschließend über ein Cash-Pool-Konto an den Gesellschafter zurück, liegt eindeutig Hin- und Herzahlen nach § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG vor.⁷⁵ Folglich sind die oben unter B. I. dargestellten Voraussetzungen zu beachten, damit der Leistung einlagebefreiende Wirkung zukommt. Der Rückgewähranspruch der Gesellschaft muss also vollwertig im Sinne von § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG sein, zudem ist die Leistung bzw. die Vereinbarung der Leistung in der Handelsregisteranmeldung anzugeben gemäß § 19 Abs. 5 S. 2 GmbHG.

II. Kapitalerhöhung

Im Falle einer Kapitalerhöhung folgt aus der Neuregelung der verdeckten Sacheinlage und des Hin- und Herzahlens in § 30 Abs. 4 und 5 GmbHG im Falle der Einzahlung auf ein Cash-Pool-Konto nach Ansicht des BGH in der Entscheidung *Cash-Pool II*⁷⁶ zunächst Folgendes:

Leistet der Gesellschafter auf ein Cash-Pool-Konto, das einen negativen Saldo zu Lasten der Gesellschaft aufweist, so ist diese Leistung als verdeckte Sacheinlage nach §§ 56 Abs. 2, 19 Abs. 4 S. 1 GmbHG zu werten. Denn wirtschaftlich legt der Gesellschafter nichts anderes als eine Forderung gegen die Gesellschaft und damit eine Sache ein. Wenn der Gesellschafter dagegen auf ein Cash-Pool-Konto mit einem positiven Saldo zu Gunsten der Gesellschaft leistet, und dieser Betrag anschließend aufgrund der Cash-Pool-Vereinbarung an den Gesellschafter zurückgewährt wird, liegt Hin- und Herzahlen nach §§ 56 Abs. 2, 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG vor.⁷⁷

Selbstverständlich werden in der Praxis auch sehr häufig Fälle vorkommen, in denen sowohl eine verdeckte Sacheinlage als auch ein Hin- und Herzahlen vorliegen: Wenn beispielsweise das Cash-Pool-Konto einen negativen Saldo von EUR 50.000 aufweist, und der Gesellschafter aufgrund Kapitalerhöhung EUR 100.000 auf das Konto einzahlt, so sind die ersten EUR 50.000 als verdeckte Sacheinlage und die zweiten EUR 50.000 bei deren Rückfluss als Hin- und Herzahlen zu werten. Genau dieser Umstand und derjenige, dass die Salden auf Cash-Pool-Konten ständig wechseln, erschwert die praktische Anwendung der Neuregelung im Falle der Kapitalerhöhung ungemein.

Denn der Geschäftsführer weiß oft nicht, ob seine Gesellschaft einen positiven oder negativen Saldo zum Zeitpunkt der Handelsregisteranmeldung haben wird, geschweige denn dessen Höhe. Dies ist jedoch von zentraler Bedeutung, da der Geschäftsführer bei verdeckter

⁷⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 20.7.2009 – II ZR 273/07 = NJW 2009, 3091 (3092) m.w.N.

⁷⁶ S. BGH (Fn. 75), NJW 2009, 3091 ff. m.w.N.

⁷⁷ Vgl. BGH (Fn. 75), NJW 2009, 3091 (3092) m.w.N.

Sacheinlage seine Pflichten verletzt und im Zweifel eine falsche Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG abgibt, was seine Haftung nach § 9a Abs. 1 GmbHG und seine Strafbarkeit nach § 82 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG begründet.⁷⁸ Folglich darf auch nach Einführung des MoMiG bei Vorliegen eines negativen Saldos zu Lasten der Gesellschaft eine Kapitalerhöhung im Cash-Pool nicht erfolgen.⁷⁹ Für den Gesellschafter selbst bietet die Neuregelung dagegen einen erheblichen Vorteil, kommt er doch in den Genuss der Anrechnung nach § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG.

Für den Fall, dass das Saldo zugunsten der Gesellschaft durchgehend positiv ist, sind die Voraussetzungen des Hin- und Herzählens nach §§ 56 Abs. 2, 19 Abs. 5 GmbHG wie oben unter B. I. dargestellt, einzuhalten, einschließlich der Offenlegungspflicht nach § 19 Abs. 5 S. 2 GmbHG.

Sollte eine Kapitalerhöhung in einer solchen Gesellschaft erforderlich oder gewünscht sein, stellt das MoMiG durch die Ermöglichung des Hin- und Herzählens ganz eindeutig eine erhebliche Erleichterung für Cash-Pools dar. Festzuhalten bleibt jedoch, dass, vom Fall des durchhaft positiven Saldos zugunsten der Gesellschaft abgesehen, nach wie vor der sicherste Weg darin besteht, die Gesellschaft zeitweilig aus dem Cash-Pool herauszunehmen.⁸⁰

E. Wertung und Fazit

Kritisch wird bereits seit Längerem die Frage der Tauglichkeit des Festkapitalsystems und damit der Kapitalaufbringung und -erhaltung als (einziges) Prinzip des Gläubigerschutzes gesehen.⁸¹ Diese Frage bleibt auch nach einer Studie aus dem Jahr 2008, welche KPMG im Auftrag der EU zur Reformierung der EU-Kapitalerhaltung verfasst hat⁸², umstritten. Zwar wird dort festgestellt, dass nach Ansicht der befragten Unternehmen das nominelle Kapital für die Beurteilung der Bonität eines Unternehmens eine geringe Rolle spielt, sondern vielmehr Kennzahlen wie das Nettoeigenkapital oder die Marktkapitalisierung im Fokus stehen.⁸³ Jedoch geht aus der Studie andererseits auch hervor, dass in wichtigen Bereichen der Gläubigerschutz mittels des Festkapitalsystems durchaus gestärkt werden kann, so beispielsweise bezüglich der möglichen Höhe von Ausschüttungen⁸⁴ und der Warnfunktion des Verlustes des Stammkapitals⁸⁵.

Trotz der prinzipiellen Kritik bleiben Kapitalaufbringung und -erhaltung auch nach Inkrafttreten des MoMiG in der Bundesrepublik das wichtigste und tragende Element des Gläubigerschutzes, das nunmehr für Tatbestände, die sich nicht unter den existenzvernichtenden Eingriff subsumieren lassen, durch die Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 S. 3 GmbHG ergänzt wird.

Was die Neuregelung im Detail angeht, so bleibt festzuhalten, dass das MoMiG mit Einführung der bilanziellen Betrachtungsweise und der Anrechnungsmöglichkeit verdeckter

⁷⁸ Vgl. oben B. II.

⁷⁹ Vgl. *Bormann/Urlichs*, DStR 2009, 641 (643 f.).

⁸⁰ Vgl. *Bormann/Urlichs*, DStR 2009, 641 (645); *Lieder*, GmbHHR 2009, 1177 (1180) jeweils m.w.N.

⁸¹ Vgl. statt Vieler: *Eidenmüller*, Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, ZGR 2007, 168 ff.

⁸² Feasibility study on an alternative to the capital maintenance regime established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an examination of the impact on profit distribution of the new EU accounting regime – KPMG – January 2008, abrufbar unter www.europa.eu.

⁸³ A.a.O., 145.

⁸⁴ A.a.O., 306 f.

⁸⁵ A.a.O., 279, 308.

Sacheinlagen die beschriebenen Finanzierungsvorgänge erheblich erleichtert. Dies kommt in erster Linie den Gesellschaftern zugute. Darüber hinaus ergibt sich auch für die Geschäftsführer im Rahmen des neugefassten § 30 Abs. 1 GmbHG eine deutliche Erleichterung, da „feste“ Bilanzwerte und das Vorliegen einer Insolvenz besser zu handhaben sind als eine – bislang theoretisch erforderliche – permanente Prüfung, ob insgesamt eine Unterbilanzsituation vorliegt. Aus diesem Grunde verringert sich auch das Haftungsrisiko der Gesellschafter und Geschäftsführer aus § 31 Abs. 3, 6 GmbHG, so dass die Reform insoweit positiv zu werten ist.

Allerdings wird die Haftung der Geschäftsführer im Übrigen durch erweiterte Pflichten, offensichtliche Interessenkonflikte für Fremdgeschäftsführer und die Verlagerung der Risiken von den Gesellschaftern auf die Geschäftsführer erheblich verschärft.⁸⁶ Aus der Ausweitung der Geschäftsführerhaftung folgt m.E. zudem keine nennenswerte Erhöhung von Gläubiger- und Verkehrsschutz. Denn auf der anderen Seite kann Stammkapital nunmehr leichter an die Gesellschafter zurück- bzw. abfließen. Die Geschäftsführer als Haftungsadressaten sind dagegen in der Regel nicht solvent genug, um im Zweifel die Forderungen des Insolvenzverwalters ohne weiteres zu erfüllen. Im Falle von Gesellschafter-Geschäftsführern führt die Haftungsverschärfung häufig auch nur zu einer Anspruchskonkurrenz. Übrig bleibt die Hoffnung, dass die Verschärfung der Geschäftsführerhaftung zu besserer Einhaltung der Pflichten führt.

Darüber hinaus führen die Neuregelungen auch zu größerer Transparenz der Finanzierungsvorgänge. Zum einen muss das Hin- und Herzahlen offen gelegt werden, um die Befreiungswirkung des § 19 Abs. 5 GmbHG zu erlangen, was m.E. gerade bei jungen Gesellschaften den Gläubigerschutz stärkt.⁸⁷ Darüber hinaus erfolgt die Verhaftung sämtlicher Darlehen in der Insolvenz, wodurch eine eindeutige Regelung geschaffen wurde, die zur Prozessvermeidung im Insolvenzfall erheblich beitragen könnte. Aus Sicht des Gläubigerschutzes ließe sich allerdings einwenden, dass dies bei Berücksichtigung der tatsächlich gezahlten Quoten in der Praxis nicht von herausragender Bedeutung sein dürfte und – abgesehen von § 64 S. 3 GmbHG – nun kein präventives (Kapital-) Schutzinstrument mehr zur Verfügung steht.

Dennoch überwiegen m.E. die Vorteile der Neuregelung insbesondere aufgrund der Klarheit der Regelungen, welche nunmehr für die Up- und Downstream-Finanzierung gelten und für sämtliche Gesellschaftsformen und damit auch für Auslandsgesellschaften wie die Limited britischen Rechts anwendbar sind.⁸⁸ Vor allem sind die Neuregelungen transparenter für internationale Unternehmen und Investoren, denen bislang beispielsweise die Folgen der *Novemberentscheidung*⁸⁹ kaum zu vermitteln waren. Hierdurch wird die GmbH im internationalen Wettbewerb der Rechtsformen und Rechtsordnungen erheblich gestärkt. Mit Spannung abzuwarten bleibt freilich, ob sich die deutsche GmbH auch nach Einführung der *SPE*⁹⁰ im Wettbewerb der Rechtsformen behaupten können wird.

⁸⁶ S. dazu ausführlich K. Schmidt, GmbHR 2008, 449 ff.

⁸⁷ S. oben B. I. 2.

⁸⁸ S. oben C. II.

⁸⁹ S. BGH, Urteil vom 24. 11.2003 – II ZR 171/01 = NJW 2004, 1111 ff.

⁹⁰ Societas Privata Europaea, vgl. Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft vom 25.6.2008, KOM(2008) 396, abrufbar über www.europa.eu.