



Partnerschaftlich
begleiten –
professionell beraten

RITTERSHAUS

Rechtsanwälte

Herausforderungen bei der Sanierung mittelständischer Konzerne

Heidelberg, den 15. September 2017

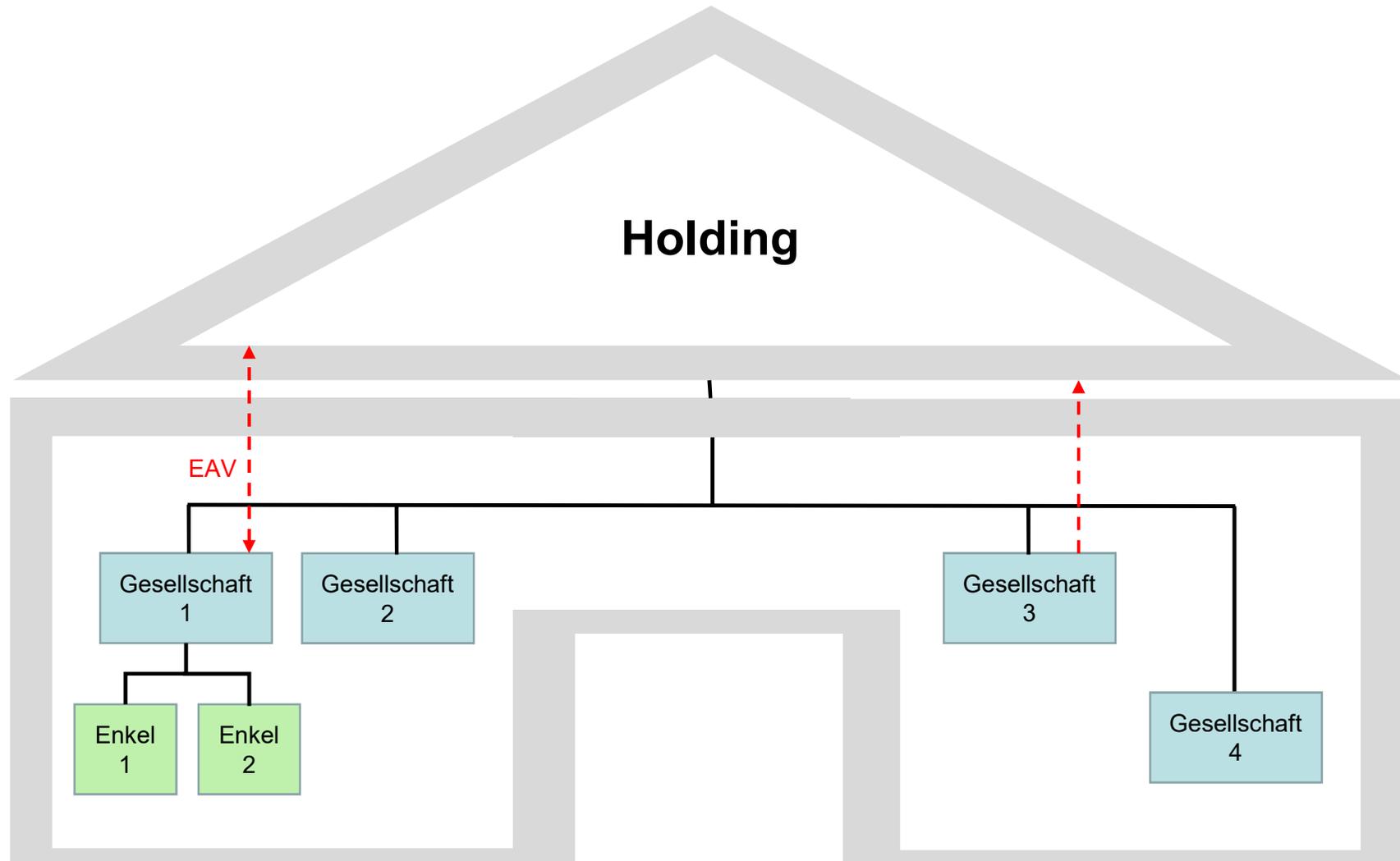
Dr. Martin Bürmann, Rechtsanwalt, Partner und Dozent beim
IfUS Lehrgang

Kristina R. Lindenfeld, Rechtsanwältin

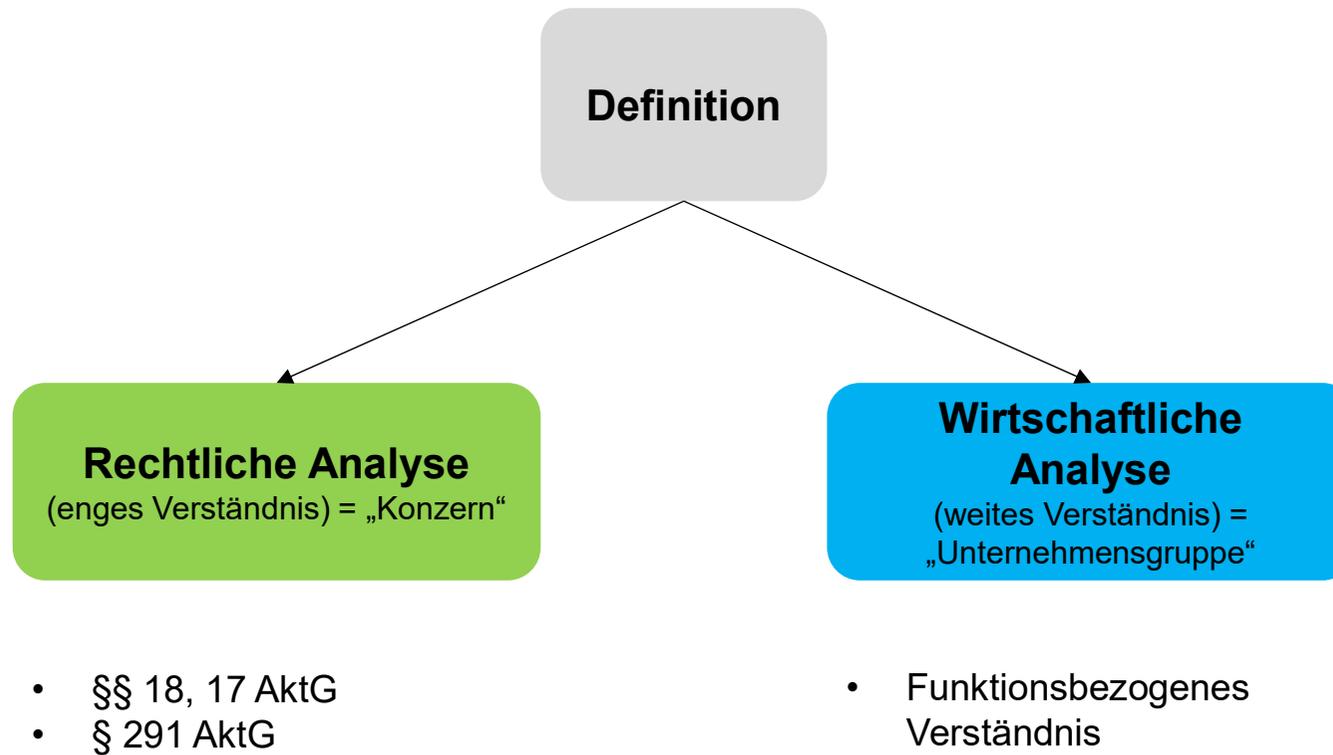
Inhaltsübersicht

- A. Der Konzern
- B. Cash-Pooling
- C. Außenfinanzierung und Limitation Language
- D. Außenfinanzierung und „Asset-based“ Lending

A. Der Konzern



A. Der Konzern



A. Der Konzern

- § 18 AktG (Konzern und Konzernunternehmen)
 - (1) *Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag (§ 291) besteht oder von denen das eine in das andere eingegliedert ist (§ 319), sind als unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt anzusehen. Von einem abhängigen Unternehmen wird vermutet, daß es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet.*
 - (2) *Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne daß das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt, so bilden sie auch einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.*

- § 17 AktG (Abhängige und herrschende Unternehmen)
 - (1) *Abhängige Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann.*
 - (2) *Von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen wird vermutet, daß es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist.*

- § 291 AktG (Beherrschungsvertrag. Gewinnabführungsvertrag)
 - (1) *Unternehmensverträge sind Verträge, durch die eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt (Beherrschungsvertrag) oder sich verpflichtet, ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen (Gewinnabführungsvertrag). Als Vertrag über die Abführung des ganzen Gewinns gilt auch ein Vertrag, durch den eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien es übernimmt, ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen Unternehmens zu führen.*
 - (2) *Stellen sich Unternehmen, die voneinander nicht abhängig sind, durch Vertrag unter einheitliche Leitung, ohne daß dadurch eines von ihnen von einem anderen vertragschließenden Unternehmen abhängig wird, so ist dieser Vertrag kein Beherrschungsvertrag.*
 - (3) *Leistungen der Gesellschaft bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags gelten nicht als Verstoß gegen die §§ 57, 58 und 60.*

A. Der Konzern

Unternehmensgruppe

Art. 10 des Gesetzes
zur Erleichterung
der Bewältigung von
Konzerninsolvenzen
Inkrafttreten am
21. April 2018



Geltung ab 21. April 2018:

§ 3e InsO (Unternehmensgruppe):

- (1) *Eine Unternehmensgruppe im Sinne dieses Gesetzes besteht aus rechtlich selbständigen Unternehmen, die den Mittelpunkt ihrer **hauptsächlichen Interessen im Inland** haben und die unmittelbar oder mittelbar miteinander verbunden sind durch*
 1. *die Möglichkeit der Ausübung eines **beherrschenden Einflusses** oder*
 2. *eine Zusammenfassung unter **einheitlicher Leitung**.*
- (2) *Als Unternehmensgruppe im Sinne des Absatzes 1 gelten auch eine Gesellschaft und ihre persönlich haftenden Gesellschafter, wenn zu diesen weder eine natürliche Person noch eine Gesellschaft zählt, an der eine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter beteiligt ist, oder sich die Verbindung von Gesellschaften in dieser Art fortsetzt.*

A. Der Konzern

Unternehmensgruppe

§ 3e Abs. 1 Nr. 1 InsO:

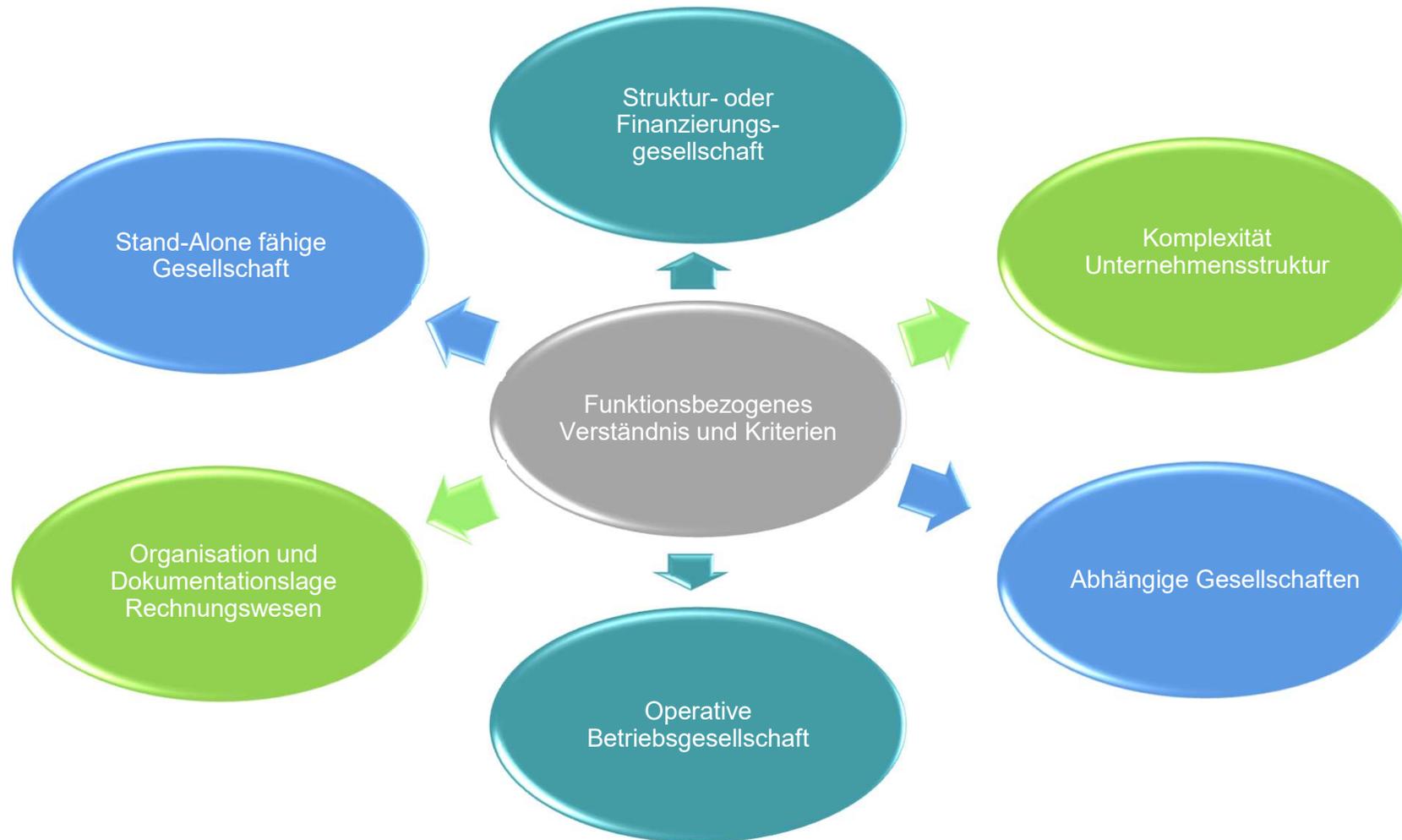
- ⇒ Muttergesellschaft muss keine Kapitalgesellschaft sein
- ⇒ Voraussetzungen für Konzernabschluss wirken sich auf Gruppenbegriff nicht aus !

§ 3e Abs. 1 Nr. 2 InsO:

 Streitig, ob

- Enger Konzernbegriff (Leitung erfasst sämtliche oder zumindest alle wesentlichen Funktionsbereiche) oder
- Weiter Konzernbegriff (Leitung in einzelnen wesentlichen Funktionen genügt)

A. Der Konzern



A. Der Konzern

Gesamt- oder Einzelbetrachtung?

Grds. Einzelbetrachtung

⇒ Zahlungsunfähigkeit und Überschuldungsstatus für jede Konzern- bzw. Gruppengesellschaft zu prüfen

⚠ ⇒ Aber: Besondere Prüfung der Liquiditätssituation sowie der vertraglichen und finanziellen Verflechtungen innerhalb der Gruppe: „Dominoeffekt“!

Praxistipp
Prüfung für wesentliche
Gesellschaften bei
Mandatsübernahme als
ersten Schritt:
• Liquiditätsstatus
• Überschuldungsstatus
• Fortführungsprognose

A. Der Konzern

Zahlungsunfähigkeit – Abgrenzung zur Zahlungsstockung

- Zahlungsstockung begründet keine Zahlungsunfähigkeit
- BGH, Urt. v. 24. Mai 2005, Az.: IX ZR 123/04:

Eine bloße Zahlungsstockung ist anzunehmen, wenn der Zeitraum nicht überschritten wird, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die benötigten Mittel zu leihen. Dafür erscheinen drei Wochen erforderlich, aber auch ausreichend.

A. Der Konzern

Zahlungsunfähigkeit - Bei Zahlungseinstellung

- (Widerlegliche) Vermutung nach § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO:

*Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. **Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.***

- Zahlungseinstellung - BGH (18.7.2013, IX ZR 143/12): Schuldner ist außerstande, den erheblichen Teil seiner Verbindlichkeiten zu erfüllen (vereinzelte Zahlungen, auch wenn in beachtlicher Höhe, helfen nicht; keine absolute Mindesthöhe für Erheblichkeit);
- Aufgrund von Verhalten des Schuldners oder Personen, die berechtigt sind, für ihn zu handeln (z.B. nicht bei Kontensperrung);
- Einstellung für Gläubiger erkennbar (ein Gläubiger reicht (!));
- Beseitigung (nur) durch Wiederaufnahme der Zahlungen (Nachweis bloßer Zahlungsunwilligkeit reicht nicht aus).

A. Der Konzern

Beweisanzeichen der Rechtsprechung zur Zahlungseinstellung

- Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen
- Verspätete Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen nach mehrmonatiger Einstellung
- Erklärung, nicht zahlen zu können oder das Ignorieren von Rechnungen und Mahnungen
- Gescheiterte Vollstreckungsversuche
- Nichtzahlen von Löhnen und Gehältern
- Insolvenzanträge von Gläubigern
- Bei Ratenzahlungsvereinbarungen bleibt erste Rate aus

Risiko im Konzern

Warenlieferungen an konzernangehörige Unternehmen

Ermittlung nach IDW S. 11 – In der Praxis aber oft eindeutig

A. Der Konzern

Überschuldung → Zweistufige Prüfung

- **Positive Fortführungsprognose** = Wenn das Unternehmen im laufenden und nächsten Geschäftsjahr seine Verbindlichkeiten zum Zeitpunkt der Fälligkeit bedienen kann (= Zahlungsfähigkeitsprognose)
 - **Bei positiver Fortführungsprognose**: Keine Überschuldung / ZU
- **Bei negativer Fortführungsprognose**: Drohende Zahlungsunfähigkeit (ggf. schon Zahlungsunfähigkeit) und häufig auch überschuldet
 - **Erstellung Überschuldungsstatus**

Risiko im Konzern

Notwendige Ausbuchung von Forderungen aus der Bilanz gegen Konzerngesellschaften
→ dem „gesunden“ Unternehmen droht plötzlich Überschuldung !

A. Der Konzern

Antragspflichten

- § 15a Abs. 1 InsO

*Wird eine juristische Person zahlungsunfähig oder überschuldet, haben die **Mitglieder des Vertretungsorgans** oder die Abwickler ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber **drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung**, einen Eröffnungsantrag zu stellen.*

- Bei Führungslosigkeit Antragspflicht der Gesellschafter

3-Wochen-Frist ist Höchstfrist (!)

A. Der Konzern

Ziffer 2.7 F & A zu IDW S. 6:

„Gibt es die Sanierungsfähigkeit eines Konzerns oder bezieht sich die Sanierungsfähigkeit immer auf eine rechtliche Einheit?“

- IDW Life 12/2016

A. Der Konzern

Gibt es die Sanierungsfähigkeit eines Konzerns oder bezieht sich die Sanierungsfähigkeit immer auf eine rechtliche Einheit?

A: *„Ist das Unternehmen in einen Konzern- oder eine Unternehmensgruppe (...) eingebunden oder ist die Sanierungsfähigkeit für einen Konzern zu beurteilen, ist Folgendes zu beachten: Aufgrund von wirtschaftlichen, finanziellen und rechtlichen Verflechtungen können die Fortführungsprognose sowie die Wettbewerbs- und Renditefähigkeit regelmäßig nicht ausschließlich auf Ebene eines einzelnen Unternehmens des Konzerns beurteilt werden, sondern nur unter Einbeziehung dieser Verflechtungen und – insb. soweit die Fortführungsprognose betroffen ist – auch der Liquiditätssituation und Entwicklung der Gesellschaften des Konzerns (Konzernliquiditätsplanung).“*

A. Der Konzern

Gibt es die Sanierungsfähigkeit eines Konzerns oder bezieht sich die Sanierungsfähigkeit immer auf eine rechtliche Einheit?

A: Im Einzelnen:

- (Drohende) Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung (§§ 17 ff. InsO) sind für die jeweiligen inländischen Konzerngesellschaften getrennt voneinander zu beurteilen (...).
- Für die Fortführungsfähigkeit des Konzerns ist es nicht erforderlich, dass alle Konzerngesellschaften fortgeführt werden können. Soweit die Fortführung einzelner Konzerngesellschaften nicht beabsichtigt ist, muss dies in der Planung abgebildet sein und im Konzept erläutert werden.
- Bei Konzernen kommen der Konzern-Liquidität und der Konzern-Liquiditätsplanung (...) besondere Bedeutungen zu.
- Zur Beurteilung der Fortführungsfähigkeit eines Konzernunternehmens muss daher nicht nur die eigene verfügbare Liquidität, sondern auch die des Konzerns auf Basis des Sanierungskonzepts berücksichtigt werden.
- Voraussetzung hierfür ist, dass ein Zugriff auf freie Liquidität im Konzern hinreichend gesichert erscheint, bspw. i.S. eines vertraglich vereinbarten Cash-Poolings oder durch entsprechende Liquiditätsgarantien (Konzernrückhalt), wobei evtl. Kündigungsmöglichkeiten sowie die Bonität der Cash-Pool führenden Gesellschaft in die Beurteilung einzubeziehen sind.
- Voraussetzung ist weiter, dass der Transferierbarkeit von Liquidität im Konzern keine rechtlichen (z.B. bei sog. upstream-Darlehen) oder sonstigen Hindernissen (z.B. bei Devisenverkehrsbeschränkungen) entgegenstehen.

A. Der Konzern

BGH Urt. v. 12. Mai 2016, IX ZR 65/14, NZG 2016, S. 1034 f. zu den Anforderungen an ein schlüssiges Sanierungskonzept:

- Dauerhafte, uneingeschränkte Zahlungsfähigkeit zu erwarten;
- Schlüssige Darlegung 1) der Ursachen der Krise und 2) der geplanten Maßnahmen;
- Voraussetzungen IDW S. 6 / MaS als Leitlinien für Sanierungskonzept:

*„Insgesamt erforderlich ist eine Analyse der Verluste und der Möglichkeit deren künftiger Vermeidung, eine Beurteilung der Erfolgsaussichten und der Rentabilität des Unternehmens in der Zukunft und Maßnahmen zur Vermeidung oder Beseitigung der (drohenden) Insolvenzreife (...) ggf. sind Art und Höhe einzuwerbenden frischen Kapitals darzustellen sowie die Chance, dieses tatsächlich zu gewinnen (...). Ein Sanierungsplan, der zu einer Verneinung des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes des Insolvenzschuldners führt, muss dagegen nicht bestimmten formalen Erfordernissen entsprechen, wie sie etwa das Institut für Wirtschaftsprüfer e.V. in den IDW S. 6 (IDW S. 6) oder das Institut für die Standardisierung von Unternehmenssanierungen (ISU) als Mindestanforderung an Sanierungskonzepte (MaS) aufgestellt haben. **Die Einhaltung der dort für erforderlich gehaltenen Voraussetzungen mag für eine erfolgreiche Sanierung in der Regel eine positive Prognose ermöglichen. Sie ist aber nicht zwingend erforderlich und vor allem bei kleinen Unternehmen nicht in vollem Umfang geboten. Auch dort muss jedoch die Prüfung der wirtschaftlichen Lage des Schuldners im Rahmen seiner Wirtschaftsbranche analysiert und müssen die Krisenursachen sowie die Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage erfasst werden (...). (...) Eine Gläubigerbenachteiligung ist jedoch mit einem Sanierungskonzept nur dann nicht verbunden, wenn das Schuldnerunternehmen auf der Grundlage der gegenwärtigen Erkenntnisse **dauerhaft saniert wird.**“***

A. Der Konzern

Zusammenfassung:

- Einzelbetrachtung
- Aber: Auswirkungen auf den Gesamtkonzern!
- Schlüssiges Gesamtkonzept für Sanierung / Sanierungsgutachten?

Bei wahrscheinlicher oder unvermeidlicher Insolvenz :

- Prüfung von Gestaltungsspielräumen zur finanziellen Sicherung der Überlebensfähigkeit einzelner Konzerngesellschaften (Begleichung von Verbindlichkeiten, etc.)
- Prüfung Strukturmaßnahmen (Umstrukturierungen, Ausgliederungen) zur Schaffung von lebensfähigen Teileinheiten

B. Cash-Pooling



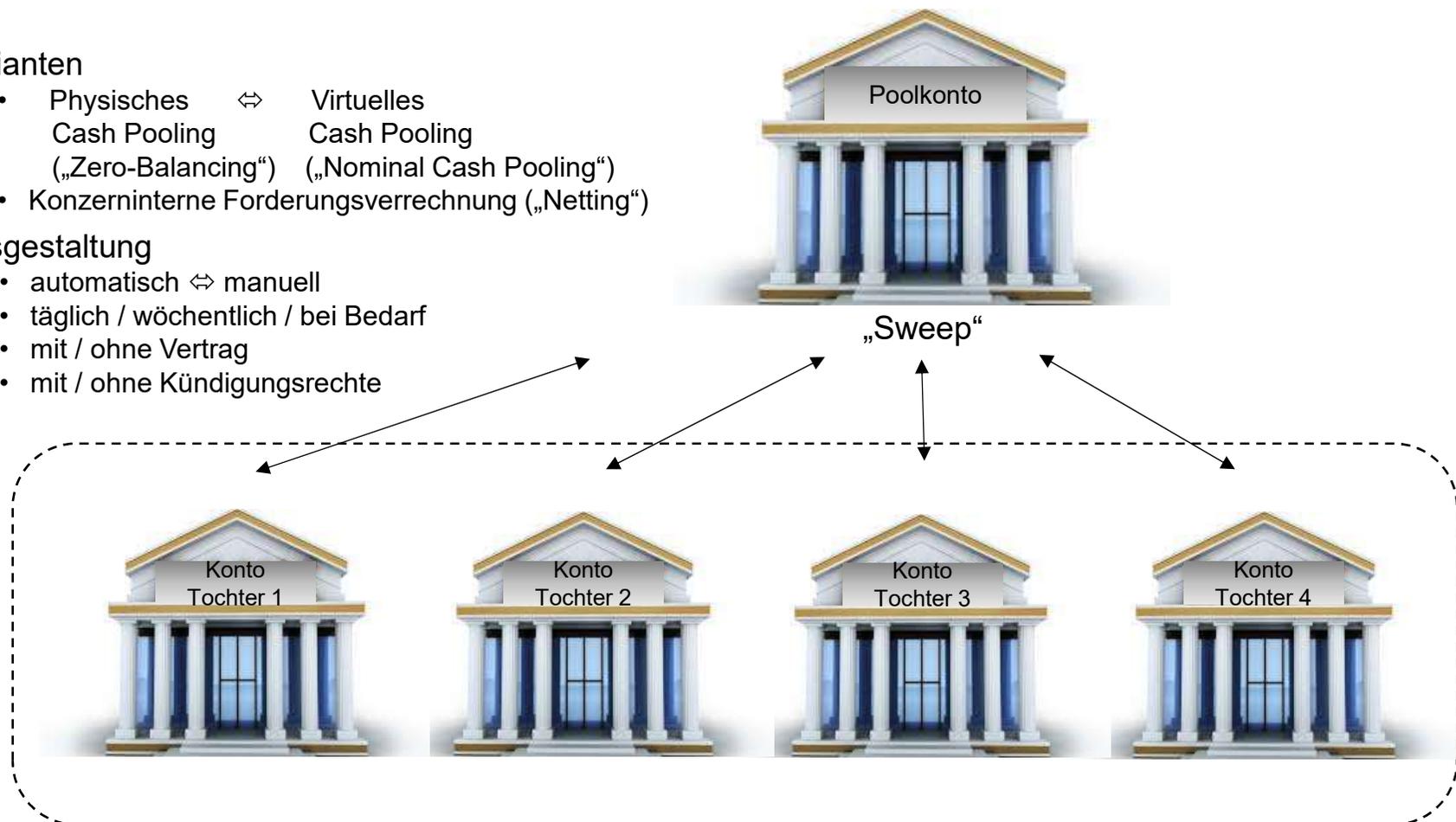
B. Cash-Pooling

⇒ Varianten

- Physisches Cash Pooling („Zero-Balancing“) ↔ Virtuelles Cash Pooling („Nominal Cash Pooling“)
- Konzerninterne Forderungsverrechnung („Netting“)

⇒ Ausgestaltung

- automatisch ↔ manuell
- täglich / wöchentlich / bei Bedarf
- mit / ohne Vertrag
- mit / ohne Kündigungsrechte



B. Cash-Pooling

Ausgangsüberlegungen

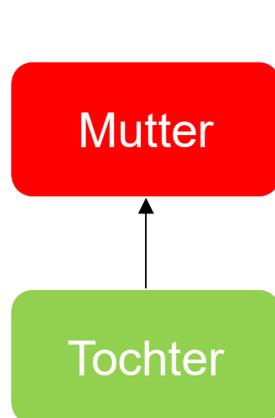
- ➔ • Mutter zahlt Rechnungen für Gesamtkonzern
 - Mutter ist Poolführer
 - Häufig bestehen EAVs
- ➔ • Darlehen **Tochter an Mutter** = Upstream-Darlehen an Gesellschafter
 - Darlehen **Mutter an Tochter** = Gesellschafterdarlehen

Fragen

1. Darlehen Tochter an Mutter in Krise?
2. Darlehen Mutter an Tochter in Krise?
3. Anfechtungsrisiko bei Darlehensrückzahlung bei späterer Insolvenz?

B. Cash-Pooling

1a. Darlehen Tochter an Mutter?



- § 30 Abs. 1 GmbHG (Kapitalerhaltung)
Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. Satz 1 gilt nicht bei Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291 des Aktiengesetzes) erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewährungsanspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind. Satz 1 ist zudem nicht anzuwenden auf die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen.
- § 31 Abs. 1 GmbHG (Erstattung verbotener Rückzahlungen)
Zahlungen, welche den Vorschriften des § 30 zuwider geleistet sind, müssen der Gesellschaft erstattet werden.

Prüfung

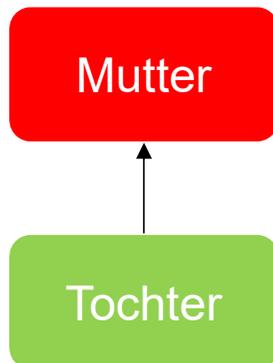
- Stammkapital angegriffen?

Liegt Ausnahme vor?

- Nachweis der Werthaltigkeit des Rückgewähranspruchs durch Gutachten
- Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag?
 - ⇒ Aber  wenn herrschendes Unternehmen vss. Verlustausgleichspflicht nicht vollständig nachkommen kann, **streitig**, aber nach h. M. Verstoß gegen § 30 GmbHG

B. Cash-Pooling

1a. Darlehen Tochter an Mutter?

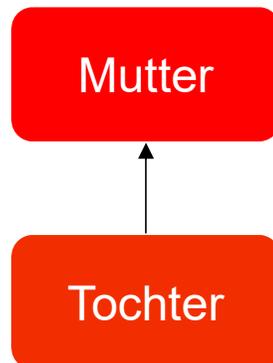


Risiken für Geschäftsführung der Tochter:

- Bei Nichterfüllung: der Verlustausgleichspflicht durch Mutter bei EAV
⚠ ⇒ § 43 Abs. 3 GmbHG / § 64 S. 3 GmbHG
Lösung:
laufende Unterrichtung über Liquidität Muttergesellschaft
 - Befolgung rechtswidriger Weisungen der Muttergesellschaft durch Tochter
⚠ keine Enthftung des GF bei Befolgung rechtswidriger Weisungen
Lösung:
Wahrnehmung eigenständiger Prüfungspflicht des Geschäftsführers
- ⚠ Der Berater der Gesellschaft kann nicht den Geschäftsführer beraten.

B. Cash-Pooling

1b. Darlehen Tochter an Mutter?



⚠ § 64 GmbHG (Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung)

Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Dies gilt nicht von Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. Die gleiche Verpflichtung trifft die Geschäftsführer für Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dies war auch bei Beachtung der in Satz 2 bezeichneten Sorgfalt nicht erkennbar. Auf den Ersatzanspruch finden die Bestimmungen § 43 Abs. 3 und 4 entsprechende Anwendung.

⇒ **Satz 1: Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit / Überschuldung**

⚠ Beweislastumkehr bei Antragspflichtverletzung

⇒ **Satz 3: Haftung für zur Zahlungsunfähigkeit führende Zahlungen**

- Begründet nach BGH Leistungsverweigerungsrecht des Geschäftsführers

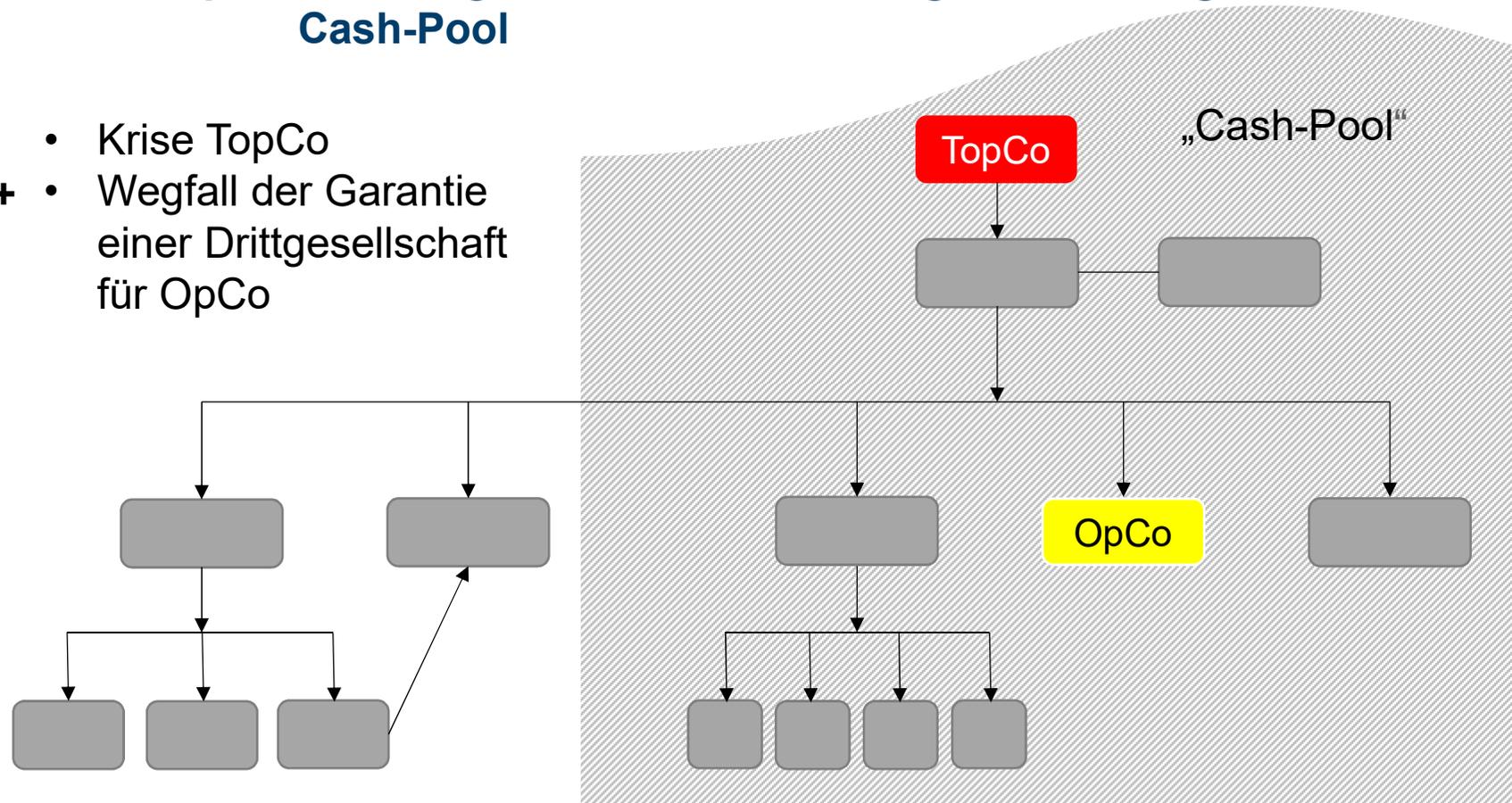
⇒ Keine Privilegierung der Konzerninteressen; jede Gesellschaft für sich zu betrachten

⚠ ggf. Untreue des Geschäftsführers

B. Cash-Pooling

Fallbeispiel: Beratung der Geschäftsführung der Tochtergesellschaft im Cash-Pool

- Krise TopCo
- + • Wegfall der Garantie einer Drittgesellschaft für OpCo



B. Cash-Pooling

Bilanz OpCo vor Krise

Aktiva			Passiva		
A	Anlagevermögen	EUR 6,5 Mio.	A	gez. Kapital	EUR 4,5 Mio.
				Kapitalrücklage	EUR 12 Mio.
				Gewinnrücklagen	EUR 0,4 Mio.
				Eigenkapital	EUR 16,9 Mio.
B	Umlaufvermögen		B	Rückstellungen	
	I Vorräte	EUR 1,2 Mio.		Pensionen	EUR 30,1 Mio.
	II Forderungen u. Sonstiges (LuL, verbundene Unternehmen, sonstige)	EUR 17,5 Mio.		Steuer, Sonstiges	EUR 6,5 Mio.
	III Guthaben bei KI	EUR 34,1 Mio.			
			C	Verbindlichkeiten (LuL, verbundene Unternehmen, sonstige)	EUR 5,8 Mio.
		EUR 59,3 Mio.			EUR 59,3 Mio.

B. Cash-Pooling

Bilanz OpCo nach Krise

Aktiva			Passiva		
A	Anlagevermögen	EUR 6,5 Mio.	A	gez. Kapital	EUR 4,5 Mio.
				Kapitalrücklage	EUR 0,42 Mio.
				Gewinnrücklagen	EUR 0,4 Mio.
				Bilanzverlust	EUR 21,7 Mio.
				Eigenkapital	EUR -17,2 Mio.
B	Umlaufvermögen		B	Rückstellungen	
	I Vorräte	EUR 1,2 Mio.		Pensionen	EUR 30,1 Mio.
	II Forderungen u. Sonstiges (LuL, verbundene Unternehmen, sonstige)	EUR 17,5 Mio.		Steuer, Sonstiges	EUR 6,5 Mio.
	III Guthaben bei KI				
	neg. EK	EUR 0,34,1 Mio.			
		EUR 17,2 Mio.			
			C	Verbindlichkeiten (LuL, verbundene Unternehmen, sonstige)	EUR 5,8 Mio.
		EUR 42,4 Mio.			EUR 42,4 Mio.
		EUR 59,3 Mio.			EUR 59,3 Mio.

B. Cash-Pooling

Fallbeispiel: Beratung der Geschäftsführung der Tochtergesellschaften in Cash-Pool

Anschreiben an TopCo [Auszug]:

- *„in a first step, the management requires **information on the profit and cash situation** and related risks of the **major companies that have liabilities towards the cash pool** [...].“*
- *„[...] the company will also require a promissory note from a solvent party with a sustainable business perspective or [...] a **security from a solvent party** or [...] repayment of an amount [sufficient to guarantee maintenance of share capital].“*
- *„[...] **otherwise termination of cash pool agreement with immediate effect** [...] and request of repayment.“*
- + Darstellung Pflichten der Geschäftsführung

B. Cash-Pooling

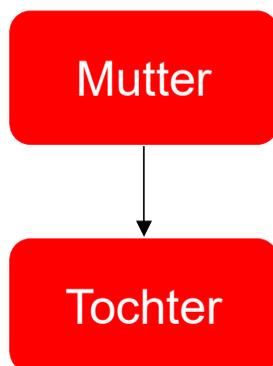
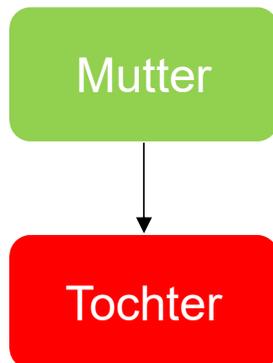


Fazit: Darlehen Tochter an Mutter

- Ausgestaltung / Prüfung Cash-Pool Vereinbarung
 - ⇒ sind Forderungen sofort liquidierbar?
 - ⇒ fristloses Kündigungsrecht?
- **Abschalten „automatischer“ Zahlungen**
- Prüfung konsolidierte Liquiditätsplanung
- Sonderfall Vertragskonzern: Nicht Prüfung Rückgewähranspruch, sondern Vollwertigkeit des Verlustausgleichsanspruchs! Beachtung der Grenzen des Weisungsrechts

B. Cash-Pooling

2. Darlehen Mutter an Tochter?



- Nachrang gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO (Privilegierungen § 39 Abs. 4 und 5 InsO in der Praxis irrelevant)
- \triangleq Grundsätzen der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes? (§ 43 Abs. 1 GmbHG)

- § 64 GmbHG bezüglich Vermögen Mutter

B. Cash-Pooling



Fazit: Darlehen Mutter an Tochter

- Grundsätzlich weniger problematisch in der Krise als Darlehen Tochter an Mutter
- Dennoch: Abstellen „automatisches System“ auf „manuelles System“
- Aber: Problematischer als Darlehen Tochter an Mutter im Rahmen späterer Insolvenz der Tochter wegen Anfechtung

B. Cash-Pooling

3. Anfechtung von Rückzahlungen in der Insolvenz?

- Besonders relevant bei Insolvenz der Tochtergesellschaft bei physikalischem Cash-Pooling
-  § 135 Abs. 1 und Abs. 2 InsO (Gesellschafterdarlehen)

Abs. 1: Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 oder für eine gleichgestellte Forderung

1. *Sicherung gewährt hat, wenn die Handlung in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist, oder*
2. *Befriedigung gewährt hat, wenn die Handlung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist.*

Abs. 2: Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, mit der eine Gesellschaft einem Dritten für eine Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens innerhalb der Absatz 1 Nr. 2 genannten Fristen Befriedigung gewährt hat, wenn ein Gesellschafter für die Forderung eine Sicherheit bestellt hatte oder als Bürge haftete; dies gilt sinngemäß für Leistungen auf Forderungen, die einem Darlehen wirtschaftlich entsprechen.

B. Cash-Pooling

3. Anfechtung von Rückzahlungen in der Insolvenz

- Dem Grunde nach (+): § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gilt auch für Cash-Pool
- In welcher Höhe? Offen:
 - ⇒ Unklar, ob BGH, Urt. vom 13. Juni 2013, Az.: IX ZR 259/12 (betraf Anfechtung einer Umbuchung gegenüber kontoführender Bank im Rahmen des Cash-Pools) und Begrenzung der Anfechtung auf die Verringerung des Schuldensaldos im Anfechtungszeitraums (Gesamtbetrachtung) auch auf Anfechtung innerhalb des Cash-Pools zu übertragen ist
 - ⇒ oder: durchschnittlicher Saldo
 - ⇒ oder: Summe aller Rückzahlungen

B. Cash-Pooling

3. Anfechtung von Rückzahlungen in der Insolvenz



Strategien:

- Umstellung auf virtuelles Cash-Pooling
- Bei physikalischen Cash-Pooling ggf. frühzeitiger Ausschluss der Tochter aus Cash-Pool (allerdings Risiko, Tochter wegen fehlender Folgefinanzierung durch Banken in die Insolvenz zu treiben)

B. Cash-Pooling

Zur Haftung des nur „kommissarischen“ Geschäftsführers nach § 64 GmbHG:

Verhinderung der Insolvenzzreife durch Cash-Pooling mit Muttergesellschaft nur, wenn Muttergesellschaft tatsächlich Finanzierungsverpflichtung erfüllt

Vgl. OLG München, Urt. v. 5. Oktober 2016, Az. 7 U 1996/16, GmbHR 2017, S. 147 ff:

*„Dieser Umstand ändert nämlich an der Insolvenzzreife der Schuldnerin nichts. An der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin würde dies bzw. das vom Beklagten behauptete „Cash-Pooling“ zwischen Muttergesellschaft und Schuldnerin nämlich nur dann etwas ändern, wenn es – wie nicht – eine **Zahlungszusage der Muttergesellschaft** gegeben hätte, wonach diese sich gegenüber der Schuldnerin **verpflichtet hat**, die zur Erfüllung der jeweils fälligen Verbindlichkeiten benötigten Mittel zur Verfügung zu stellen, wobei **weitere Voraussetzung ist, dass der Schuldnerin ein ungehinderter Zugriff auf die Mittel eröffnet wird oder die Muttergesellschaft ihrer **Ausstattungsverpflichtung tatsächlich nachkommt** (...).**“*

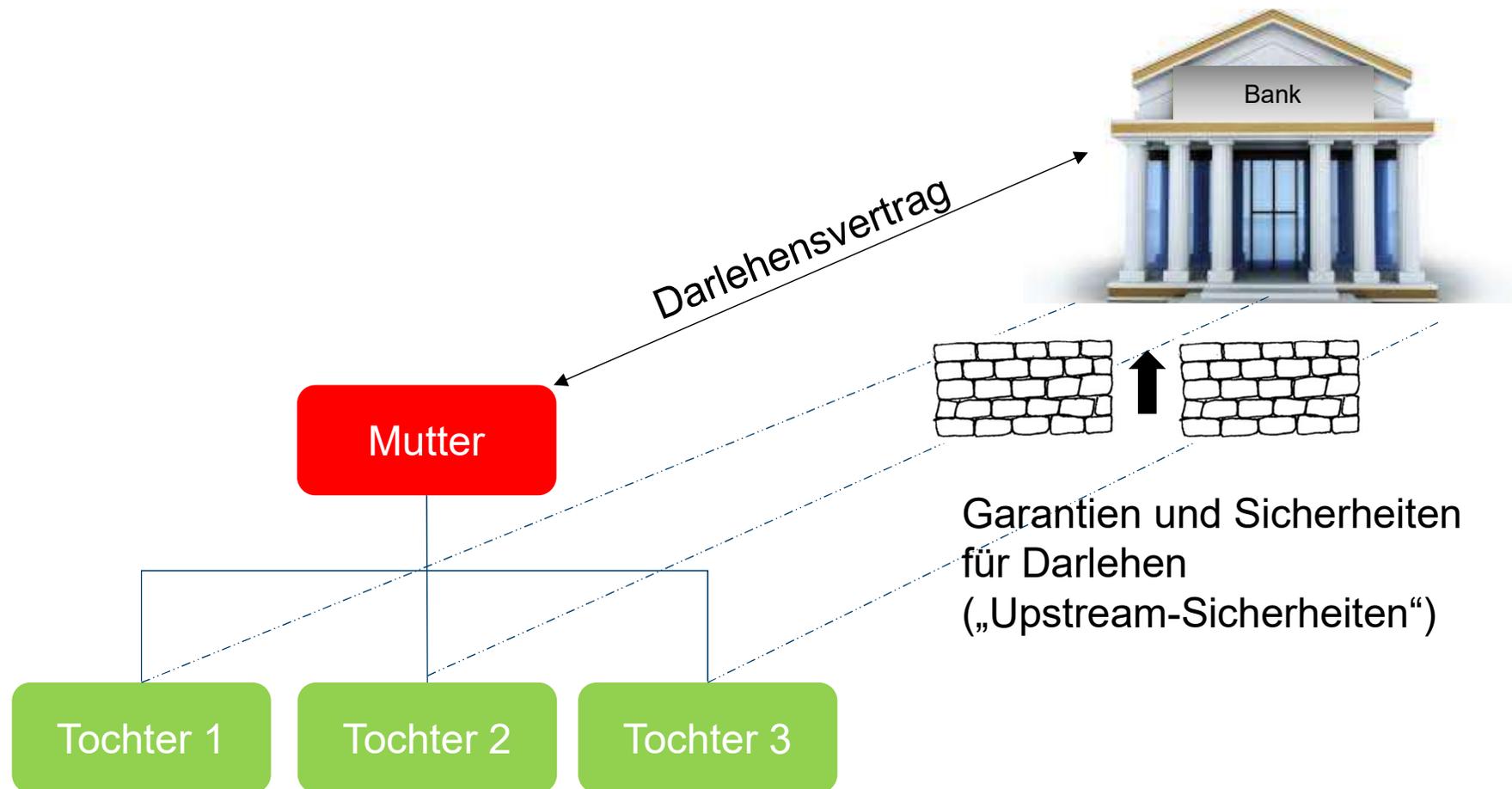
B. Cash-Pooling

Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit

Vgl. BGH, Urt. v. 26. Januar 2016, Az. II ZR 394/13, GmbHR 2016, S. 701 ff.:

*„Auch mit Hilfe einer Zahlungszusage der Gesellschafter, die sich gegenüber ihrer GmbH verpflichten, die zur Erfüllung der jeweils fälligen Verbindlichkeiten benötigten Mittel zur Verfügung zu stellen, kann die Zahlungsunfähigkeit der GmbH vermieden werden. **Dies setzt jedoch voraus, dass der GmbH ein ungehinderter Zugriff auf die Mittel eröffnet wird oder die Gesellschafter ihrer Ausstattungsverpflichtung tatsächlich nachkommen (...).**“*

C. Außenfinanzierung und Limitation Language



C. Außenfinanzierung und Limitation Language

- Limitation Language:

Verschafft Schuldner eine Einrede gegen die Verwertung bzw. Inanspruchnahme der gewährten Sicherheit, wenn sonst Verstoß gegen Kapitalerhaltungsregelungen / Liquiditätsschwierigkeiten drohen.

- Beispiel Limitation Language Bürgschaftserklärung:

„(1) Sofern die [Name des Sicherungsgebers] aus dieser Bürgschaft für Verbindlichkeiten der [Name des Sicherungsnehmers] haftet, kann die [Name des Sicherungsgebers] aus dieser Bürgschaft nur insoweit in Anspruch genommen werden, als eine Inanspruchnahme der Bürgschaft nicht dazu führt, dass

- a) eine Unterbilanz begründet wird, d.h. das Reinvermögen der [Name des Sicherungsgebers] unter den Betrag des Stammkapitals sinkt oder*
- b) eine bereits bestehende Unterbilanz der [Name des Sicherungsgebers] vertieft wird und*
- c) dies in jedem Einzelfall einen Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften von §§ 30, 31 GmbHG darstellt.“*

C. Außenfinanzierung und Limitation Language



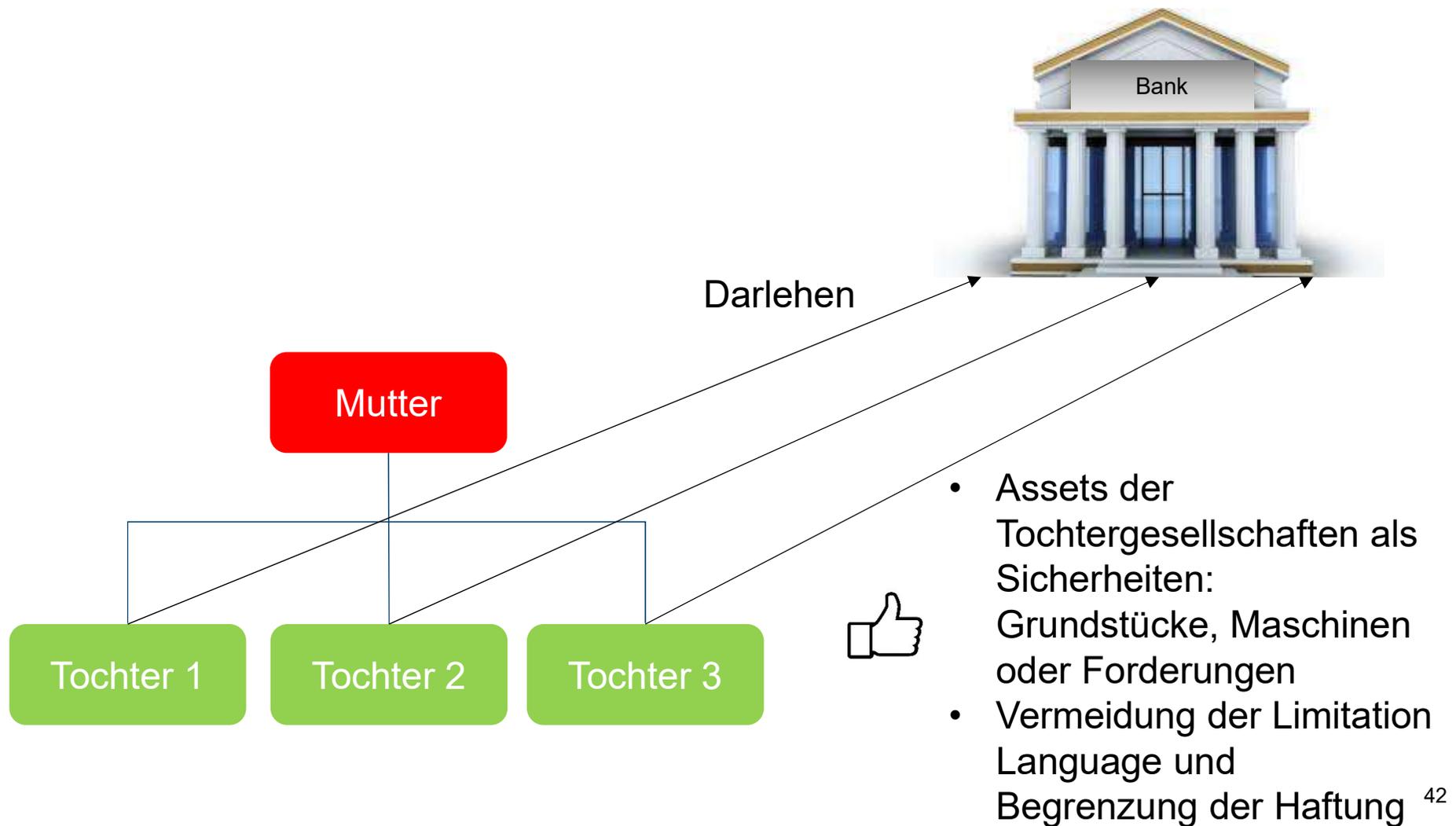
- Limitation Language gilt nach OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 8. November 2013, Az.: 24 U 80/13, nicht in der Insolvenz (str)

„Im Fall der Insolvenz der Tochtergesellschaft entfällt der maßgebliche Grund für die Einfügung der Limitation Language der Schutz der Geschäftsführer vor einer sie treffenden Haftung wegen unzulässiger Rückzahlungen an die Gesellschafter.“

- Große Unterschiede in der Ausgestaltung; Verhandlungssache
- Hat Auswirkungen auf späteren Finanzierungsbedarf



D. Außenfinanzierung und „Asset-based“ Lending



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Diese Folien geben lediglich einen unverbindlichen Überblick. Trotz sorgfältiger Erstellung können wir hierfür keine Haftung übernehmen. Als Ansprechpartner für eine etwaige Beratung stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.



Dr. Martin Bürmann
Rechtsanwalt

Tel. +49 (0) 621 / 42 56 – 229

Fax +49 (0) 621 / 42 56 – 250

martin.buermann@rittershaus.net



Kristina R. Lindenfeld
Rechtsanwältin

Tel. +49 (0) 621 / 42 56 – 235

Fax +49 (0) 621 / 42 56 – 250

kristina.lindenfeld@rittershaus.net

www.rittershaus.net



Büro Mannheim

Harrlachweg 4
68163 Mannheim
Tel.: +49 621 4256 0
Fax: +49 621 4256 250



Büro Frankfurt

Mainzer Landstraße 61
60329 Frankfurt/Main
Tel.: +49 69 274040 0
Fax: +49 69 274040 25



Büro München

Maximiliansplatz 10
Im Luitpoldblock
80333 München
Tel.: +49 89 121405 0
Fax: +49 89 121405 250