

## **Konturierung der Upstream-Finanzierung im faktischen Konzern**

*Zum Urteil des BGH vom 1. Dezember 2008 – II ZR 102/07, DB 2009, 106*

Auf den November folgt der Dezember. Diese Regel gilt nicht nur im Kalender. Auch in der Rechtsprechung des II. Zivilsenats (im Folgenden: Senat) lässt sie sich, wie das hier referierte Grundsatzurteil zeigt, beobachten: Im November 2003 hatte der Senat in einem Urteil (v. 24.11.2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72) die Kreditgewährung einer nicht konzernierten GmbH an ihre Gesellschafter beschränkt: Die Upstream-Finanzierung zu Lasten des gebundenen Vermögens der GmbH (§ 30 Abs. 1 GmbHG) war danach grundsätzlich auch dann eine verbotene Auszahlung von Gesellschaftsvermögen, wenn der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter im Einzelfall vollwertig sein sollte. Die Entscheidung ging als „November-Urteil“ in die Annalen der Senatsrechtsprechung ein. Sie stieß im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum eine ebenso ausgedehnte wie kontroverse Diskussion darüber an, ob und in welchem Umfang die Upstream-Konzernfinanzierung durch Tochtergesellschaften und das „Cash Pooling“ im GmbH- und AG-Konzern noch zulässig sind. Das nunmehr vorliegende „Dezember-Urteil“ bringt in diesem praktisch wichtigen Bereich an der Schnittstelle von Gesellschafts- und Konzernrecht mehr dogmatische Klarheit und Rechtssicherheit. Das gilt vor allem für Finanzierungsstrukturen, die bereits vor dem Inkrafttreten des MoMiG etabliert wurden.

### *Der Fall: 25 Upstream-Darlehen zu Euro 40 Mio. in 4 Jahren*

Der Sachverhalt im Streitfall konnte für den Zweck der erwünschten Rechtsfortbildung – das Berufungsgericht (OLG Jena, Urt. v. 25.04.2007 – 6 U 947/05, ZIP 2007, 1314) hatte hierzu die Revision zugelassen – kaum passender sein: Eine im Mehrheitsbesitz einer GmbH stehende, unternehmensvertraglich aber ungebundene AG hatte ihrer Hauptaktionärin im Laufe von vier Jahren (1998 – 2001) insgesamt 25 unbesicherte Darlehen mit einem Volumen von rund Euro 40 Mio. gewährt. Im Zeitraum der Vereinbarung und der Ausreichung der Darlehen war die Bonität der GmbH unstreitig nicht zweifelhaft. Die Abschlussprüferin der AG und der GmbH hatte im Jahr 2001 in ihrem Prüfungsbericht auf die Darlehen hingewiesen. Sie hatte angemerkt, es bestünden keine Hinweise darauf, dass die Darlehensforderungen der AG nicht werthaltig seien. Der Jahresabschluss 2000 der AG nebst dem Prüfungsbericht wurde, wie gesetzlich gefordert (§§ 170 f. AktG, 321 Abs. 5 HGB), dem Aufsichtsrat zur Billigung vorgelegt. Es kam, wie es kommen musste: Beide Gesellschaften wurden insolvent. Der Insolvenzverwalter der AG begehrte von zwei Mitgliedern des Aufsichtsrats Schadensersatz wegen der Uneinbringlichkeit der Darlehensforderungen in Höhe eines Teilbetrags von rund Euro 6,6 Mio. Die Klage hatte in erster Instanz überwiegenden, in zweiter Instanz vollen Erfolg.

### *Vergabe ungesicherter Upstream-Darlehen bei vollwertigem Rückzahlungsanspruch nicht nachteilig*

Auf die Revision der Beklagten hob der Senat das Berufungsurteil auf und verwies den Rechtsstreit zur weiteren Sachaufklärung zurück. Er lehnte die unter Rückgriff auf das November-Urteil begründete Auffassung des Berufungsgerichts ab, die Vergabe der Darlehen durch die abhängige AG (§ 17 Abs. 2 AktG) seien nachteilige Rechtsgeschäfte i.S. des § 311 Abs. 1 AktG. Die Vergabe ungesicherter Upstream-Darlehen sei als solche kein nachteiliges Rechtsgeschäft, wenn die Darlehensforderungen vollwertig und angemessen verzinst seien. Hinzutreten müsse eine konkrete Gefährdung der Vermögens- oder Ertragslage der Gesellschaft. Grund hierfür sei zum einen die Spezialität des § 311 AktG gegenüber dem regulären aktienrechtlichen Kapitalbindungsregime (§§ 57, 62, 93 Abs. 3 Nr. 1 AktG). Im faktischen Aktienkonzern sei die Nachteilszufügung gegen einen zeitlich gestreckten Ausgleich zulässig. Daher könne nicht jedes ungesicherte Upstream-Darlehen ein für die abhängige Gesellschaft nachteiliges Rechtsgeschäft sein. Zum anderen stelle § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG in der Fassung des MoMiG „klar“, dass keine Einlagenrückgewähr vorliege, wenn eine Leistung der Gesellschaft durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Aktionär gedeckt sei. Im faktischen Aktienkonzern könnten, da die §§ 311, 317 f. AktG als Privilegierung gegenüber § 57 AktG gedacht seien, keine strengeren Maßstäbe gelten. An den weiter gehenden Anforderungen seines November-Urteils halte der Senat daher auch für Altfälle vor dem MoMiG nicht mehr fest. Nicht deutlich wird, ob diese Rechtsprechungsänderung „nur“ den faktischen Aktienkonzern oder auch die konzernierte und die nicht konzernierte GmbH betrifft. Die „große Lösung“ erscheint jedoch wahrscheinlich.

### *Ex-ante- sowie laufende Kreditrisikoprüfung erforderlich*

Die Vollwertigkeit der Darlehensforderung müsse der Vorstand vor dem Abschluss des Darlehensvertrages – also aus einer ex-ante-Perspektive – nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG sorgfältig prüfen. Eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit der Darlehensrückzahlung sei aber nicht erforderlich. Mit dieser Eingangsprüfung habe es jedoch nicht sein Bewenden. Der Vorstand habe laufend etwaige Änderungen des Kreditrisikos zu überwachen. Bei umfangreichen upstream-Finanzierungen oder einem Cash-Management könne im Rahmen des § 91 Abs. 2 AktG die Einrichtung eines geeigneten Informations- oder Frühwarnsystems erforderlich werden. Die Unterlassung solcher Maßnahmen, einschließlich einer rechtzeitigen Kreditkündigung, könne

Schadensersatzansprüche auslösen. Fehle ein nach Sachlage erforderliches und geeignetes Informationssystem, so seien dafür auch die Mitglieder des Aufsichtsrats verantwortlich, §§ 111 Abs. 1, 116 AktG.

#### *Folgerungen für Organe der abhängigen Gesellschaft*

Das „Dezember-Urteil“ des Senats ist für die Praxis der Konzernfinanzierung von grundlegender Bedeutung. Es stellt die upstream-Finanzierung und das Cash-Pooling im faktischen Aktienkonzern, auch für die bereits vor dem MoMiG geschaffenen Finanzierungsstrukturen, auf eine transparente Grundlage: Die aufsteigende Konzernfinanzierung ist im Grundsatz erlaubt. Sie bleibt aber auch künftig riskant – nicht nur für die abhängige AG, sondern vor allem für deren Organmitglieder. Mit der Bonitätsprüfung bei Ausreichung der „upstream loans“ ist ihre Arbeit nicht getan. Sie fängt vielmehr erst an. Die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat sind gut beraten, zu tun – und zu dokumentieren – was der Senat von ihnen verlangt.

Das ist allerdings leichter gesagt als getan. Das Urteil konnte sich auf wenige abstrakte Formeln beschränken. Die haben es jedoch in sich: Was bedeutet es „laufend etwaige Änderungen des Kreditrisikos“ prüfen zu müssen? Die Frequenz der Prüfung lässt das ebenso offen wie die dabei heranzuziehenden (anzufordernden?) Unterlagen. Auch unter der von dem Senat bei umfangreichen Darlehen oder bei einem Cash-Management geforderten „Einrichtung eines geeigneten Informations- oder Frühwarnsystems zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft“ kann man sich alles und nichts vorstellen. Bei den mit der Bürde der Exkulpation beladenen Organmitgliedern (§§ 93 Abs. 2 Satz 2, 116 Satz 1 AktG) muss eine Sorge keimen: Scheitert das Darlehen oder der Cash Pool, so ist trotz allem redlichen Bemühen der Vorwurf vorprogrammiert, man habe keine ausreichenden Vorkehrungen getroffen oder schlicht nicht genug aufgepasst. Das Dezember-Urteil ist daher für Vorstände und Aufsichtsräte abhängiger AG weniger ein Weihnachts-, denn ein Danaergeschenk. Das gilt auch aus einem zweiten Grund: Der Druck des Mehrheitsaktionärs auf die Organmitglieder der abhängigen AG, sich an der Konzernfinanzierung zu beteiligen, wird durch das Urteil weiter steigen. Das Haftungsrisiko für die Organmitglieder und ihre D&O-Versicherer nimmt mithin auch aus diesem Grund zu. Diesen Zwiespalt kann man dem Senat jedoch nicht vorwerfen, da er die einschlägigen Vorschriften lediglich richtig angewandt hat. Zudem liegt das Urteil voll im rechtspolitischen Trend des MoMiG, die Kapitalerhaltung bei abhängigen Gesellschaften zu Gunsten der Praktikabilität der Konzerninnenfinanzierung zurückzustellen (siehe §§ 57 Abs. 1 Satz 3 AktG, 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG). Die Erosion der Kapitalerhaltung geht, wie der Besprechungsfall verdeutlicht, keineswegs mit einer Abschmelzung der Organpflichten einher.

#### *Folgerungen für Organe der Muttergesellschaft*

Das Dezember-Urteil sollte nicht nur in den nachgeordneten Ebenen der Konzernhierarchie zur Kenntnis genommen werden. Auch die gesetzlichen Vertreter der Konzernmuttergesellschaft sollte das Urteil veranlassen, bei der Einflussnahme auf die Darlehensvergabe durch die abhängige Tochter Vorsicht walten zu lassen. Die Empfehlung liegt bei personellen Verflechtungen durch Doppelmandate auf der Hand. Aber auch jenseits dieser Fälle können Vorstände oder Geschäftsführer der Konzernmutter nach § 317 Abs. 3 AktG neben dem herrschenden Unternehmen als Gesamtschuldner haften. Die Haftungsfrage wird dann akut, wenn ihre Einwirkung auf die Finanzmittelvergabe oder deren Nichtrückforderung durch abhängige Gesellschaften deren vorhersehbare Schädigung bewirkt, die nicht anderweitig ausgeglichen wurde (§ 311 Abs. 2 AktG). Auch für die Konzernleitung wird daher durch das Dezember-Urteil die Gratwanderung zwischen zulässigem Treasury einerseits und verbotener Schädigung abhängiger Gesellschaften andererseits nicht einfacher. Die Mitglieder des Aufsichtsrats des herrschenden Unternehmens sind allerdings von § 317 Abs. 3 AktG nicht erfasst.

#### *Zum Anwendungsbereich*

Das abschließende Resümee für den praktisch noch wichtigeren, faktischen GmbH-Konzern sollte, da dort nach der Senatsrechtsprechung die §§ 311 ff. AktG nicht entsprechend anzuwenden sind, aus Anlass des Urteils vorsichtshalber noch nicht gezogen werden. Es dürfte jedoch kaum wesentlich anders ausfallen. Auch der Bereich der „sidestream loans“ an Konzernschwestern, -nichten oder andere, ähnlich verbundene Unternehmen wird von der Begründung des Dezember-Urteils nur insoweit erfasst, als die Darlehen Teil eines Cash-Managements sind. Jenseits dieses Sonderbereichs dürften die von dem Senat aufgestellten Anforderungen jedenfalls dann sinngemäß gelten, wenn die Darlehensvergabe von dem herrschenden Unternehmen bzw. Aktionär veranlasst wurde.

*RA(BGH) und StB Dr. Erich Waclawik, Karlsruhe*