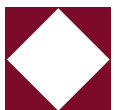


Andre Nolting

Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash Pooling



Nomos

Studien zum Gesellschaftsrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Haas

Prof. Dr. Detlef Kleindiek

Prof. Dr. Christoph Teichmann

Band 10

Andre Nolting

Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash Pooling



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bielefeld, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4624-8 (Print)

ISBN 978-3-8452-8855-0 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Ende August 2017 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Detlef Kleindiek für die kontinuierliche Betreuung und die wertvollen Anregungen im Rahmen der Erstellung der Arbeit. Herrn Prof. Dr. Florian Jacoby danke ich herzlich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Dank gebührt außerdem den Herren Prof. Dr. Ulrich Haas, Prof. Dr. Detlef Kleindiek und Prof. Dr. Christoph Teichmann für die Aufnahme in die vorliegende Schriftenreihe sowie Herrn Dr. Hans Diekmann und Herrn Dr. Henrik Drinkuth, die mich bei der berufsbegleitenden Erstellung der Arbeit stets gefördert und unterstützt haben.

Mein größter Dank gilt schließlich meiner Frau Carolin und meinen Kindern Mia Sophie, Jari Maximilian und Frida Isabelle für ihre Unterstützung und ihr Verständnis.

Hamburg, im September 2017

Andre Nolting

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
§ 1 Einführung	21
A. Gegenstand der Untersuchung	21
B. Gang der Darstellung	27
§ 2 Grundlagen des cash pooling	30
A. Cash pooling als Element des cash management	30
B. Funktionsweise des cash pooling	31
I. Physisches pooling	31
II. Virtuelles pooling	35
C. Rechtsbeziehungen der Beteiligten untereinander	36
I. Rahmenvertrag zwischen den beteiligten Gesellschaften	36
1. Regelung der konzerninternen Finanzströme	37
a) Liquiditätsausgleich	37
b) Rechtsnatur der konzerninternen Finanzströme	37
c) »Sternförmige Organisation« als Regelfall	40
d) Kontokorrentabrede	40
2. Kündigungsrechte	46
3. Informationsrechte und -pflichten	47
4. Weitere typische Regelungen	50
5. Form	50
6. Der cash pool als Gesellschaft bürgerlichen Rechts	51
II. Durchführungsvereinbarung mit der poolführenden Bank	52
D. Chancen und Risiken des pooling	53
I. Chancen und Vorteile	53
1. Zins- und Liquiditätsvorteile	53
2. Geringere Liquiditätsreserve	54
3. Volumeneffekte, Zugang zu Finanzinstrumenten	54
4. Rating	55
5. Indirekte Vorteile	56
II. Risiken und Nachteile	57
1. Bonitäts- bzw. Ausfallrisiko	57
2. Klumpenrisiko	58

3.	Dominoeffekt	58
4.	Erfordernis unbequemer Entscheidungen	59
5.	Abfluss benötigter Liquidität	60
6.	Besicherung	60
7.	Unvorteilhafte Konditionen	61
8.	Sonstige Risiken	61
E.	Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen	63
I.	Ökonomische Würdigung der Vor- und Nachteile	63
II.	Rechtliche Zweifel an der Zulässigkeit	65
III.	Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen	65
§ 3	Aufsteigende Darlehen und Kapitalerhaltung	67
A.	Einleitung	67
B.	Überblick über Tatbestand und Rechtsfolgen des § 30 GmbHG	71
I.	Tatbestand	71
1.	Unterbilanz	72
2.	Auszahlung	74
a)	Grundsatz: Bilanzielle Betrachtung	74
b)	Schutz des »realen Vermögens« in der Unterbilanz	74
c)	Rückausnahme – Drittvergleich	75
3.	Maßgeblicher Zeitpunkt	76
4.	Auszahlungsempfänger	77
II.	Rechtsfolgen bei Verstoß	77
C.	Entwicklung des Meinungsstands zu aufsteigenden Darlehen	79
I.	Die Rechtslage bis zum Erlass des November-Urteils	79
II.	Die Rechtslage unter dem November-Urteil des BGH	81
III.	Auswirkungen der Entscheidung	82
IV.	Die Reaktion des Gesetzgebers	84
V.	Würdigung der Rückkehr zur bilanziellen Betrachtung	85
D.	Die Vereinbarkeit aufsteigender Darlehen mit § 30 GmbHG	91
I.	(Unveränderter) Anwendungsbereich	91
II.	Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs	93
1.	Bilanzielle Vollwertigkeit vs. weitergehende Anforderungen	93
a)	Ausgangspunkt: Handelsrechtliche Bilanzierung	93
aa)	Allgemeine Grundsätze	93
bb)	Einzelwertberichtigungen	94
cc)	Pauschalwertberichtigungen	96
dd)	Abwertung bei Wertberichtigungsbedarf	97
b)	Konkretisierung durch Gesetzgeber, BGH und h.L.	97

c)	Die Gegenansicht: Berücksichtigung sämtlicher Risiken	99
d)	Stellungnahme	100
2.	Die Vollwertigkeitsprüfung beim cash pooling	101
a)	Maßgeblichkeit jeder einzelnen Zahlung	102
b)	Maßgeblichkeit der Bonität des Gesamtkonzerns	103
c)	Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt	105
3.	Einzelfragen	109
a)	Besicherung und Versicherung	109
b)	Einfluss von Ratings	110
c)	Berücksichtigung allgemeiner Vorteile des pooling	114
d)	Berücksichtigung von Klumpenrisiken	117
aa)	Analogie zu Spezialvorschriften	118
bb)	Pauschalwertberichtigung	119
cc)	Zwischenergebnis – »Privilegierung« des Klumpenrisikos	121
e)	Abschlag bei Holding-Konzernen?	122
f)	Jederzeitiges Kündigungsrecht erforderlich?	124
g)	Die Behandlung der teilweisen Vollwertigkeit	127
aa)	Problem und Meinungsstand	127
bb)	Stellungnahme	128
cc)	Ergebnis zur »teilweisen Vollwertigkeit«	131
4.	Beweislast für die Vollwertigkeit	132
III.	Notwendigkeit einer angemessenen Verzinsung	133
1.	Grundsätzliche Notwendigkeit einer Verzinsung	134
a)	Meinungsstand	134
b)	Stellungnahme	137
aa)	»Regelungslücke« bzgl. der Verzinsung	138
bb)	»Übergeordnete« Erwägungen	140
cc)	Verortung der Verzinsungspflicht	143
c)	Zwischenergebnis	145
2.	Höhe der Verzinsung	145
a)	Grundsatz: Marktübliche Soll-Zinsen	145
b)	Höhere Verzinsung aufgrund cash-pooling-spezifischer Risiken	147
c)	Kompensation durch anderweitige Vorteile	148
3.	Rechtsfolgen zu niedriger Verzinsung	150
4.	Ergebnis zur Verzinsung	151
IV.	Nachträgliche Bonitätsverschlechterungen	152
1.	Abgrenzung: »Stehenlassen« vs. »Neuvergabe«	153
2.	»Echtes Stehenlassen«	154
a)	Meinungsstand	154

b)	Stellungnahme zum Frühwarnsystem als Teil der Vollwertigkeit	156
c)	Stellungnahme zum Stehenlassen als Auszahlung	159
aa)	Entgegenstehender Wille des Gesetzgebers und Systematik	159
bb)	Konsequenzen bei Anwendbarkeit des § 30 Abs. 1 GmbHG	163
cc)	Konsequenzen bei Unanwendbarkeit	164
d)	Ergebnis: Stehenlassen ist keine Auszahlung	167
V.	Wesentliche Ergebnisse zu § 30 GmbHG	167
§ 4	Haftungsfragen	170
A.	Einleitung	170
B.	Haftung des Gesellschafters nach § 31 GmbHG	171
I.	Tatbestand	171
II.	Inhalt und Höhe des Anspruchs	172
III.	Anspruchsverpflichtete	174
IV.	Ergebnis und Praktischer Nutzen	175
C.	Haftung der Geschäftsführung aus § 43 GmbHG	176
I.	Allgemeine Grundsätze	176
II.	Bedeutung für aufsteigende Darlehen	178
III.	Haftung für die Vergabe aufsteigender Darlehen	178
1.	Sorgfaltspflichtverletzung	179
a)	Außerhalb des § 30 Abs. 1 GmbHG	179
aa)	Sorgfaltspflicht bei der Darlehensvergabe	179
bb)	Anforderungen an die Bonitätsprüfung	180
cc)	Keine tägliche Prüfung erforderlich	187
dd)	Zwischenergebnis	188
b)	Pflichtverletzung im Bereich des § 30 GmbHG	189
aa)	Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraum	190
bb)	Exkurs: Kein Beurteilungsspielraum gegenüber den Gesellschaftern	193
cc)	Konsequenzen für die Einhaltung der Sorgfaltspflichten	195
2.	Verschulden	197
3.	Kausalität und Schaden	199
4.	Ergebnis zur Haftung bei anfänglich fehlender Vollwertigkeit	200
IV.	Haftung bei nachträglichen Bonitätsverschlechterungen	201
1.	Pflicht zur Überwachung und ggf. Rückforderung	202
2.	Anforderungen an ein Frühwarnsystem	203

a)	Informationsrechte	204
b)	Prüfungspflichten	208
c)	Reaktionsmöglichkeiten	209
d)	Dokumentation und Umsetzung	213
e)	Zulässigkeit der Auslagerung der Bonitätskontrolle?	214
aa)	Grundsätzliche Befugnis zur Delegation	215
bb)	Zulässigkeit der Delegation im Konzern	216
cc)	Delegation der Bonitätskontrolle	219
dd)	Zwischenergebnis	220
3.	Das Problem der Weisungsgebundenheit	220
4.	Verschulden	225
5.	Kausalität und Schaden	225
V.	Wesentliche Ergebnisse zur Haftung aus § 43 GmbHG	226
D.	Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs	229
I.	Einleitung	229
II.	Voraussetzungen und Rechtsfolgen	236
1.	Eingriff in das Gesellschaftsvermögen	236
a)	Betriebsfremder Entzug von Vermögen	236
b)	Keine Kompensation oder Rechtfertigung	238
c)	Durch den Gesellschafter	239
2.	Insolvenzverursachung oder -vertiefung	240
3.	Sittenwidrigkeit des Gesellschafterverhaltens	240
4.	Vorsatz	241
5.	Keine Subsidiarität gegenüber §§ 30, 31 GmbHG	241
6.	Darlegungs- und Beweislast	242
7.	Rechtsfolge: Schadensersatz	242
III.	Grundsätzliche Anwendbarkeit auf aufsteigende Darlehen	243
IV.	Anwendungsfälle – Haftung des Gesellschafters	247
1.	Beitritt in der Krise	247
2.	Verweigerung der Rückzahlung	248
3.	Ausschluss einer Konzerngesellschaft	249
4.	Bonitätsverschlechterung bei der Konzernmutter	249
a)	Haftung bei Fehlen eines Frühwarnsystems	250
aa)	Beitritt zum pooling als Anknüpfungspunkt	250
bb)	Abzug der zuletzt eingebrachten Mittel als Anknüpfungspunkt	252
cc)	Haftung wegen unterlassener Warnung	253
(1.)	Existenzvernichtung durch Unterlassen?	253
(2.)	Tatbestand des existenzvernichtenden Eingriffs	254
b)	Haftung bei Bestehen eines Frühwarnsystems	258

c)	Dogmatische Stimmigkeit des Konzepts	259
aa)	Konsequente Fortführung der Bremer-Vulkan-Grundsätze	259
bb)	Keine Erfolgshaftung	260
cc)	Kein Widerspruch zur Kapitalerhaltung, Vergleich mit der AG	260
d)	Zwischenergebnis	262
V.	Mithaftung der Geschäftsleiter der Obergesellschaft	262
1.	Kein Ausschluss wegen Sonderdeliktcharakter	263
2.	Außenhaftung als Ausnahme	264
3.	Deliktisches Verhalten in pooling-Konstellationen	266
4.	Kein Ausschluss aus grundsätzlichen Erwägungen	268
5.	Fehlende Schutzwürdigkeit	273
6.	Gleichlauf mit der strafrechtlichen Sichtweise	274
7.	Ergebnis zur Haftung der Geschäftsleiter der Mutter	275
VI.	Teilnehmerhaftung der Geschäftsführung der Tochter	276
VII.	Besonderheiten bei der Abwicklung über eine Betreibergesellschaft	278
VIII.	Wesentliche Ergebnisse zur Existenzvernichtungshaftung	279
E.	Haftung aus § 64 Satz 3 GmbHG	281
I.	Einleitung	281
II.	Anwendungsbereich und Tatbestand	283
1.	Geschäftsführer als alleiniger Haftungsadressat	284
2.	Zahlung	284
3.	Gesellschafter als Zahlungsempfänger	286
4.	Auslösung der Zahlungsunfähigkeit	286
a)	Zahlungsunfähigkeit	286
b)	Auslösung der Zahlungsunfähigkeit	288
5.	Kausalzusammenhang	291
6.	Verschulden	291
7.	Rechtsfolgen	292
8.	Beweislast	293
9.	Konkurrenzen	293
III.	Anwendungsfälle im cash pool	294
1.	Anwendungsbereich bei Darlehensvergaben	294
2.	Berücksichtigung von Ansprüchen gegen den pool	295
3.	Konsequenzen für § 64 Satz 3 GmbHG	297
a)	Kein Risiko bei gesicherter Zahlungsfähigkeit auf stand alone Basis	297
b)	Kein Risiko bei werthaltigen Ansprüchen gegen den pool	297
c)	Überwachung der Zahlungsfähigkeit des pools	300

d) Maßnahmen bei Verschlechterung der Situation des pools	302
4. Verschulden	304
5. Inhalt der Erstattungspflicht (§ 64 Satz 1 und 3)	305
a) Kompensation durch ausgleichende Zuflüsse	306
b) Würdigung und Bedeutung für cash pooling	308
c) Kompensation durch Zuflüsse im cash pooling	310
aa) Maßgebliche »Gegenleistung«	311
bb) Zufluss trotz Zahlung auf ein debitorisches Konto	313
cc) Unmittelbarer Zusammenhang	316
dd) Anforderungen an den zeitlichen Zusammenhang	319
d) Ergebnis	320
IV. Wesentliche Ergebnisse zu § 64 Satz 3 GmbHG	321
§ 5 Insolvenzzrechtliche Aspekte	323
A. Einleitung und Fragestellung	323
B. Insolvenzfestigkeit der Rückzahlung des cash-pool-Guthabens	325
I. Vorüberlegungen	325
1. Keine Bereichsausnahme für das cash pooling	325
2. Kein Zahlungsverbot für die Konzernmutter	326
3. Anfechtung allenfalls im Zwei-Personen-Verhältnis	327
II. Insolvenzfestigkeit des Kündigungsrechts	329
1. Wirksamkeit des Kündigungsrechts	329
2. Unanfechtbarkeit des Kündigungsrechts	331
3. Ergebnis	333
III. Anfechtbarkeit der Kündigung oder der Rückzahlung	333
1. Allgemeine Anfechtungsvoraussetzungen	333
2. Anfechtbarkeit nach § 130 InsO oder § 131 InsO	337
a) Kongruenz trotz vorheriger Kündigung	337
b) Anfechtbarkeit der Rückzahlung nach § 130 InsO	339
c) Ergebnis zu § 130 und § 131 InsO	342
3. Anfechtbarkeit nach § 134 InsO	342
4. Anfechtbarkeit wegen vorsätzlicher Benachteiligung	345
a) Bisherige Grundsätze	345
b) »Modifizierung« durch die jüngste InsO-Reform	348
c) Anwendung auf die Rückforderung des cash-pool-Guthabens	349
d) (Keine) Vermutung nach § 133 Abs. 4 InsO	355

IV. Schicksal der Verrechnungen bei Fortführung trotz Insolvenzureife	356
V. Ergebnis	357
C. Insolvenzfestigkeit der nachträglichen Besicherung	358
D. Anfechtbarkeit der Rückzahlung absteigender Darlehen	360
I. Die Kontokorrentproblematik i.R.d. § 135 InsO	360
II. Bewertung – Notwendigkeit einer Korrektur	363
III. Lösungsansätze	363
1. Zehn-Jahres-Frist vs. Ein-Jahres-Frist	364
a) Das Verhältnis von § 135 Abs. 1 Nr. 2 zu Nr. 1	364
b) Die Aufrechnungslage im Kontokorrent als Sicherung i.S.d. Abs. 1	368
2. Einzelbetrachtung vs. Gesamtbetrachtung	371
a) Neuere Rechtsprechung des BGH	372
aa) Urteil vom 7. März 2013	372
bb) Urteil vom 4. Juli 2013	373
cc) Beschluss vom 16. Januar 2014	374
b) Auswirkungen auf cash-pooling-Fälle	375
c) Höhe des Anspruchs	381
IV. Ergebnis zur Anfechtbarkeit nach § 135 InsO	384
E. Besonderheiten bei der Abwicklung über eine Betreibergesellschaft	385
F. Bewertung – Rechtspolitischer Handlungsbedarf?	388
G. Wesentliche Ergebnisse	391
§ 6 Zusammenfassung und Gesamtwürdigung	393
A. Wesentliche Ergebnisse	393
I. Anforderungen an die Vergabe aufsteigender Darlehen	393
II. Nachgelagerte Kontrollpflichten	394
III. Verzinsung	396
IV. Haftungsrisiken	396
B. Gesamtbild und verbleibende Spielräume	399
C. Würdigung	401
Literaturverzeichnis	407

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
a. F.	alte(r) Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift); Aktiengesellschaft; Amtsgericht (mit Ortsnamen)
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
AnfG	Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens (Anfechtungsgesetz)
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAnz	Bundesanzeiger
BB	BetriebsBerater
Bd. (Bde.)	Band (Bände)
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
BeckRS	Rechtsprechungssammlung in Beck-Online
Begr.	Begründung
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BR	Bundesrat
BR-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundesrates
BT	Besonderer Teil; Bundestag
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages

Abkürzungsverzeichnis

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CRR	Capital Requirements Regulation bzw. Kapitaladäquanzverordnung (VO (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013, ABl. EU L, 321, S. 6 ff.)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe/n
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DStRE	Deutsches Steuerrecht – Entscheidungsdienst (Zeitschrift)
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; ab 1999: Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
E	Entwurf, Entscheidung (in der amtlichen Sammlung)
EG	Einführungsgesetz; Europäische Gemeinschaft
EGAktG	Einführungsgesetz zum Aktiengesetz
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
entspr.	entsprechend
EStG	Einkommensteuergesetz
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuInsVO	Europäische Insolvenzverordnung
e.V.	eingetragener Verein
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
f., ff.	folgend(e)
FB	Finanz-Betrieb (Zeitschrift)
FD-HGR	Beck-Fachdienst Handels- und Gesellschaftsrecht

FD-MA	Beck-Fachdienst Mergers & Acquisitions
FG	Finanzgericht
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
G	Gesetz
GBL	Gesetzblatt
GbR	Gesellschaft des bürgerlichen Rechts
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
h.A.	herrschende Ansicht
h.M.	herrschende Meinung
h.L.	herrschende Lehre
Habil.	Habilitation
Hdb.	Handbuch
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.
i.E.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinne
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
InvG	Investmentgesetz
i.S.d.	im Sinne des/der
i.R.d.	im Rahmen des/der
i.Ü.	im Übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch

Abkürzungsverzeichnis

KG	Kammergericht (Berlin); Kommanditgesellschaft
krit.	kritisch
KWG	Gesetz über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz)
LG	Landgericht
Ltd.	private Limited company by shares
LS.	Leitsatz
m. abl. Anm.	mit ablehnender Anmerkung
m.E.	meines Erachtens
Mio.	Million(en)
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz) vom 4. 5. 1976 (BGBl. I 1976 S. 1153)
m. krit. Anm.	mit kritischer Anmerkung
MMR	MultiMedia und Recht (Zeitschrift)
MMVO	Marktmissbrauchsverordnung (Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014, ABl. EU vom 12. Juni 2014, L 173/1 ff.)
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
m. zust. Anm.	mit zustimmender Anmerkung
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (Zeitschrift)
Nr.	Nummer(n)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
o.Ä.	oder Ähnliches
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)

Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite, Satz
s.	siehe
SE	Societas Europaea
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannt(e)
Sp.	Spalte
st.	ständig(e)
StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig
u.a.	unter anderem, und andere
UBGG	Gesetz über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften
UmwG	Umwandlungsgesetz
unstr.	unstreitig
USt	Umsatzsteuer
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.	vom, von
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz)
z.B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (bis 1960: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht)
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (bis 1982: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis)
ZPO	Zivilprozessordnung
z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend

§ 1 Einführung

A. Gegenstand der Untersuchung

Die Zulässigkeit und die rechtlichen Grenzen von *cash pooling*¹ sind bereits seit geraumer Zeit Gegenstand intensiver Diskussion.² Gleichzeitig ist die praktische Bedeutung enorm; mittlerweile dürfte in nahezu jedem größeren deutschen Konzern in irgendeiner Form *cash pooling* betrieben werden.³

Cash pooling kann dabei in seiner Ausgestaltung den Strukturen und Bedürfnissen des jeweiligen Konzerns angepasst werden. In der Praxis wird es dementsprechend in vielen Variationen angeboten und praktiziert.⁴ Jenseits aller Unterschiede im Detail gehört es aber zu den wesensbestimmenden Merkmalen eines *cash pooling*, dass die einzelnen Konzerngesellschaften ihre gesamte oder zumindest einen Großteil ihrer Liquidität (vorübergehend) auf die Konzernmutter oder eine von dieser benannte Konzerngesellschaft transferieren. Darin besteht zugleich die besondere rechtliche Problematik dieser Finanzierungsform, nämlich die Vereinbarkeit mit der Kapitalverfassung deutscher Gesellschaften. Das Grundproblem ist dabei letztlich die (*finanz-*)*wirtschaftliche* Behandlung des Konzerns als Einheit bei gleichzeitiger *rechtlicher* Selbstständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften.⁵ Die Problematik wird durch die Auswirkungen auf den Konzern

1 Siehe zur Begriffsbestimmung und -abgrenzung unten, § 2 A.

2 In den Gegenstand des Interesses rückte die Thematik insbesondere seit dem Zusammenbruch des AEG-Konzerns in den 80er Jahren, vgl. dazu Kübler, ZGR 1984, 560 ff.; zum *cash pooling* seinerzeit Hommelhoff, WM 1984, 1105 ff.; U. H. Schneider, ZGR 1984, 497 ff. Seitdem ist eine Vielzahl an Literatur zu dem Thema ergangen; als Beispiele seien an dieser Stelle nur die Monographien von Deckart, Eichholz, Faßbender, Hangebrauck, Hormuth, Vetter/Stadler und Zeidler (alle vor MoMiG) sowie Baare, Eusani, Gärtner, Hömme, Johnen, Rittscher, Sieder, Taras, Tuyet, Wirsch und Zahrtz genannt.

3 Siehe auch Gärtner, S. 49 f.; Vetter, Holding-Handbuch, Rn. 11.1; Zahrtz, S. 45 und 52; so auch bereits Anmelung/Kaeser, DStR 2003, 655, 657; Deckart, S. 1; Hangebrauck, S. 29; Vetter/Stadler, Rn. 1. Allgemein zur Geschichte und Entwicklung Deckart, S. 10 f.; Wehlen, Lutter/Scheffler/Schneider, Rn. 23.3 ff.

4 So auch Joost, VGR Band 11 (2006), 31, 32; Wirsch, S. 23; siehe zu den einzelnen Arten unten, § 2 B.

5 Baare, S. 1; Saenger, FS H. P. Westermann (2008), 1381, 1383; Theisen, Der Konzern, S. 442; siehe auch Hentzen, DStR 2006, 948, 949; Wirsch, S. 24 sowie

und die einzelnen Konzerngesellschaften noch verstärkt: Im positiven Sinne sind mit einem *cash pooling* enorme Einsparpotenziale verbunden. Gleichzeitig kann jedoch die Krise einzelner Konzerngesellschaften den gesamten Konzern in die Insolvenz stürzen.

Dementsprechend waren die Meinungen über die Zulässigkeit von *cash pooling* lange gespalten. Während die einen⁶ – insbesondere die Verfechter einer strengen Auslegung der Kapitalverfassung – diese Form der Konzerninnenfinanzierung allenfalls eingeschränkt oder nur unter strengen Voraussetzungen zulassen wollten, tendierten andere⁷ zu einer weitgehenden Zulässigkeit. Nachdem sich der BGH mit seinem *November-Urteil* erstgenannter Gruppe angeschlossen zu haben schien,⁸ wurden – nicht zuletzt unter Hinweis auf praktische Bedürfnisse und internationale Gepflogenheiten – Rufe aus der Praxis laut, die eine Korrektur der Rechtsprechung oder ein Einschreiten des Gesetzgebers verlangten.⁹ Der Gesetzgeber hat diese Rufe erhört und mit dem MoMiG¹⁰ die Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsregeln – sowohl im GmbHG als auch im AktG – ergänzt, um *cash pooling* auf eine sichere (Rechts-)Grundlage zu stellen.¹¹

Damit ist die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit im positiven Sinne entschieden. Zahlreiche Einzelfragen sind jedoch – trotz der inzwischen erschienenen Rechtsprechung und Literatur – nach wie vor nicht abschließend geklärt. Andere Fragen haben durch das MoMiG erst an Bedeutung gewonnen. Ersteres betrifft vor allem die Anforderungen an den gesetzeskonformen Betrieb eines *cash pooling*. Letzteres umfasst insbesondere die Frage der Haftung der Beteiligten im Falle des Scheiterns des *pooling*, die durch die Rückbesinnung auf die bilanzielle Betrachtung und die daraus resultierende Liberalisierung der Zulässigkeit dieser Finanzierungsform in den Vordergrund gerückt ist. Zu den damit verbundenen Fragen zählen neben

Zahrte, S. 68 ff. Allgemein zu diesem konzernrechtlichen Problem *Spindler*, ZHR 171 (2007), 245, 246 f.

6 Insbesondere *Bayer*, FS Lutter (2000), 1011 ff.; *Schön*, ZHR 159 (1995), 351 ff.; *Stimpel*, FS 100 Jahre GmbHG (1992), 335 ff.

7 Z.B. *Cahn*, Kapitalerhaltung, S. 246 ff.

8 Vgl. BGHZ 157, 72 ff. = NZG 2004, 233 ff. (*November-Urteil*), mittlerweile aufgehoben durch BGHZ 179, 71 ff. = NJW 2009, 850 ff. = NZG 2009, 107 ff. = ZIP 2009, 70 ff. = BB 2009, 118 ff. (*MPS*).

9 Siehe nur das Positionspapier von *BDI/Hengeler Mueller*, Rn. 59.

10 »Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen« (MoMiG) vom 23. Oktober 2008, BGBl. I 2008, S. 2026 ff.

11 BT-Drucks. 16/6140, S. 41; siehe auch *Wirsch*, S. 25.

den klassischen Instrumenten wie Kapitalschutz, Organhaftung, Existenzvernichtungshaftung und der Haftung aus § 64 Satz 3 GmbHG auch insolvenzrechtliche Fragestellungen. Letztere können bei einer Untersuchung zum Thema *cash pooling* schon deshalb nicht vollständig ausgeblendet werden, weil ein Scheitern des *pooling* in aller Regel durch die Insolvenz einer der beteiligten Gesellschaften ausgelöst wird und die Beendigung des *cash pooling* nicht selten die Insolvenz weiterer Gesellschaften nach sich zieht.

Die vorstehend genannten Fragen waren und sind bereits Gegenstand von Rechtsprechung und Literatur. Zu nennen sind hier insbesondere die seit dem MoMiG zum Thema *cash pooling* erschienenen Dissertationen von Baare,¹² Gärtner,¹³ Hömme,¹⁴ Johnen,¹⁵ Sieder,¹⁶ Taras,¹⁷ Tuyet,¹⁸ Wirsch¹⁹ und Zahrte²⁰.

Die Arbeiten von Gärtner, Sieder und Zahrte verfolgen dabei jeweils einen umfassenden Ansatz, d.h. sie decken im Grundsatz alle rechtlichen Facetten des *cash pooling* ab: Untersucht werden AG und GmbH, und zwar sowohl im Vertragskonzern als auch im faktischen Konzern und jeweils im Hinblick auf Liquiditätsflüsse von der Tochter an die Mutter (auch aufsteigende Darlehen oder *upstream loans*), Liquiditätsflüsse von der Mutter an die Tochter (auch absteigende Darlehen oder *downstream loans*) und schließlich aufsteigende Sicherheiten (*upstream securities*). Abgedeckt werden hierbei jeweils Fragen der Kapitalaufbringung, der Kapitalerhaltung und der Haftung der beteiligten Gesellschaften und ihrer Organe. Untersucht werden schließlich insolvenzrechtliche Fragen, insbesondere die aus § 135 InsO resultierende Problematik der Anfechtbarkeit der Rückzahlung absteigender Darlehen durch die Tochter, wenn diese im Anschluss in

-
- 12 Baare, »Cash-Pooling und die Haftung der Geschäftsführer im faktischen GmbH-Konzern« (2013).
 - 13 Gärtner, »Die rechtlichen Grenzen der Zulässigkeit des Cash Pooling« (2011).
 - 14 Hömme, »Die Kapitalerhaltung nach dem MoMiG unter besonderer Berücksichtigung des Cash Poolings« (2015).
 - 15 Johnen, »Cash Pooling in faktischen Unternehmenszusammenschlüssen« (2014).
 - 16 Sieder, »Cash Pooling im GmbH-Konzern« (2011).
 - 17 Taras, »Cash-Pooling und die Insolvenzanfechtung nach § 135 InsO im Zuge des MoMiG« (2013).
 - 18 Tuyet, »Die Unwirksamkeit von Aufrechnungen im Cash Pool bei Insolvenz einer Tochtergesellschaft« (2014).
 - 19 Wirsch, »Kapitalaufbringung und Cash Pooling in der GmbH« (2009).
 - 20 Zahrte, »Finanzierung durch Cash Pooling im internationalen mehrstufigen Konzern nach dem MoMiG« (2010).

die Insolvenz fällt. Einen ähnlichen Ansatz verfolgt *Hömme*, dessen Arbeit sich allerdings auf Fragen der Kapitalerhaltung, der Existenzvernichtungshaftung sowie die aus § 135 InsO resultierende Problematik konzentriert.

Die wohl umfassendste Arbeit ist dabei diejenige von *Gärtner*, die der Frage nachgeht, ob es dem Gesetzgeber gelungen ist, ein in sich schlüssiges Gesamtkonzept zu schaffen, dass die erforderliche Rechtssicherheit für *cash pooling* schafft, gleichzeitig aber den Gläubigerschutz nicht vernachlässigt.²¹ Offenbar speziell mit Blick auf Letzteres plädiert *Gärtner* für eine relativ strenge Auslegung der Kapitalschutzvorschriften und zudem für die Anwendung konzernrechtlicher Sonderregelungen aus dem AktG (namentlich § 317 AktG). Im Ergebnis werden dadurch die Verantwortung für die gesetzeskonforme Durchführung eines *cash pooling* – und dementsprechend auch die Haftungsrisiken für die Beteiligten – weitgehend auf die Konzernspitze und ihre Leitungsorgane verlagert.²² Die bereits in 2009 als Dissertation angenommene und damit auf dem Stand kurz nach dem Inkrafttreten des MoMiG befindliche Arbeit von *Sieder* stellt vor allem die Rechtslagen vor und nach MoMiG gegenüber. Die Untersuchung von *Zahrte* beschränkt sich im gesellschaftsrechtlichen Teil im Wesentlichen auf Fragen der Kapitalaufbringung, der Kapitalerhaltung und der Existenzvernichtungshaftung.²³ Der Schwerpunkt der Arbeit liegt dagegen auf den ökonomischen Hintergründen und Zusammenhängen, den Möglichkeiten zum Betrieb von *cash pooling* im internationalen Konzern sowie der durch das MoMiG drastisch verschärften insolvenzrechtlichen Problematik um absteigende Liquiditätsflüsse.²⁴ In Bezug auf Letzteres gelangt *Zahrte* zu dem Ergebnis, dass eine wortlautgetreue Anwendung des § 135 InsO in Bezug auf *cash pooling* zu untragbaren Ergebnissen führen würde. Daher sei eine Korrektur in Form einer Begrenzung der Anfechtbarkeit auf den Betrag der von der Mutter eingeräumten Gesamtkreditlinie vorzunehmen, was durch Auslegung der insolvenzrechtlichen Vorschriften erreichbar sei.²⁵

Der Problematik um § 135 InsO im Zusammenhang mit einem *cash pooling* sind auch die Arbeiten von *Taras* und *Tuyet* gewidmet. Beide kommen zu dem Ergebnis, dass im Falle der Insolvenz einer Tochtergesellschaft grundsätzlich sämtliche Rückzahlungen von Gesellschafterdarlehen (in

21 *Gärtner*, S. 51.

22 *Gärtner*, S. 826 ff.

23 Siehe *Zahrte*, S. 86 ff. und S. 271 ff.

24 *Zahrte*, S. 52 ff., S. 185 ff. und S. 301 ff.

25 *Zahrte*, S. 252 ff., insbes. S. 263.

Form der beim *cash pooling* üblichen Verrechnungen) innerhalb der letzten zehn Jahre vor der Insolvenz anfechtbar sind.²⁶ Da beide dieses Ergebnis in der Sache für falsch halten, suchen sie jeweils nach Möglichkeiten zur Begrenzung der Anfechtbarkeit. Während *Taras* insoweit eine Gesetzesreform für nötig hält,²⁷ lässt sich die Anfechtungsproblematik nach *Tuyet* durch die Gründung einer »*cash pool* GbR« lösen.²⁸ Beide Untersuchungen dürften sich jedoch inzwischen, wie noch zu zeigen sein wird, durch die neuere Rechtsprechung des BGH weitgehend überholt haben.²⁹

Die lesenswerte Arbeit von *Wirsch* konzentriert sich auf Fragen der Kapitalaufbringung im Rahmen eines *cash pooling*, wo sich mit den Neuregelungen zur verdeckten Sacheinlage und zum sog. Hin- und Herzahlen im Zuge des MoMiG neue Problemfelder aufgetan haben, die allerdings nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind und daher im Folgenden ausgeblendet werden sollen.³⁰

Mit der Haftung der Geschäftsleiter der an einem *pooling* teilnehmenden Gesellschaften befasst sich die Untersuchung von *Baare*. Neben der Erörterung der denkbaren Haftungstatbestände liegt ein Fokus der Arbeit auf der Herausarbeitung der Notwendigkeit von Frühwarn-, Informations- und Reaktionssystemen für den Betrieb eines *cash pooling* – wie nicht zuletzt durch den BGH propagiert – und den Anforderungen an solche Systeme.³¹

Mit Frühwarnsystemen befasst sich auch die Untersuchung von *Johnen*. Der Schwerpunkt der Arbeit liegt allerdings weniger auf den Anforderungen an ein solches System als vielmehr darauf, ob sich vergleichbare Informationsrechte nicht bereits aus der Verbundenheit der am *pooling* beteiligten Gesellschaften ergeben. *Johnen* bejaht dies über die Annahme einer GbR zwischen den Beteiligten.³² Das führt laut *Johnen* – insoweit ähnlich wie bei *Gärtner* – insbesondere dazu, dass sich die »Primärzuständigkeit«

26 *Taras*, S. 154; *Tuyet*, S. 90 ff.

27 Siehe *Taras*, S. 162 ff.

28 *Tuyet*, S. 97 ff.; mit Blick auf BGHZ 170, 206 ff.

29 Siehe im Einzelnen unten, § 5 D.

30 Vgl. zur Kapitalaufbringung nach MoMiG aus der Rspr. insbes. BGHZ 182, 103 ff. = NZG 2009, 944 ff. (*Cash Pool II*); mit Anmerkungen u.a. von *Goette*, GWR 2009, 333 ff.; *Lieder* in GmbHR 2009, 1177 ff.; *Schockenhoff/Wexler-Uhlich*, NZG 2009, 1327 ff. und *Theiselmann*, DK 2009, 460 ff. Siehe zur Kapitalaufbringung im *cash pool* neben *Wirsch* insbes. *Altmeyden*, NZG 2010, 441 ff.; *Gärtner*, S. 573 ff.; *Schall*, ZGR 2009, 126 ff.; *Sieder*, S. 129 ff.; *Theusinger*, NZG 2009, 1017 ff. und *Vetter*, Holding-Handbuch, Rn. 11.93 ff.

31 *Baare*, S. 98 ff.

32 *Johnen*, S. 180 ff. und 249 ff.

für den gesetzeskonformen Betrieb eines *pooling* auf die Geschäftsleiter der Konzernspitze verlagert, was in weiterer Konsequenz dazu führen soll, dass auch die Haftungsrisiken primär diese treffen.³³

Die vorliegende Untersuchung baut auf der vorhandenen Literatur auf. Sie verfolgt das Ziel, für den Teilbereich aufsteigender Darlehen im Rahmen eines *cash pooling* diejenigen Spielräume auszuloten, die den Konzerngesellschaften und ihren Geschäftsleitern bei der Teilnahme an einem *cash pooling* verbleiben, und zwar sowohl im Bereich der Vergabe aufsteigender Darlehen als auch bei der nachgelagerten Bonitätskontrolle. In diesem Zusammenhang werden auch die Notwendigkeit eines Frühwarnsystems und die Anforderungen an derartige Systeme untersucht. Eng damit verknüpft sind die – nach wie vor nicht abschließend geklärten – Fragen, ob und unter welchen Voraussetzungen die beteiligten Gesellschaften und deren Leitungsorgane im Falle eines Scheiterns des *cash pooling* haften und wie sich eine solche Haftung vermeiden lässt. Die Untersuchung konzentriert sich dabei neben dem allgemeinen Haftungstatbestand des § 43 Abs. 2 GmbHG auf die zwingenden Gläubigerschutzinstrumente, d.h. die Haftung nach § 31 GmbHG, § 43 Abs. 3 GmbHG, aus § 64 Satz 3 GmbHG sowie die Existenzvernichtungshaftung.

Gegenstand der Untersuchung sind schließlich ausgewählte Fragen des Insolvenzrechts, die allerdings vornehmlich der »Absicherung« des gesellschaftsrechtlichen Ergebnisses dienen. Untersucht wird insbesondere die Frage, inwieweit das gesellschaftsrechtliche Konstrukt insolvenzrechtlich Bestand hat. Das ist von zentraler Bedeutung, weil die Konzerngesellschaften im Fall einer Bonitätsverschlechterung des Poolführers gesellschaftsrechtlich nicht nur keine weiteren aufsteigenden Darlehen mehr vergeben dürfen, sondern darüber hinaus auch die bereits ausgereichten Mittel abziehen müssen. Dieser konzertierte Abzug wird jedoch nicht selten die Insolvenz der Konzernmutter nach sich ziehen. Ein echtes »Mehr« an Rechtssicherheit besteht daher nur, wenn die Rückzahlung der Mittel an die Konzerngesellschaften nicht der Insolvenzanfechtung unterliegt.

Aufgrund der enormen Bedeutung für die grundsätzliche Funktionsfähigkeit eines *cash pooling* wird schließlich untersucht, inwieweit sich die Problematik um die Anfechtbarkeit der Rückzahlung absteigender Darlehen nach § 135 InsO im Fall einer Insolvenz der Konzerngesellschaft durch die neuere Rechtsprechung des BGH entschärft hat.

33 Johnen, S. 227 ff.

Die Untersuchung beschränkt sich auf die GmbH, und dort – entsprechend den tatsächlichen Gegebenheiten³⁴ – auf Fälle faktischer Konzernierung, d.h. auf die im Mehrheits- bzw. Alleinbesitz eines Gesellschafters stehende, allerdings nicht unternehmensvertraglich gebundene GmbH.³⁵ Ausgeklammert bleiben Fragen der Kapitalaufbringung, die sich zwar sowohl bei der Gründung der Gesellschaft als auch bei Kapitalerhöhungen stellen, letztlich aber doch nur punktuell auftreten und insofern die Ausnahme darstellen.³⁶ Ebenfalls nicht behandelt werden Rechtsfragen im Zusammenhang mit aufsteigenden Sicherheiten; insofern haben allerdings zwei jüngere Urteile des BGH viel zur Klärung offener Fragen beigetragen.³⁷

B. Gang der Darstellung

Die Arbeit ist in insgesamt sechs Teile untergliedert. Nach der Einleitung (§ 1) werden im zweiten Teil (§ 2) – zur Einführung und wegen der Bedeutung für die Beurteilung der Zulässigkeit – zunächst die gängigen Erscheinungsformen des *cash pooling* einschließlich ihrer Funktionsweise und den jeweiligen Vor- und Nachteilen bzw. Chancen und Risiken erläutert.

Den ersten Hauptteil der Arbeit bildet die Untersuchung der Vereinbarkeit eines *pooling* mit den Kapitalerhaltungsvorschriften (§ 3). Dazu wird zunächst ein kurzer Überblick über die Funktionsweise und den Tatbestand des § 30 Abs. 1 GmbHG gegeben. Da sich die Ergänzung der Vorschrift durch das MoMiG nicht ohne ihre Vorgeschichte verstehen lässt, namentlich die im Zusammenhang mit dem *November-Urteil* entbrannte Diskus-

34 Davon ausgehend, dass *cash pooling* in aller Regel nur in Konzernen betrieben wird, z.B. auch Baare, S. 18; Deckart, S. 17 (Fn. 79); Hangebrauck, S. 64 f.; Hormuth, S. 23; Korts, Mustervertrag Cash Pooling, S. 3 und 4; Taras, S. 3; Vetter/Stadler, Rn. 1.

35 Streng genommen kommt es weniger auf das Vorliegen eines Konzerns i.S.d. § 18 AktG als vielmehr auf das Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses i.S.d. § 17 AktG an, vgl. Koch, Hüffer/Koch, AktG, § 17 Rn. 2. Bei einem *cash pooling* liegt aber in aller Regel auch einheitlichen Leitung i.S.d. § 18 Abs. 1 Satz 1 AktG und damit Konzernierung vor, vgl. nur Hömme, S. 46; Zahrt, S. 36; Deckart, S. 18 und Hangebrauck, S. 64 f.; jeweils m.w.N.

36 Vgl. zur Kapitalaufbringung im *cash pool* die in Fn. 30 genannten Beiträge.

37 Siehe dazu (jeweils zu dinglichen Sicherheiten) BGH, NZG 2017, 344, 345 f. (zur AG) mit Anm. Merkt, BB 2017, 1102 f. sowie BGH, NZG 2017, 658, 659 ff. (zur GmbH) mit Anm. Heerma/Bergmann, ZIP 2017, 1261 ff. und Séché/Theusinger, BB 2017, 1550 ff.

sion um die Vereinbarkeit eines *pooling* mit den Kapitalerhaltungsvorschriften, werden im Folgenden kurz der Meinungsstand zur Vereinbarkeit aufsteigender Darlehen mit § 30 GmbHG vor Erlass des MoMiG sowie die mit dem MoMiG vorgenommenen Änderungen skizziert. Sodann wird untersucht, welche Anforderungen § 30 Abs. 1 GmbHG im Einzelnen an die Vergabe aufsteigender Darlehen im Rahmen eines *cash pooling* stellt. Das betrifft im Wesentlichen drei Fragen: Erstens, was genau unter Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs zu verstehen ist; zweitens, inwiefern unter der neuen Rechtslage noch eine Verzinsung von Darlehen an den *cash pool* erforderlich ist und drittens, inwieweit nachträgliche Bonitätsverschlechterungen des Darlehensschuldners (die Konzernmutter oder eine von ihr eingesetzte Finanzierungs- oder Betreibergesellschaft) oder das »Stehenlassen« von Darlehen trotz derartiger Bonitätsverschlechterungen dem Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG unterfallen. Die Arbeit kommt zu dem Ergebnis, dass *cash pooling* auf Basis des ergänzten § 30 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich rechtssicher betrieben werden kann. Das beruht nicht zuletzt darauf, dass nachträgliche Bonitätsverschlechterungen nach hier vertretener Auffassung nicht (nachträglich) dem Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG unterfallen.

Der vierte Teil der Arbeit (§ 4) widmet sich den Haftungsrisiken für die Beteiligten und den Möglichkeiten zur Haftungsvermeidung, denen nach der Rückkehr zur bilanziellen Betrachtung und der damit verbundenen Liberalisierung des Kapitalschutzes künftig gesteigerte Bedeutung zukommen dürfte. Für den Gesellschafter steht dabei insbesondere die Erstattungspflicht nach § 31 GmbHG sowie die Existenzvernichtungshaftung im Raum. Aus Sicht der Geschäftsführung droht vor allem eine Haftung wegen Sorgfaltspflichtverletzung nach § 43 Abs. 2 (und 3) GmbHG sowie die Erstattungspflicht nach § 64 Satz 1 und 3 GmbHG. Daneben stellt sich für die Geschäftsführung der Konzerngesellschaft – wie auch für die Geschäftsleitung der Konzernspitze – die Frage einer Haftung als Teilnehmer eines existenzvernichtenden Eingriffs (§§ 826, 830 BGB). Als haftungsauslösendes Verhalten wird dabei jeweils sowohl die Vergabe aufsteigender Darlehen als auch die – wohl praxisrelevantere – Konstellation der unterlassenen Rückforderung im Fall einer nachträglichen Verschlechterung der finanziellen Situation der Konzernspitze bzw. des *cash pools* beleuchtet. Die Untersuchung kommt zu dem Ergebnis, dass zwar durchaus Haftungsrisiken bestehen. Die Haftungsrisiken lassen sich aber beherrschen, wenn alle Beteiligten zusammenwirken und im Ernstfall bereit sind, unbequeme Entscheidungen zu treffen. Dazu gehört aus Sicht der Obergesellschaft vor allem der Ausschluss »nicht mehr tragbarer« Konzerngesellschaften, um die

Funktionsfähigkeit des *cash poolings* zu gewährleisten. Aus Sicht der Konzerngesellschaften geht es primär darum, bei einer sich abzeichnenden Bonitätsverschlechterung des Poolführers rechtzeitig zu reagieren, d.h. keine neuen Mittel mehr an den *pool* abzuführen und die bereits ausgereichten Mittel abzuziehen oder nachträglich besichern zu lassen. Das setzt wiederum voraus, dass Vorkehrungen getroffen wurden, die es den Konzerngesellschaft ermöglichen, eine Krise des *cash pools* oder der poolführenden Gesellschaft rechtzeitig zu erkennen und dass sie in diesem Fall auch die erforderlichen Instrumente haben, um auf diese Krise zu reagieren.

Insgesamt kommt die Arbeit somit zu dem Ergebnis, dass sich aufsteigende Darlehen im Rahmen eines *cash pooling* gesellschaftsrechtlich im Prinzip rechtssicher handhaben lassen. Dieses Ergebnis beruht aber nicht zuletzt auf der Prämisse, dass die Konzerngesellschaften im Falle einer Verschlechterung der Bonität der poolführenden Gesellschaft verpflichtet sind, die ausgereichten Mittel rechtzeitig zurückzufordern oder nachträglich besichern zu lassen. Zumindest die Rückforderung größerer *cash-pool*-Guthaben wird jedoch nicht selten die Insolvenz der poolführenden Gesellschaft nach sich ziehen, was den Anwendungsbereich der Insolvenzanfechtungsregeln eröffnet. Vor diesem Hintergrund geht die Arbeit im fünften Teil (§ 5) der Frage nach, ob das *gesellschaftsrechtliche* Ergebnis *insolvenzrechtlich* Bestand hat, d.h. ob eine Rückforderung der Mittel oder deren nachträgliche Besicherung bei Insolvenz des Poolführers anfechtbar ist – und damit das gesellschaftsrechtliche Ergebnis konterkariert.

Im Kontext der insolvenzrechtlichen Vorschriften wird schließlich – wegen der grundsätzlichen Bedeutung für die Funktionsfähigkeit eines *cash pooling* – auch auf absteigende Darlehen und die diesbezügliche Kontokorrentproblematik eingegangen, d.h. die Frage, inwieweit Rückzahlungen bzw. Verrechnungen absteigender Darlehen im Falle der nachträglichen Insolvenz der Konzerngesellschaft nach § 135 InsO anfechtbar sind. Schwerpunkt der Untersuchung ist dabei, inwieweit sich die Problematik durch die jüngere Rechtsprechung des BGH erledigt oder zumindest entschärft hat.

Die Arbeit endet mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und einer zusammenfassenden Würdigung (§ 6). Diese geht auch auf die Frage ein, ob bei der Entscheidung für die Liberalisierung zugunsten der Finanzierungsinteressen der Gesellschafter die Belange der Gesellschaftsgläubiger und der Geschäftsführer der Konzerngesellschaften angemessen berücksichtigt wurden oder ob die Liberalisierung – wie nicht selten behauptet – auf dem Rücken der Gläubiger oder der Geschäftsführer der Konzerngesellschaften ausgetragen wird, indem sie diesen übermäßige Ausfall- bzw. Haftungsrisiken aufbürdet.

§ 2 Grundlagen des cash pooling

A. *Cash pooling als Element des cash management*

Cash pooling ist ein Element des (konzernweiten) *cash management*.³⁸ Darunter werden im Allgemeinen alle Aktivitäten zusammengefasst, welche direkt oder indirekt auf eine zielorientierte Gestaltung des Finanzpotenzials des Unternehmens bzw. der Unternehmensgruppe gerichtet sind.³⁹ Funktionell ist es dem Bereich *Treasury* zugeordnet.⁴⁰ *Cash management* ist dabei ein Instrument der kurzfristigen Finanzplanung und dient primär dem Ziel der Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit des Unternehmens (als Grundvoraussetzung weiterer wirtschaftlicher Tätigkeit) bei gleichzeitiger Erhöhung der Rentabilität des Unternehmens durch möglichst effiziente Mittelbeschaffung und -verwendung bei – ebenfalls gleichzeitiger – möglichst weitgehender Vermeidung der damit verbundenen wirtschaftlichen Risiken.⁴¹ Bei international agierenden Konzernen, die Geschäfte in verschiedenen Währungen abwickeln, kann *cash management* außerdem zur Reduzierung von Währungsrisiken und Transferkosten beitragen.⁴²

Neben dem *pooling* ist ein weiteres – hier nicht zu vertiefendes – Kernelement des *cash management* regelmäßig das sog. *netting*, d.h. die (periodische) Saldierung von Forderungen, die den einzelnen Konzerngesellschaften gegeneinander zustehen. Als Folge der Saldierung sind von den einzelnen Konzerngesellschaften nur noch etwaige Salden (Spitzenbeträge) zum jeweiligen Stichtag (meist wöchentlich, monatlich oder zum Quartals-

38 Baare, S. 4; Gärtner, S. 52; Theisen, Der Konzern, S. 454 f.; Vetter/Stadler, Rn. 3.

39 Ammelung/Kaesler, DStR 2003, 655, 655; Deckart, S. 5; Hormuth, S. 51; Johnen, S. 23; Theisen, Der Konzern, S. 452; ähnlich Hangebrauck, S. 29.

40 Ammelung/Kaesler, DStR 2003, 655, 655; Hormuth, S. 51; Vetter/Stadler, Rn. 2.

41 Deckart, S. 5; Hangebrauck, S. 33; Vetter/Stadler, Rn. 2; Taras, S. 9; Zahrt, S. 54 und Wehlen, Lutter/Scheffler/Schneider, Rn. 23.6 ff. Allgemein zu diesen Zielen Hormuth, S. 28 ff.

42 Siehe dazu Büschgen, WM 1995, 733, 737 f.; Hormuth, S. 69 ff. und 85 f.; Theisen, Der Konzern, S. 452 (auch zu weiteren Zielen des *cash management*); Vetter/Stadler, Rn. 2; Wehlen, Lutter/Scheffler/Schneider, Rn. 23.12.