

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
Abkürzungsverzeichnis	21
Einleitung	23
Gang der Untersuchung	27
1. Teil: Grundlagen des Konzernrechts und der Konzernfinanzierung	29
A. Unternehmensgruppen im Recht der AG und der GmbH	29
I. Verbundene Unternehmen gem. § 15 AktG	29
II. Die Erscheinungsformen des Konzerns	30
1. Allgemeine Merkmale	30
2. Unter- und Gleichordnungskonzern	31
3. Vertragliche und faktische Konzernierung	33
4. Einfach-faktischer und qualifiziert-faktischer Konzern	34
B. Grundlagen der Konzernfinanzierung	35
I. Konzernfinanzierung als Aufgabe der Konzernführung	35
II. Finanzierungsstrategien	36
1. Interne Finanzierung	37
2. Externe Finanzierung	37
3. Besonderheiten im Konzern	38
a) Konzernexterne Außenfinanzierung	38
b) Konzerninterne Außenfinanzierung	38
C. Cash-Management und Cash-Pooling als Bestandteil der Konzerninnenfinanzierung	39
I. Begriffliche Darstellung	39
1. Cash-Management	39
2. Aufgabenbereiche des Cash-Management	40
a) Liquiditätsplanung	40
b) Liquiditätsdisposition	41
c) Liquiditätskontrolle	41
3. Instrumente des Cash-Management	42
a) Clearing und Netting	42
	9

b) Cash-Pooling	43
aa) Physisches Cash-Pooling	43
(1) Funktionsweise	43
(2) Zero Balancing/ Target Balancing	44
bb) Virtuelles Cash-Pooling	45
(1) Funktionsweise	45
(2) Zinskompensation/ Zinsoptimierung	45
4. Rechtliche Struktur des physischen Cash-Pooling	46
a) Qualifikation der Geldbewegungen im Cash-Pool	46
aa) Darlehensvertrag gem. § 488 Abs. 1 BGB	46
bb) Vertrag eigener Art	47
cc) Unregelmäßige Verwahrung gem. § 700 Abs. 1 BGB	48
dd) Stellungnahme	48
b) Vertragsverhältnisse zwischen den Parteien	52
aa) Außenverhältnis	52
bb) Innenverhältnis	53
c) Zwischenergebnis	55
5. Vorteile und Risiken des zentralen Liquiditätsausgleichs	55
a) Vorteile	56
aa) Volumeneffekte und Rentabilitätssteigerung	56
bb) Liquiditätssteuerung und organisatorische Vorteile	56
cc) Zwischenergebnis	57
b) Risiken	57
aa) Dominoeffekt als Folge des Klumpen- und Bonitätsrisikos	57
bb) Entstehung eines Haftungsverbundes	58
cc) Austrocknung eigener Liquiditätsversorgung	59
II. Zusammenfassung	59
 2. Teil: Cash-Pooling im faktischen GmbH-Konzern	 61
A. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	61
B. Darlehensgewährung im Cash-Pool	62
I. Schutzkonzept der §§ 30 ff. GmbHG	62
1. Begriff und Funktion des Stammkapitals	63
a) Ausgleich der Haftungsbeschränkung	64
b) Gläubigerschutz – Festes Kapital und gesetzliches Mindestkapital	65
c) Arbeitskapital zur Erreichung des Gesellschaftszwecks	67
d) Risiko- und Verlustpuffer	68
e) Verhaltenssteuerung	68

f) Finanzielles Signal	69
2. Umfang und Eingriffsschwelle des Auszahlungsverbots	70
a) Bestimmung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Gesellschaftsvermögens	71
aa) Bewertungsmaßstab: Handelsbilanz zu Fortführungswerten	72
bb) Notwendigkeit einer Zwischenbilanz	72
b) Auszahlung	73
aa) Begriff der Auszahlung	73
bb) Vermögensminderung	74
cc) Veranlassung	75
c) Gesellschafter als Auszahlungsempfänger	75
d) Ursache im Gesellschaftsverhältnis	77
3. Rechtsfolgen eines Verstoßes	77
a) Erstattungspflicht gem. § 31 GmbHG	77
aa) Erstattungsanspruch gegen den Auszahlungsempfänger gem. § 31 Abs. 1 GmbHG	77
bb) Haftung der Mitgesellschafter gem. § 31 Abs. 1, 3 GmbHG	78
cc) Haftung der Geschäftsführer gem. § 31 Abs. 3, 6 GmbHG	78
dd) Exkurs: Erlöschen des Anspruchs bei Wiederauffüllung des Stammkapitals?	78
(1) Lehre von der Zweckerreichung	79
(2) Fortbestand des Erstattungsanspruchs trotz Wiederauffüllung	79
(3) Stellungnahme	79
b) Haftung der Geschäftsführer gem. § 43 Abs. 3 GmbHG	80
c) Haftung der Geschäftsführer aus Delikt und strafrechtliche Verantwortlichkeit	81
4. Zwischenergebnis	83
II. Kapitalerhaltungsrecht als Grenze für Darlehensgewährungen	83
1. Darlehensgewährungen entgegen § 30 Abs. 1 GmbHG	84
a) Allgemeine Tatbestandsmerkmale	84
aa) Gesellschafter als Auszahlungsempfänger	84
bb) Zuwendung aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses	84
cc) Auszahlungszeitpunkt	85
b) Qualifikation einer Darlehensgewährung als Auszahlung	86
aa) Bilanzielle Betrachtungsweise	86
bb) Maßgeblichkeit des realen Kapitalabflusses	87
cc) Sichtweise des BGH seit BGHZ 157, 72	88

(1) Entscheidungsgründe	89
(a) Substanzschutz und Rangargument	89
(b) Umgehung des Stundungsverbots	89
(c) Ausnahmen obiter dictum	89
(2) Exkurs: Übertragbarkeit der BGH-Entscheidung	90
(3) Auslegung	91
(a) Darlehensvergabe erfolgt im Stadium der Unterbilanz	92
(b) Darlehensvergabe außerhalb einer bestehenden Unterbilanz	92
(c) Meinungsstand	92
(d) Zwischenergebnis: Interpretationsbedarf	94
(e) Interpretation	94
(aa) Urteilswortlaut	94
(bb) Dogmatische Vorarbeiten	95
(cc) Äußerungen von Senatsmitgliedern	97
(dd) Urteil des OLG München vom 24.11.2005	99
(ee) Zwischenergebnis	100
(4) Ausnahmen	101
(a) Darlehensvergabe im Interesse der Gesellschaft	102
(b) Drittvergleich	102
(c) Kreditwürdigkeit des Gesellschafters oder Rückzahlung durch Sicherheiten gewährleistet	103
dd) Zwischenergebnis	104
c) Stellungnahme	106
aa) Auszahlung als Verringerung des Gesellschaftsvermögens	106
(1) Gesellschaftsvermögen als Bezugspunkt	106
(a) Verhältnis zwischen Gesellschaftsvermögen und Stammkapital	107
(b) Gegenständliche Zusammensetzung des bilanziellen Gesellschaftsvermögens	110
(c) Handelsbilanz als Bewertungsmaßstab	110
(d) Zwischenergebnis	113
(2) Der Auszahlungsbegriff im Verhältnis zu Gesellschaftsvermögen und Stammkapital	114
(a) Auswirkungen der bilanziellen Bestimmung des gebundenen Vermögens	114
(b) Zwischenergebnis	114

(3) Verringerung des Gesellschaftsvermögens durch bilanzneutrale Geschäfte	115
(4) Zwischenergebnis	116
bb) Ausnahme für die Gewährung von Darlehen	116
(1) Umgehung des Stundungsverbotes	117
(2) Umkehr der Rangfolge zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftergläubigern	120
(3) Erhaltung eines bestandsschützenden Mindestbetriebsvermögens	121
(a) Entzug des Kapitalnutzungswertes	122
(b) Stundungsverbot bezüglich Zahlungen aus Austauschgeschäften	122
(c) Risiken der Fälligkeitsverlagerung als Kernproblem	123
(4) Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage	126
cc) Ergebnis	127
dd) Konsequenzen für die Darlehensgewährung im Cash-Pool	127
d) Rechtsfolgen einer verbotenen Auszahlung im Cash-Pool	128
aa) Erstattung von verbotenen Rückzahlungen	128
(1) Erstattungsanspruch gegen den Auszahlungsempfänger gem. § 31 Abs. 1 GmbHG	128
(a) Verwaltung des Cash-Pools durch die Muttergesellschaft	128
(aa) Ansprüche der Tochtergesellschaft gegen die Muttergesellschaft	128
(bb) Ansprüche der Enkelgesellschaft gegen die Tochtergesellschaft und die Muttergesellschaft	129
(b) Verwaltung des Cash-Pools durch eine Betreibergesellschaft	132
(aa) Ansprüche der Tochtergesellschaft gegen die Muttergesellschaft und die Schwestergesellschaft	132
(bb) Ansprüche der Enkelgesellschaft gegen die Muttergesellschaft, die Tochtergesellschaft und die Betreibergesellschaft	134
(c) Zwischenergebnis	135
(2) Haftung der Mitgesellschafter gem. §§ 30, 31 Abs. 1, 3 GmbHG und der Geschäftsführer gem. §§ 30, 31 Abs. 6 GmbHG	135

bb) Exkurs: Entfall des Erstattungsanspruchs bei zwischenzeitiger Wiederauffüllung	136
cc) Haftung der Geschäftsführer gem. § 43 Abs. 3 GmbHG sowie deliktische und strafrechtliche Verantwortung	136
dd) Zwischenergebnis	137
e) Darlehensgewährung vor dem Hintergrund gesetzgeberischer Reformvorhaben	137
aa) Regierungsentwurf MoMiG	138
bb) Anforderungen an eine zulässige Darlehensgewährung	139
(1) Gebot der Vollwertigkeit	139
(2) Deckungsgebot gleich Verzinsung	140
cc) Zwischenergebnis	141
f) Umsetzung der Anforderungen im Cash-Pool	142
aa) Sicherstellung der Werthaltigkeit	142
(1) Rating und Bilanzanalyse	143
(2) Besicherung	144
(3) Verzinsung	146
bb) Vertragliche Ausgestaltung	147
(1) Frühwarnsystem und Informationspflichten	148
(2) Transparenz bei Entnahmen und Gefährdungslagen	148
(3) Kündigungsrechte	149
2. Exkurs: Kapitalschutz unter analoger Anwendung von § 43 a GmbHG	150
a) Meinungsstand	150
b) Stellungnahme	151
III. Grenzen des Cash-Pooling außerhalb des Kapitalerhaltsrechts	153
1. Schwächen des Gläubigerschutzes im Kapitalerhaltsrecht der GmbH	154
a) Defizite der Vermögensbindung	154
b) Potenzierung durch Konzernlagen	156
c) Exkurs: Schließung der Schutzlücken durch analoge Anwendung der §§ 311-318 AktG?	157
2. Darlehensgewährung als Verstoß gegen die mitgliedschaftliche Treuepflicht	159
a) Treuepflicht als folgenbewehrte Verhaltensregel	159
b) Treuepflicht im Konzern	160
c) Rechtsgrundlage und Grenzen der Treuepflicht	161
d) Rechtsfolgen eines Verstoßes	163
e) Inhaltskontrolle des Cash-Pooling	164
aa) Verstoß gegen das Schädigungsverbot	164

bb) Gleichbehandlungsgebot als Schranke	165
f) Zwischenergebnis	166
3. Verbot der Existenzvernichtung als Grenze der Darlehensgewährung	166
a) Haftungskonstruktionen der Rechtsprechung	168
aa) Rechtsprechungsentwicklung von „Bremer Vulkan“ zu „L-Kosmetik“: Bestandsschutz statt analoger Anwendung des Aktienvertragskonzernrechts	169
(1) „Bremer Vulkan“	169
(2) „L-Kosmetik“	170
bb) Von „KBV“ zu „Handelsvertreter“: Wandel zu einer verschuldensunabhängigen, unbeschränkten Durchgriffs(außen)haftung	171
(1) „KBV“	171
(2) „Vertragshändler“ und „Handelsvertreter“	173
cc) „Klinik“: Anwendungsvorbehalt einer Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff wegen verwirklichtem § 826 BGB	174
dd) „Trihotel“: Änderung des Haftungskonzepts zugunsten einer verschuldensabhängigen Innenhaftung auf Basis von § 826 BGB	174
(1) Sachverhalt	174
(2) Entscheidungsgründe	175
ee) Zusammenfassung des Rechtsprechungsentwicklung	177
b) Alternative Haftungskonzepte der Literatur	178
aa) Reine Innenhaftungskonzepte	179
(1) Lehre von der Sonderverbindung	180
(a) Verletzung einer rudimentären Treuepflicht	180
(b) Verletzung der Pflicht zur dezentralen Gewinnverfolgung	181
(2) Organhaftungslehre	181
(a) Sorgfaltshaftung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG analog	182
(b) Gesellschafterhaftung für „gröblich“ sorgfaltswidriges Verhalten gem. § 93 Abs. 5 S. 2, 3 AktG analog	182
bb) Unmittelbare Außenhaftung	184
(1) Außenhaftung wegen normzweckwidrigen Rechtsformmissbrauchs	184

(2) Deliktsrechtlicher Ansatz gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Regeln der Insolvenzantragspflicht bzw. der Liquidation	185
cc) Ablehnung einer eigenständigen Konzeption der Existenzvernichtungshaftung	186
(1) Heranziehung von § 826 BGB	186
(2) Tatbestandlicher Schutz durch §§ 133 ff. InsO und §§ 3 ff. AnfG	187
c) Stellungnahme	188
aa) Bedenken gegen die Binnenhaftungskonzepte	188
(1) Ablehnung einer Sonderverbindung im Gläubigerinteresse	188
(2) Ablehnung der Organhaftungslehre	190
(a) Kein Rückgriff auf § 43 Abs. 2 GmbHG	190
(b) Kein Rückgriff auf § 93 Abs. 5 S. 2, 3 AktG	192
(3) Zwischenergebnis	193
bb) Mangelnde Eignung einer deliktischen Haftung i.V.m. Regeln der Insolvenzantragspflicht bzw. der Liquidation	194
(1) Bedenken an einer Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 73 Abs. 2 GmbHG	194
(2) Bedenken an einer Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG unter Berücksichtigung des MoMiG	194
(3) Zwischenergebnis	197
cc) Kein hinreichender Gläubigerschutz durch §§ 129 ff. InsO, §§ 1 ff. AnfG	197
(1) Keine Schutzlückenschließung auf Tatbestandsseite	197
(2) Zwischenergebnis	199
dd) Vorbehalte gegen eine „(Durchgriffs-)Außenhaftung“ wegen normzweckwidrigen Rechtsformmissbrauchs	199
(1) Gläubigerinteresse als geschütztes Interesse	199
(2) Außenhaftung als Fremdkörper im Haftungssystem?	200
(3) Systemwidrige Rechtsfolge des Verlusts von § 13 Abs. 2 GmbHG	202
(4) Mangelnde Erfassbarkeit von Scheinauslandsgesellschaften	204
(5) Zwischenergebnis	204
ee) Existenzvernichtung als vorsätzlich sittenwidrige Schädigung gem. § 826 BGB	205
(1) Grundsätzliche Eignung von § 826 BGB	205

(2) Einwände	206
(3) Stellungnahme	207
(a) Konkretisierbarkeit des objektiven Merkmals der Sittenwidrigkeit	207
(aa) Definition der Sittenwidrigkeit	207
(bb) Übertragbarkeit auf gesellschaftsrechtliche Problemstellungen	208
(cc) Konkretisierung des Sittenwidrigkeitsvorwurfs anhand des normierten, gesellschaftsbezogener Gläubigerschutzes im Recht der GmbH	209
(dd) Zwischenergebnis	211
(b) Vorsatzerfordernis	212
(aa) Konkrete Vorsatzbestimmung	213
(bb) Zwischenergebnis	216
(4) Innen- oder Außenhaftung?	216
(a) Begründung des BGH	216
(b) Einwände gegen eine reine Innenhaftung	217
(aa) Weder sachliche noch normative Rechtfertigung	217
(bb) Keine zwingende Innenhaftung aus gesellschaftsrechtlicher Sicht	219
(cc) Risiken im Fall der masselosen Insolvenz	220
(dd) Scheinauslandsgesellschaften	224
(c) Zwischenergebnis	225
(5) Rechtsfolge: Ersatz des durch den Eingriff kausal entstandenen Schadens	226
(a) Art und Umfang des Schadens	226
(b) Haftungsbegrenzung	226
(c) Beweislast	227
d) Tatbestandsmerkmale der Existenzvernichtungshaftung	228
aa) Gesellschafterverhalten	228
(1) Entzug von Vermögenswerten	228
(2) Keine Kompensation	228
(3) Insolvenzverursachung	228
bb) Sittenwidrigkeit	229
cc) Vorsatz	229
dd) Kausaler Schaden	229
ee) Exkurs: Keine Subsidiarität zu §§ 30, 31 GmbHG	230
e) Haftungsrisiken im Rahmen des Cash-Pooling	230

aa) Einzelmaßnahmen	231
(1) Einrichtung des Cash-Pools	231
(2) Vermögensentzug	231
(3) Abzug von Investitionskapital	231
bb) Zeitpunkt der Eingriffshandlung	232
cc) Sittenwidrigkeit und Vorsatz	233
dd) Kausalität	234
ee) Haftungsfolgen und -adressaten	235
C. Aufsteigende Sicherheiten im Cash-Pool	236
I. Besicherung als Auszahlung	237
1. Verpflichtung zur Bestellung / faktische Bestellung	238
2. Ernsthaft drohende/tatsächliche Verwertung	239
3. Stellungnahme	240
a) Rekurs: Die Behandlung von Darlehen	240
b) Übertragbarkeit der Ergebnisse	240
aa) Sicherheitenbestellung als „Minus“	240
bb) Auswirkungen der bilanziellen Beurteilung	242
4. Ergebnis und Folgerungen für das Cash-Pooling	243
a) Ergebnis	243
b) Folgerungen für das Cash-Pooling	244
II. Sicherungsgeschäfte als existenzvernichtender Eingriff	246
3. Teil: Cash-Pooling in anderen Konzernformen	249
A. Kapitalerhaltung als Grenze der Darlehensgewährung im faktischen AG-Konzern	249
I. Verbot der Einlagenrückgewähr	249
II. Übertragbarkeit der GmbH-rechtlichen Problemstellung	250
III. Verdrängung von § 57 AktG bei faktischer Konzernierung	250
1. Darlehensgewährung als ausgleichsfähiger Nachteil	251
a) Überwälzung des Insolvenzrisikos	251
b) Konkrete Risikobewertung	252
c) Stellungnahme	252
aa) Subsumtion der Darlehensgewährung unter den Nachteilsbegriff	252
(1) Wertung des § 57 AktG	252
(2) Auswirkungen des MoMiG	255
bb) Vorrang der Konzernvorschriften vor allgemeinem Kapitalschutz	256
cc) Ergebnis	257

2. Anforderungen an den zulässigen Ausgleich im Cash-Pool	258
IV. Sicherheitenbestellung	259
B. Cash-Pooling im AG-Vertragskonzern	260
I. Grenze des Weisungsrechts	260
II. Cash-Pool Teilnahme nur bei sichergestelltem Verlustausgleich	261
III. Verrechnung des Verlustausgleichsanspruchs im Cash-Pool	262
IV. Freistellung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages von der Kapitalbindung durch das MoMiG	264
C. Cash-Pooling im GmbH-Vertragskonzern	265
I. Verdrängung der §§ 30 ff. GmbHG analog § 291 Abs. 3 AktG	266
II. Fortgeltung der Kapitalerhaltungsvorschriften	266
III. Stellungnahme	267
IV. Ergebnis	268
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	269
Literaturverzeichnis	275