

## Inhalt

<i>Vorwort</i> .....	<i>V</i>
<i>Inhalt</i> .....	<i>VII</i>
<i>Abkürzungsverzeichnis</i> .....	<i>XIV</i>
<b>1. Teil: Einleitung</b> .....	<b>1</b>
<i>A. Einleitung</i> .....	<i>1</i>
<i>B. Problemaufriss</i> .....	<i>2</i>
<i>C. Darstellung</i> .....	<i>3</i>
<b>2. Teil: Problemstellung</b> .....	<b>5</b>
<i>A. Grundlagen des Cash-Pooling</i> .....	<i>5</i>
I. Definition .....	5
II. Physisches Cash-Pooling.....	6
1. Praktische Ausgestaltung.....	6
a. <i>Zero-Balancing</i> .....	8
b. <i>Conditional-Balancing</i> .....	8
2. Finanzwirtschaftliche Zielsetzung .....	9
3. Wirtschaftliche Risiken des Cash Pooling für einzelne Konzern- gesellschaften und den Gesamtkonzern .....	11
a. Bonitätsrisiko .....	12
b. Liquiditätsentzug .....	13
4. Rechtliche Ausgestaltung .....	14
a. Vertragsrechtliche Qualifikation der Liquiditätsübertragung .....	14
aa. Qualifikation als Darlehensvertrag (§ 488 Abs. 1 BGB) .....	15
bb. Qualifikation als unregelmäßiger Verwahrungsvertrag .....	16
aaa. These .....	16
bbb. Stellungnahme .....	17
cc. <i>sui generis</i> .....	18

dd. Zusammenfassung .....	20
b. Konzerninterne Vereinbarung .....	20
aa. Standardisierte Darlehensverträge .....	21
bb. Geschäftsbesorgungsvertrag .....	22
cc. Kontokorrentverhältnis i.S.d § 355 HGB .....	23
dd. Zusammenfassung .....	25
c. Vereinbarung mit einem externen Kreditinstitut .....	25
d. Bankgeschäft .....	26
<b>III. Notional Cash Pooling .....</b>	<b>28</b>
1. Praktische Einrichtung .....	28
a. Zinsoptimierungsmodell .....	29
b. Zinskompensationsmodell .....	30
2. Rechtliche Ausgestaltung .....	30
<b>B. Cash-Pooling in der Insolvenz der Tochtergesellschaft.....</b>	<b>30</b>
I. Insolvenzeröffnungstatbestände von Cash-Pool-Systemen.....	31
1. Ratio der Insolvenzeröffnungstatbestände.....	31
2. Zahlungsunfähigkeit .....	32
a. Begriff .....	33
aa. Zeitpunktilliquidität .....	33
bb. Zahlungsstockung .....	34
aaa. Rating als Abgrenzungskriterium .....	35
bbb. Tatsächliche Liquiditätszuflüsse .....	37
b. Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit .....	38
c. Im Cash-Pooling-System .....	39
aa. Zahlungsunfähigkeit bei Zero-Balancing .....	39
aaa. Theoretische Zahlungsunfähigkeit (Tochtergesellschaft/ Cash-Pool Account) .....	39
(1) Zeitpunktilliquidität .....	39
(2) Zahlungsstockung .....	40
bbb. Berücksichtigung der Besonderheiten des Cash-Pooling-Syst- ems bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit .....	41
(1) Berücksichtigung von Cash-Pool-Forderungen .....	41

(a) Sofort liquidierbare Mittel .....	41
(b) November-Entscheidung des BGH.....	42
(c) Änderung durch MoMiG .....	42
(d) Kritische Würdigung .....	43
(2) Ansprüche gegen Dritte.....	45
ccc. Zusammenfassung .....	46
ddd. Faktische Zahlungsunfähigkeit (Tochtergesellschaft/ Cash-Pool-Account).....	46
bb. Zahlungsunfähigkeit bei Conditional-Balancing.....	48
cc. Notwendigkeit der Einbeziehung cash-pooling-spezifischer Symptome in die Zahlungsunfähigkeitsprüfung .....	49
3. Überschuldung.....	50
a. Begriff.....	51
b. Die Überschuldung im Cash-Pooling-System .....	52
aa. Fortführungsprognose (prognostische Element) .....	52
bb. Bilanzielle Überschuldung (exekutorisches Element).....	55
cc. Besonderheit der Tochtergesellschaft im AG-Vertragskonzern ..	58
4. Drohende Zahlungsunfähigkeit .....	58
a. Allgemein.....	58
b. Drohende Zahlungsunfähigkeit im Cash-Pooling-System .....	60
5. Zusammenfassung .....	60
II. Insolvenzanfechtung nach § 135 InsO a.F. im Cash-Pool-System bis Inkrafttreten des MoMiG .....	61
1. Dogmatik des § 135 InsO a.F. im normalen Gesellschaftsverhältnis .....	61
a. Rechtshandlung und Gläubigerbenachteiligung .....	62
b. Anfechtungsgrund eigenkapitalersetzendes Darlehen .....	62
aa. Eigenkapitalersetzende Darlehen .....	62
bb. Erfasste Gesellschaftsformen.....	65
cc. Rechtsprechungsregeln .....	68
dd. Novellenregelungen.....	69
aaa. § 32a Abs. 1 GmbHG .....	69
bbb. § 32b GmbHG .....	72

ee. Verhältnis von Rechtsprechungsregeln und Novellenregelungen	73
2. Praktische Relevanz des § 135 InsO a.F. für das Cash-Pooling	73
a. Risiko einer Insolvenzanfechtung	74
b. Folgen der Erfassung von Insolvenzanfechtung für den Konzern	76
c. Zusammenfassung	78
III. Anfechtungsproblematik des § 135 InsO n.F. beim Cash Pooling	79
1. Dogmatik des § 135 InsO n.F.	79
a. Synopse	79
b. Inhalt der Neuregelung	81
aa. Wegfall der Anknüpfung an eigenkapitalersatzrechtliche Regelung	81
bb. Zeitlicher Rahmen der Anfechtungen	82
cc. Erfasste Gesellschaftsformen / Rechtsformübergreifender Ansatz	85
dd. Intention des Gesetzgebers bei der Neuregelung des § 135 InsO	86
ee. Stellungnahme zur Novellierung des § 135 InsO	88
c. Weitere Tatbestandsvoraussetzungen des § 135 InsO n.F.	91
aa. Rechtshandlung und Gläubigerbenachteiligung	91
bb. Anfechtbare Befriedigung (Abs. 1 Nr. 2)	91
cc. Anfechtbare Sicherung (Abs. 1 Nr. 1)	92
d. Zwischenfazit	93
2. Einordnung des Cash-Pooling unter § 135 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 InsO	93
a. Sicherheit nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO	94
aa. Auslegung	95
aaa. Wortlautauslegung	96
bbb. Systematische Auslegung	97
ccc. Historische Auslegung	99
ddd. Teleologische Auslegung	102
bb. Rechtsprechung	105
cc. Zusammenfassung der Ergebnisse	105
b. Befriedigung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO	106

aa. Auslegung .....	107
aaa. Wortlautauslegung .....	107
bbb. Systematische Auslegung.....	108
ccc. Historische Auslegung .....	110
ddd. Teleologische Auslegung .....	111
bb. Zusammenfassung .....	114
cc. Relevanz der Differenzierung zwischen Darlehensgewährung und faktischer Verrechnung als maßgebliche Rechtshandlung im Rahmen des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO – Aufrechnungsprivileg nach § 94 InsO .....	115
dd. Ermittlung der für die Einordnung als „Befriedigung“ iSd § 135 Abs. 1 Nr. 3 InsO relevanten Rechtshandlung im Cash- Pooling-System .....	118
aaa. Befriedigung durch die Rechtshandlung „Darlehens- gewährung“ .....	118
bbb. Befriedigung durch die Verrechnungen im Kontokorrent nach § 355 HGB.....	121
ccc. Ergebnis.....	123
c. Zwischenergebnis .....	123
d. Durchgreifen des Aufrechnungsprivilegs nach § 94 InsO im Hinblick auf die Cash-Pool-Verrechnungen?.....	124
aa. Aufrechnung iSd § 94 InsO nicht anfechtbar.....	125
bb. Aufrechnung iSd § 94 InsO anfechtbar .....	127
cc. Abwägung .....	127
e. Ergebnis .....	129
3. Fazit zur entstandenen Problematik .....	129
<b>3. Teil: Lösungsansätze.....</b>	<b>133</b>
<i>A. Lösungsansätze de lege lata § 135 InsO n.F.....</i>	<i>133</i>
I. Teleologische Reduktion .....	133
1. These.....	134

2. Voraussetzung „verdeckte Lücke“ .....	135
3. Änderung der <i>ratio legis</i> des § 135 InsO im Zuge des MoMiG.....	137
4. Schlussfolgerung.....	138
II. Privilegierung der Aufrechnung im Wege des Bargeschäftsprivilegs	
§ 142 InsO.....	138
1. Privilegierung des Cash-Poolings durch das Bargeschäftsprivileg ....	139
a. Kongruente Handlung.....	139
aa. Kontokorrentrechtsprechung des BGH .....	140
bb. Übertragung der Rechtsprechung auf die Verrechnungen im Cash-Pool.....	141
b. Leistungsaustausch .....	143
c. Gleichwertigkeit.....	143
d. Unmittelbarkeit.....	144
2. Paradigmenwechsel durch MoMiG .....	145
a. <i>Ratio</i> des Bargeschäftsprivilegs/Haftung aus Kapitalersatz bis MoMiG .....	145
b. Haftungsgrund aus § 135 InsO nach MoMiG .....	146
c. Widerspruch: Annahme eines Wertungswechsels .....	146
3. Besonderheit bei Massearmut .....	147
4. Ergebnis .....	148
III. Weitere Lösungsvorschläge der Literatur .....	148
1. Annahme eines einzigen revolvierenden Darlehens.....	149
a. These .....	149
b. Kollision mit der <i>ratio legis</i> der §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO .....	150
2. Limitierung in Höhe der Gesamtkreditlinie / Treu und Glauben .....	151
a. These .....	151
b. Kritische Würdigung .....	151
3. BGH, Urt. v. 28.11.1994 - II ZR 77/93 (Durchschnittssalden) .....	152
a. These .....	152
b. Kritische Würdigung .....	153
IV. Ergebnis .....	154

<b>B. Gestaltungs- und Handlungsmöglichkeit zum Schutz vor Gesellschafterhaftung nach § 135 InsO n.F. ....</b>	<b>155</b>
I. Implementierung eines konzerninternen „Frühwarnsystems“ .....	155
1. These .....	155
2. <i>Best-Practise-Regelungen</i> .....	156
a. Liquiditätsminimum .....	156
b. Regelmäßiger Informationsaustausch .....	157
c. Reaktionsoptionen .....	158
d. Unternehmensveräußerung .....	159
3. Würdigung .....	160
II. <i>side-stream-loans</i> .....	161
III. Zwischenergebnis .....	162
<b>C. Notwendigkeit zur Lösung de lege ferenda .....</b>	<b>162</b>
I. Diskrepanz zwischen Praxis und Rechtslage .....	162
II. Anregungen de lege ferenda .....	164
a. Wiedereinführung des Krisenmerkmals .....	165
b. Generalklauselartige Rückausnahme .....	168
III. Zusammenfassung .....	170
<b>4. Teil: Zusammenfassung der tragenden Ergebnisse.....</b>	<b>173</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>179</b>