

# Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	43
§ 1 Einleitung	49
A. Zur Bedeutung des Cash Pooling	49
B. Ziel der Arbeit und Gang der Darstellung	51
C. Rechtliche Grundlagen und wirtschaftliche Hintergründe des Cash Pooling	52
I. Begrifflichkeiten	52
II. Wirtschaftliche Vorteile und Risiken des Cash Pooling	54
III. Rechtliche Grundlagen des Cash Pooling	57
§ 2 Die rechtliche Problematik des Cash Pooling und das MoMiG	59
A. Die maßgebliche Rechtsprechung des BGH	59
I. Die Entscheidungen „Bremer Vulkan“	59
II. Die „November-Entscheidung“ vom 24.11.2003	60
III. Die „Cash-Pool I“-Entscheidung vom 16.1.2006	61
B. Die Bewertung von BGH-Rechtsprechung und kapitalerhaltungsrechtlicher Neuregelung	61
I. Ausgangslage	61
II. Cash Pooling als Problem der Kapitalerhaltung: Übertragbarkeit der Grundsätze der „November-Entscheidung“ auf die Praxis des Cash Pooling?	63
III. Die Bewertung von „November-Entscheidung“ und kapitalerhaltungsrechtlicher Neuregelung	68
IV. Zusammenfassung	89
§ 3 Cash Pooling bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages	91
A. Einführung: Zur alten Rechtslage	91
I. Zur Rechtslage im Vertragskonzern	91
II. Zur Rechtslage bei Bestehen eines isolierten Gewinnabführungsvertrags	95
III. Zwischenergebnis zur alten Rechtslage	96

B.	Die Neuregelung zum Cash Pooling bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags	97
I.	Zum Inhalt der Neuregelung	97
II.	Zum Hintergrund der Neuregelungen	98
III.	Die rechtspolitische Bewertung der Neuregelung	101
C.	Zur Zulässigkeit des Cash Pooling im Vertragskonzern	103
I.	Zur Interpretation der Neuregelung im AG-Vertragskonzern	103
II.	Die Auswirkungen der Neuregelung im GmbH-Vertragskonzern	190
III.	Seitenblick zur Kritik an der „November-Entscheidung“: Wertungswiderspruch zwischen Vertrags- und faktischem Konzern?	196
D.	Zu den Auswirkungen der Neuregelung bei Bestehen eines isolierten Gewinnabführungsvertrags	198
I.	Die Auswirkungen der Neuregelung iF.d. isolierten Gewinnabführungsvertrags mit einer AG	199
II.	Die Auswirkungen der Neuregelung iF.d. isolierten Gewinnabführungsvertrags mit einer GmbH	220
E.	Zusammenfassung	223
§ 4	Cash Pooling unter dem Aspekt des Kapitalerhaltungsgebots im faktischen AG-Konzern	225
A.	Einführung	225
B.	Die Neuregelung des § 57 Abs. 1 S. 3, 2. Alt. AktG	227
I.	„Überschießende Tendenz“ der aktienrechtlichen Regelung?	227
II.	Zum Verhältnis der §§ 311 ff. AktG und des § 57 Abs. 1 Satz 3, 2. Alt. AktG	248
C.	Zu den Voraussetzungen des Cash Pooling mit Blick auf die Vorgaben der §§ 311 ff., 57 AktG	271
I.	Ausgangslage	271
II.	Besondere Schwierigkeiten der Vollwertigkeitsprüfung iRd. Cash Pooling	273
III.	Die Einbeziehung des herrschenden Unternehmens und der Konzerngeschäftsleiter	278
IV.	Zu den Pflichten des Vorstands der faktisch abhängigen AG	317
V.	Zu den Pflichten des Aufsichtsrats der faktisch abhängigen AG	353
VI.	Zu den Pflichten eines etwaigen Aufsichtsorgans des herrschenden Unternehmens	356
VII.	Zusammenfassung zu den Pflichten der Organwalter	358
VIII.	Zur Versicherbarkeit des Haftungsrisikos der Organwalter	359
IX.	Zur Delegation der Pflichten der beteiligten Geschäftsleiter	363
X.	Zur Darlegungs- und Beweislast und zu Umfang und Inhalt einer möglichen Haftung von Organwaltern	367

XI. Zu den Pflichten der Organwalter im Hinblick auf die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen von upstream loans iRd. Cash Pooling	369
XII. Zur Verjährung der kapitalerhaltungsrechtlichen Ansprüche gegen den kreditnehmenden Gesellschafter und gegen die Organwalter	370
XIII. Betreibergesellschaft nicht beim herrschenden Unternehmen	374
XIV. Zu den Auswirkungen nachträglicher Veränderungen der Bonität des herrschenden Unternehmens	378
D. Zusammenfassung	386
§ 5 Cash Pooling unter dem Aspekt der Kapitalerhaltung im faktischen GmbH-Konzern	391
A. Einführung	391
B. Die Interpretation der Neuregelung	391
I. Zur Vollwertigkeit des Rückerstattungsanspruchs	392
II. Zur Kompetenzverteilung bei der Vergabe von upstream loans: Kein Weisungsrecht der Gesellschafter	408
III. Zur Einbeziehung der Konzerngeschäftsführer hinsichtlich der Gewährleistung der gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen in Betreff der Praxis des Cash Pooling	412
IV. Versicherbarkeit der Geschäftsführerhaftung, Delegation der Geschäftsführerpflichten und Verantwortlichkeit eines Aufsichtsrats	427
V. Zu Umfang und Inhalt der Haftung wegen Bonitätsverschlechterungen nach Valutierung	428
VI. Zur Ausfallhaftung etwaiger Mitgesellschafter beim Ausfall aufsteigender Darlehen	429
C. Zur Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt)	435
D. Zur GmbH & Co. KG	437
E. Zusammenfassung	438
§ 6 Zur Problematik der upstream guarantees	440
A. Ausgangslage: Zur Relevanz aufsteigender Sicherheiten iRd. Cash Pooling und zur Einschlägigkeit des Kapitalerhaltungsgebots	440
B. Der Meinungsstand zu Sicherheiten im faktischen Konzern unter der alten Rechtslage	440
I. Der Meinungsstand bis zur „November-Entscheidung“	441
II. Der Meinungsstand im Anschluss an die „November-Entscheidung“	445

C.	Zu den Voraussetzungen aufsteigender Sicherheiten im faktischen Konzern unter der neuen Rechtslage	446
I.	Gestattung aufsteigender Sicherheiten unter der Neuregelung?	446
II.	Zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen aufsteigender Sicherheiten unter der neuen Rechtslage	448
III.	Zur Erforderlichkeit eines Entgelts	467
IV.	Zu den Pflichten der Geschäftsleiter bei der Cash-Pool-Teilnahme faktisch abhängiger Kapitalgesellschaften	469
D.	Aufsteigende Sicherheiten bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages	471
E.	Zusammenfassung	472
§ 7	Zum Erfordernis angemessener Verzinsung bzw. angemessener Gegenleistung	474
A.	Der Meinungsstand unter der alten Rechtslage	474
B.	Zur neuen Rechtslage	476
I.	Verzinsungspflicht aus §§ 30 GmbHG, 57 AktG?	477
II.	Rechtsfolgen iF. unzureichender Verzinsung	486
III.	Zur Bestimmung des angemessenen Zinssatzes bzw. zur Angemessenheit einer Gegenleistung	489
IV.	Zur Zulässigkeit eines Zinsverzichts bei Einräumung anderweitiger Vorteile mit Blick auf die Praxis des Cash Pooling	492
V.	Besonderheiten in der GmbH	500
VI.	Zinspflicht bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags?	502
C.	Zusammenfassung	503
§ 8	Cash Pooling und Liquiditätsschutz	505
A.	Einführung	505
B.	Das Kapitalerhaltungsgebot als Liquiditätsschutz? – Der Meinungsstand zur alten Rechtslage	506
I.	Allgemein zur Maßgeblichkeit des Gesellschaftsinteresses iRd. Kapitalerhaltungsgebots	506
II.	Zu den Vorgaben mit Blick auf die Vorenthaltung zustehender Liquidität im Besonderen	510
C.	Zur neuen Rechtslage	510
I.	Ausgangslage und Meinungsstand	510
II.	Stellungnahme	514
D.	Liquiditätsschutz gemäß §§ 64 S. 3 GmbHG, 92 Abs. 2 S. 3 AktG	537

I.	Ausgangslage und Meinungsstand zur Bedeutung der §§ 64 S. 3 GmbHG, 92 Abs. 2 S. 3 AktG mit Blick auf die Praxis des Cash Pooling	537
II.	Stellungnahme	539
E.	Liquiditätsschutz bei Bestehen eines Unternehmensvertrags iSv. § 291 Abs. 1 S. 1 AktG	543
F.	Zusammenfassung	543
§ 9	Die Implikationen der Bestimmungen betreffend die Kreditgewährung an Organwalter	546
A.	Einführung	546
B.	Die Implikationen des § 43a GmbHG	546
I.	Zum Zweck der Bestimmung	546
II.	Das Verhältnis von § 43a GmbHG zum Kapitalerhaltungsgebot des § 30 GmbHG	548
III.	§ 43a GmbHG bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages	559
C.	Die Implikationen der §§ 89, 115 AktG	559
I.	Hintergrund und Normzweck des § 89 AktG	559
II.	Zum Verhältnis von § 89 AktG und § 57 AktG	560
III.	Zur Rechtslage im AG-Konzern	562
IV.	Zu § 115 AktG	564
D.	Zu § 288 Abs. 2 AktG	564
E.	Zu den Sonderregeln des KWG	565
I.	Ausgangslage	565
II.	Zum Verhältnis von § 15 KWG und § 57 AktG	565
III.	Kein Kreditinstitut in der Rechtsform eines Einzelkaufmanns	568
F.	Zusammenfassung	568
§ 10	Zum zeitlichen Anwendungsbereich der Neuregelungen	570
A.	Meinungsstand	570
B.	Stellungnahme	571
§ 11	Cash Pooling und Kapitalaufbringung	573
A.	Einführung	573
B.	Die Problematik unter der alten Rechtslage	574
I.	Die „Lehre von der verdeckten Sacheinlage“	575
II.	Zur Rechtsfigur des „Hin- und Herzählens“	580
III.	Zivil- und strafrechtliche Konsequenzen für die Geschäftsleiter	584

IV.	Strategien zur Bewältigung der Problematik unter der alten Rechtslage	586
V.	Fazit zur alten Rechtslage	594
C.	Die Neuregelungen zur Kapitalaufbringung	594
I.	Zur Entstehungsgeschichte der Neuregelungen im Recht der GmbH	594
II.	Die Entstehungsgeschichte der Neuregelungen im Recht der AG	602
D.	Zu den Auswirkungen der Neuregelung für die Praxis des Cash Pooling	603
I.	Differenzierung zwischen verdeckter Sacheinlage und Hin- und Herzahlen	604
II.	Zum relevanten Zeitpunkt für die Unterscheidung zwischen verdeckter Sacheinlage und Hin- und Herzahlen	607
III.	„Mischfälle“	610
IV.	Zur Behandlung wechselnder Salden	611
V.	Verdeckte Sacheinlage und Hin- und Herzahlen bei Weiterleitung der Einlagemittel an Dritte	613
VI.	Zu den sich aus den Neuregelungen ergebenden Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Praxis des Cash Pooling	621
E.	Bewertung der Neuregelungen, Fazit zu ihrer „Cash-Pool-Tauglichkeit“ und Zusammenfassung	719
§ 12	Cash Pooling und das Recht der Gesellschafterdarlehen	726
A.	Cash Pooling als Problem des Rechts der Gesellschafterdarlehen	726
I.	Einführung	726
II.	Das frühere Eigenkapitalersatzrecht	727
III.	Die Neuregelungen für Gesellschafterdarlehen nach dem MoMiG	730
IV.	Die Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts bzw. des Rechts der Gesellschafterdarlehen auf downstream loans iRd. Cash Pooling	738
V.	Zum Adressatenkreis der Neuregelungen im Konzern	740
B.	Die Rechtslage im Vertragskonzern	759
I.	Die Rechtslage unter Geltung des alten Eigenkapitalersatzrechts	759
II.	Die Rechtslage unter dem neuen Recht der Gesellschafterdarlehen	767
III.	Zusammenfassung	783
C.	Die Rechtslage im faktischen Konzern	785
I.	Die Rechtslage unter der Geltung des früheren Eigenkapitalersatzrechts	785
II.	Die Rechtslage unter der Geltung der Neuregelungen	787
III.	Zusammenfassung	789
D.	Zum Umfang der Risiken unter der neuen Rechtslage	790
I.	Die Kontokorrentproblematik	790

II.	Zur Reichweite der Subordination: Anfechtbarkeit bzw. Ipso-iure-Unwirksamkeit wegen Befriedigung oder wegen Besicherung?	795
III.	Weitere Risikobegrenzung durch Anwendbarkeit des Bargeschäftsprivilegs?	802
IV.	Zur Anrechnung von Liquiditätsleistungen auf gesellschafts- bzw. konzernrechtliche Ausgleichspflichten	810
V.	Risiken im Zusammenhang mit der Bestellung aufsteigender Sicherheiten?	817
E.	Zu Personengesellschaften, KGaA und Scheinauslandsgesellschaften	819
F.	Zu den Pflichten der Geschäftsleiter	819
I.	Pflichten der Konzerngeschäftsleiter gegenüber den abhängigen Pool-Teilnehmern	819
II.	Pflichten der Konzerngeschäftsleiter gegenüber ihrer Anstellungskörperschaft	821
III.	Zu den Pflichten der Geschäftsleiter abhängiger Pool-Teilnehmer	822
1.	Informationspflichten zur wirtschaftlichen Situation	822
2.	Gewährleistung der Vollwertigkeit von Ausgleichsansprüchen	822
G.	Zusammenfassung	823
§ 13	Zusammenfassung und Thesen	826
	Literaturverzeichnis	841

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	43
<b>§ 1 Einleitung</b>	<b>49</b>
A. Zur Bedeutung des Cash Pooling	49
B. Ziel der Arbeit und Gang der Darstellung	51
C. Rechtliche Grundlagen und wirtschaftliche Hintergründe des Cash Pooling	52
I. Begrifflichkeiten	52
II. Wirtschaftliche Vorteile und Risiken des Cash Pooling	54
III. Rechtliche Grundlagen des Cash Pooling	57
<b>§ 2 Die rechtliche Problematik des Cash Pooling und das MoMiG</b>	<b>59</b>
A. Die maßgebliche Rechtsprechung des BGH	59
I. Die Entscheidungen „Bremer Vulkan“	59
II. Die „November-Entscheidung“ vom 24.11.2003	60
III. Die „Cash-Pool I“-Entscheidung vom 16.1.2006	61
B. Die Bewertung von BGH-Rechtsprechung und kapitalerhaltungsrechtlicher Neuregelung	61
I. Ausgangslage	61
II. Cash Pooling als Problem der Kapitalerhaltung: Übertragbarkeit der Grundsätze der „November-Entscheidung“ auf die Praxis des Cash Pooling?	63
1. Meinungsstand	63
2. Stellungnahme	65
III. Die Bewertung von „November-Entscheidung“ und kapitalerhaltungsrechtlicher Neuregelung	68
1. Meinungsstand	68
a. Interpretation und Bewertung der „November-Entscheidung“	69
b. Die Bewertung der Neuregelung	71
c. Weitere Kritik an der „November-Entscheidung“	74
d. Die Begründung des Gesetzgebers zur kapitalerhaltungsrechtlichen Neuregelung	75
2. Stellungnahme	76
a. Ausgangslage und historische Betrachtung	76
b. Das Kapitalerhaltungsgebot als an die Vermögenslage der Gesellschaft geknüpfter abstrakter Insolvenzschutz?	83



c. Kein abstraktes Verbot von Krediten „causa societatis“ und Lösung	85
IV. Zusammenfassung	89
<b>§ 3 Cash Pooling bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages</b>	91
A. Einführung: Zur alten Rechtslage	91
I. Zur Rechtslage im Vertragskonzern	91
1. Kapitalerhaltungsrechtliche Unbedenklichkeit im AG-Vertragskonzern	91
2. Umstrittene Rechtslage im GmbH-Vertragskonzern	92
II. Zur Rechtslage bei Bestehen eines isolierten Gewinnabführungsvertrags	95
III. Zwischenergebnis zur alten Rechtslage	96
B. Die Neuregelung zum Cash Pooling bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags	97
I. Zum Inhalt der Neuregelung	97
II. Zum Hintergrund der Neuregelungen	98
1. Die Begründung des Gesetzgebers	98
2. Deutungsversuche im Schrifttum	98
3. Stellungnahme	99
III. Die rechtspolitische Bewertung der Neuregelung	101
1. Meinungsstand	101
2. Stellungnahme	102
C. Zur Zulässigkeit des Cash Pooling im Vertragskonzern	103
I. Zur Interpretation der Neuregelung im AG-Vertragskonzern	103
1. Auswirkungen der Neuregelung im AG-Vertragskonzern?	103
a. Zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen unter der alten Rechtslage	103
aa. Rechtmäßige Ausübung der Leitungsmacht als Voraussetzung für die Suspendierung der Kapitalerhaltungsregeln	103
bb. Zu den Anforderungen an die Rechtmäßigkeit einer Weisung	103
(1) Die Maßgeblichkeit von Konzerninteresse und Satzung der abhängigen AG	103
(2) Zur Unzulässigkeit existenzgefährdender Weisungen	104
b. Der Meinungsstand zur neuen Rechtslage	106
c. Stellungnahme	110
aa. Zum Erfordernis der Vollwertigkeit des Verlustausgleichsanspruchs	112

(1) Faktische Aushebelung der Verlustrückstellungspflicht ohne Überwachungspflicht der Geschäftsleiter	112
(2) Wollte und konnte der Gesetzgeber § 302 AktG im Vertragskonzern „faktisch aufheben“?	113
(a) Schutz durch insolvenzrechtliche Anfechtungstatbestände?	113
(b) Schutz durch die „Insolvenzverursachungs- haftung“ der §§ 64 S. 3 GmbHG, 92 Abs. 2 S. 3 AktG?	114
(c) Schutz durch Publizität?	115
(d) Zur Konzeption der Verlustrückstellungspflicht	118
(3) Zusätzlicher Verstoß gegen das Kapital- erhaltungsgebot bei fehlender Vollwertigkeit des Verlustrückstellungsanspruchs?	119
(4) Zwischenergebnis	124
bb. Zur Beachtlichkeit des Konzerninteresses	125
(1) Ausgangslage und Meinungsstand	125
(2) Stellungnahme	126
cc. Erforderlichkeit einer Weisung?	127
dd. Zwischenergebnis	129
2. Zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen für Cash Pooling im AG-Vertragskonzern	130
a. Zu den sich aus § 302 AktG ergebenden Voraussetzungen	130
aa. Zum Umfang des Verlustrückstellungsanspruchs	130
(1) Meinungsstand: Anspruch auf Versorgung mit existenznotwendiger Liquidität?	131
(2) Stellungnahme	133
bb. Zu den Anforderungen an die Vollwertigkeit des Verlustrückstellungsanspruchs	137
(1) Meinungsstand	137
(2) Stellungnahme	139
(3) Irrelevanz der Bonitätskontrolle bei erwartungs- gemäß zumindest ausgeglichenem Jahresergebnis?	140
cc. Zu den Folgerungen für die Geschäftsleiter	
iRd. Cash Pooling	142
(1) Zur maßgeblichen Weisung mit Blick auf die Praxis des Cash Pooling	142
(2) Zur Beachtlichkeit nachträglicher Entwicklungen	143
(a) Ausgangslage und Meinungsstand	143
(b) Stellungnahme	146

(3) Zur Primärverantwortung im Hinblick auf die Kontrolle des Verlustausgleichsanspruchs sowie zu den sich daraus ergebenden Pflichten der Konzerngeschäftsleiter	148
(a) Meinungsstand	148
(b) Stellungnahme	150
(4) Zu den Pflichten der Geschäftsleiter der abhängigen Gesellschaft	152
(a) Meinungsstand zur Verortung der Pflichten	152
(b) Stellungnahme	153
(c) Zu den Pflichten der Geschäftsleiter der abhängigen Gesellschaft im Einzelnen	156
dd. Zur Aufrechnung gegen den Verlustausgleichsanspruch	158
(1) Meinungsstand	158
(2) Stellungnahme	160
ee. Erfüllung des Verlustausgleichsanspruchs durch Novation?	164
(1) Meinungsstand	164
(2) Stellungnahme	165
ff. Existenzgarantie nach Vertragsbeendigung?	166
(1) Meinungsstand	166
(2) Stellungnahme	167
b. Zu den sich mit Blick auf die Wahrung des Konzerninteresses ergebenden Voraussetzungen	167
aa. Die maßgeblichen Aspekte zur Bestimmung des Konzerninteresses mit Blick auf die Praxis des Cash Pooling	167
(1) Zur Beurteilung der Nachteiligkeit iRv. § 308 Abs. 1 S. 2 AktG	168
(2) Zur Beurteilung des Konzerninteresses mit Blick auf die Praxis des Cash Pooling	170
bb. Zur Konzernverbundenheit des begünstigten Unternehmens	170
(1) Meinungsstand	171
(2) Stellungnahme	172
cc. Zu den Pflichten der beteiligten Geschäftsleiter im Zusammenhang mit der Beurteilung des Konzerninteresses	173
(1) Ausgangslage	173
(2) Normiert § 308 Abs. 1 S. 2 AktG lediglich ein Verbot unverhältnismäßiger Schädigungen?	174
c. Zur Delegation der Pflichten der Geschäftsleiter	176

aa.	Ressortmäßige Aufteilung innerhalb eines mehrgliedrigen Verwaltungsorgans	176
bb.	Zur Delegation im herrschenden Unternehmen	177
(1)	Meinungsstand	177
(2)	Stellungnahme	178
cc.	Zur Delegation in der abhängigen Gesellschaft	182
(1)	Meinungsstand	182
(2)	Stellungnahme	183
d.	Zu den Pflichten etwaiger weiterer Organwalter	186
aa.	Zu den Pflichten des Aufsichtsrats der abhängigen Gesellschaft	186
(1)	Meinungsstand	186
(2)	Stellungnahme	186
bb.	Zu den Pflichten eines Aufsichtsrats des herrschenden Unternehmens	188
(1)	Meinungsstand	188
(2)	Stellungnahme	188
e.	Teilnahme am Cash Pooling als mögliche Abweichung von der Satzung?	189
f.	Betreiber-gesellschaft nicht beim herrschenden Unternehmen	189
II.	Die Auswirkungen der Neuregelung im GmbH-Vertragskonzern	190
1.	Entscheidung des Meinungsstreits hinsichtlich der Anwendbarkeit der Kapitalerhaltensregeln	190
2.	Geringerer Umfang der Verlustausgleichspflicht im GmbH-Recht?	190
a.	Meinungsstand	191
b.	Stellungnahme	192
3.	Zur Beachtlichkeit des Konzerninteresses	193
a.	Meinungsstand	193
b.	Stellungnahme	194
4.	Zu den Pflichten der beteiligten Organwalter	195
III.	Seitenblick zur Kritik an der „November-Entscheidung“: Wertungswiderspruch zwischen Vertrags- und faktischem Konzern?	196
1.	Meinungsstand	196
2.	Stellungnahme	198
D.	Zu den Auswirkungen der Neuregelung bei Bestehen eines isolierten Gewinnabführungsvertrags	198
I.	Die Auswirkungen der Neuregelung iFd. isolierten Gewinnabführungsvertrags mit einer AG	199
1.	Zum Erfordernis eines vollwertigen Verlustausgleichsanspruchs	199
a.	Meinungsstand	199

b.	Stellungnahme	200
aa.	Zum Rechtsgrund der Verlustausgleichspflicht im isolierten Gewinnabführungsvertrag	200
(1)	Ausgangslage	200
(2)	Meinungsstand	201
(3)	Stellungnahme	202
bb.	Zwischenergebnis	206
2.	Zu den Zulässigkeitsgrenzen für Konzerngeschäftsleitung bei Bestehen eines isolierten Gewinnabführungsvertrags mit einer abhängigen AG	206
a.	Meinungsstand	207
b.	Stellungnahme	208
aa.	Zur Anwendbarkeit der §§ 311, 317 AktG	208
bb.	Zur Anwendbarkeit des § 117 AktG	210
(1)	Meinungsstand	210
(2)	Stellungnahme	212
cc.	Zur Beachtlichkeit des Konzerninteresses	213
dd.	Folgerungen für die Pflichten der beteiligten Geschäftsleiter mit Blick auf die Praxis des Cash Pooling	213
(1)	Allgemeines	213
(2)	Zur Verortung der Pflichten des Vorstands der abhängigen AG	215
(3)	Zur Delegation der Pflichten der beteiligten Geschäftsleiter	216
(a)	Zur Delegation der Pflichten der Konzerngeschäftsleiter	216
(b)	Zur Delegation der Pflichten in der abhängigen AG	217
ee.	Zu den Pflichten etwaiger weiterer Organwalter	218
(1)	Zu den Pflichten des Aufsichtsrats der abhängigen AG	218
(2)	Zu den Pflichten eines etwaigen Aufsichtsrats des herrschenden Unternehmens	219
II.	Die Auswirkungen der Neuregelung iF.d. isolierten Gewinnabführungsvertrags mit einer GmbH	220
1.	Zur Rechtfertigung der Verlustausgleichspflicht iF.d. isolierten Gewinnabführungsvertrags mit einer GmbH	220
2.	Die Zulässigkeit von Konzerngeschäftsleitung iF.d. isolierten Gewinnabführungsvertrags mit einer GmbH	221
a.	Wegfall des Deckungsgebots und Vollwertigkeit des Verlustausgleichsanspruchs	221
b.	Kein Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens	221

c.	Zur Maßgeblichkeit des Konzerninteresses	222
d.	Zu den Pflichten der beteiligten Geschäftsleiter	222
E.	Zusammenfassung	223
<b>§ 4</b>	<b>Cash Pooling unter dem Aspekt des Kapitalerhaltungsgebots im faktischen AG-Konzern</b>	225
A.	Einführung	225
B.	Die Neuregelung des § 57 Abs. 1 S. 3, 2. Alt. AktG	227
I.	„Überschießende Tendenz“ der aktienrechtlichen Regelung?	227
1.	Europarechtskonformität der aktienrechtlichen Neuregelung?	228
2.	Erforderlichkeit einer aktienrechtlichen Neuregelung?	228
a.	Meinungsstand	228
b.	Stellungnahme	229
3.	Zur Neuregelung des § 57 Abs. 1 S. 3, 2. Alt. AktG	231
a.	Die Vollwertigkeit des Rückerstattungsanspruchs	231
aa.	Keine Zweifel an der Einbringlichkeit der Forderung	231
bb.	Objektives Verständnis der Vollwertigkeit und Beweislastverteilung	233
cc.	Einzelheiten zur Beurteilung des Ausfallrisikos iRd. Kapitalerhaltungsgebots	236
(1)	(Bilanzielle) Vollwertigkeit iSd. §§ 57 AktG, 30 GmbHG trotz erforderlicher Pauschalwertberichtigung?	236
(2)	Bilanzielle bzw. zweifelsfreie Vollwertigkeit nur bei voller Besicherung?	239
(a)	Meinungsstand	239
(b)	Stellungnahme	240
(3)	Zur Bonität des Schuldners	242
(4)	Zur Bonitätsprüfung durch den Geschäftsleiter	244
dd.	Zwischenergebnis zum Vollwertigkeitsgebot	246
b.	Zur Zinspflicht und zum Schutz von Ertragschancen	247
II.	Zum Verhältnis der §§ 311 ff. AktG und des § 57 Abs. 1 Satz 3, 2. Alt. AktG	248
1.	Der Meinungsstand unter der alten Rechtslage	248
a.	Generelle Verdrängung des Kapitalerhaltungsgebots?	248
b.	Sonderfall: Upstream loans iRv. Cash-Pool-Systemen	250
c.	Zu den Auswirkungen des Meinungsstreits	252
aa.	Zulässigkeit nur bei werthaltiger Besicherung?	252
bb.	Zur Nutzungsvergütung (Verzinsung) und zur Vorenthaltung zustehender Liquidität	256

2.	Zum Verhältnis der §§ 311 ff. AktG und des § 57 Abs. 1 S. 3, 2. Alt. AktG mit Blick auf upstream loans unter der neuen Rechtslage	257
a.	Meinungsstand	257
aa.	Zum Verhältnis im Allgemeinen	257
bb.	Ausfallrisiko	259
cc.	Schutz der Liquiditätslage	260
dd.	Verzinsung	260
ee.	Klumpenrisiko	261
3.	Stellungnahme	261
a.	§§ 311 ff. AktG als Privilegierung gegenüber § 57 AktG?	261
b.	Keine Beschränkung des Anwendungsbereichs der §§ 311 ff. AktG	266
aa.	Zum Aspekt des Ausfallrisikos	266
bb.	Zur Verzinsungspflicht und zum Schutz der Liquiditätslage	268
cc.	Folgerungen für das Verhältnis der §§ 311 ff. AktG zu den Kapitalerhaltungsregeln bei aufsteigenden Krediten	269
dd.	Zur Anwendbarkeit der §§ 311 ff. AktG auf die Praxis des Cash Pooling	270
C.	Zu den Voraussetzungen des Cash Pooling mit Blick auf die Vorgaben der §§ 311 ff., 57 AktG	271
I.	Ausgangslage	271
1.	Vollwertigkeitsprüfung durch den Vorstand bei Valutierung	271
2.	Anwendung der Business Judgement Rule?	272
II.	Besondere Schwierigkeiten der Vollwertigkeitsprüfung iRd. Cash Pooling	273
1.	Schwierigkeiten mit Blick auf den zeitlichen Bezugspunkt der Prüfung	273
2.	Zur Ermittlung der Bonität der Betreibergesellschaft	274
3.	Besondere Risiken mit Blick auf das Recht der Gesellschafterdarlehen	275
4.	Unrentabilität der Vollwertigkeitskontrolle durch die Geschäftsleiter der Pool-Teilnehmer	276
5.	Zwischenergebnis	277
III.	Die Einbeziehung des herrschenden Unternehmens und der Konzerngeschäftsleiter	278
1.	Zur Vollwertigkeitsprüfung bei Valutierung	278
2.	Zur Vollwertigkeitsgarantie nach Valutierung	279
a.	Meinungsstand zu upstream loans im Allgemeinen	280
b.	Übertragung der herrschenden Ansicht auf die Praxis des Cash Pooling	282

c.	Stellungnahme	284
aa.	Zur Notwendigkeit einer Einschränkung der Haftung für Unterlassen	284
bb.	Zum Hintergrund des Fehlgehens der herrschenden Ansicht	286
(1)	Die herrschende Ansicht: § 317 Abs. 3 AktG als verschuldensunabhängige Veranlasserhaftung	286
(2)	Stellungnahme	287
cc.	Folgerungen für upstream loans im Allgemeinen und die Praxis des Cash Pooling im Besonderen	291
dd.	Seitenblick zur Kritik an der „November-Entscheidung“	294
3.	Zu den Anforderungen an die Gewährleistung der Vollwertigkeit durch die Konzerngeschäftsleiter mit Blick auf insolvenz- und gesellschaftsrechtliche Vorgaben im Verhältnis zu ihrer Anstellungskörperschaft	295
a.	Ausgangslage	295
b.	Konzernrechtliche Ausgleichs- und kapitalerhaltungs- rechtliche Rückerstattungsansprüche in der Insolvenz	296
aa.	Meinungsstand	296
bb.	Stellungnahme	299
(1)	Ausgangslage	299
(2)	Zu den Anfechtungsrisiken gemäß §§ 129 ff. InsO, 3 f. AnfG	302
(3)	Zwischenergebnis	308
c.	Zum Zahlungsverbot der §§ 92 Abs. 2 S. 1, 3 AktG, 64 S. 1, 3 GmbHG, 130a Abs. 1 HGB	309
4.	Zu den Pflichten der Konzerngeschäftsleiter im Einzelnen	310
a.	Einrichtung eines „Informations- und Frühwarnsystems“	310
b.	Zur Vollwertigkeitskontrolle	312
c.	Dokumentation	316
d.	Informationsrechte	316
IV.	Zu den Pflichten des Vorstands der faktisch abhängigen AG	317
1.	Ausgangslage und Meinungsstand	317
2.	Zum kapitalerhaltungsrechtlich relevanten Zeitpunkt für die Beurteilung der Vollwertigkeit	318
a.	Meinungsstand	318
b.	Stellungnahme	319
3.	Zur kapitalerhaltungsrechtlichen Zulässigkeit von Verfügungen über den Rückerstattungsanspruch und zur kapitalerhaltungsrechtlichen Beachtlichkeit nachträglicher Verschlechterungen der Bonität des Kreditnehmers	321
a.	Zur Unzulässigkeit des Verzichts auf den Rückerstattungsanspruch	321



aa. Ausgangslage und Meinungsstand	321
bb. Stellungnahme	322
b. Die Berücksichtigung von Bonitätsverschlechterungen nach Valutierung	324
aa. Meinungsstand	324
bb. Stellungnahme	330
(1) Ausdrückliche Verlängerung des Darlehens	330
(2) Bloße Nichteinforderung des Darlehens	330
(3) Entwicklungen zwischen Valutierung und Fälligkeit	331
(a) Ausgangslage	331
(b) Zur Entstehung eines kapitalerhaltungsrechtlichen Rückerstattungsanspruchs wegen Verschlechterungen der Bonität nach Valutierung	332
(aa) Vergleich mit der früheren Rechtslage	332
(bb) Keine Definition der Grenzen des Kapitalerhaltungsgebots durch gesetzliche oder vertragliche Kündigungsrechte	334
(cc) Anspruch der Gesellschaft auf ständige Darlegung zweifelsfreier Bonität aus §§ 57 Abs. 1 S. 3 AktG, 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG	338
(dd) Bestätigung der laufzeitbezogenen Anwendung der §§ 57 Abs. 1 S. 3 AktG, 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG durch systematische und teleologische Erwägungen	340
(ee) Das Verhältnis des Kapitalerhaltungsgebots zur Insolvenzanfechtung	344
(ff) Vergleich mit der Rechtslage bei § 43a GmbHG	344
(gg) Kein ausreichender Gläubigerschutz durch andere Schutzinstrumente	346
(4) Zwischenergebnis zu den Rechtsfolgen bei nachträglicher Verschlechterung der Bonität des Schuldners und Folgerungen für die Verantwortlichkeit des Geschäftsleiters	347
4. Zu den Pflichten des Vorstands der faktisch abhängigen AG mit Blick auf die Praxis des Cash Pooling	349
a. Kontrolle der Vollwertigkeit der Ausgleichsansprüche	349
b. Dokumentations- und Berichtspflichten	352

V. Zu den Pflichten des Aufsichtsrats der faktisch abhängigen AG	353
VI. Zu den Pflichten eines etwaigen Aufsichtsorgans des herrschenden Unternehmens	356
VII. Zusammenfassung zu den Pflichten der Organwalter	358
VIII. Zur Versicherbarkeit des Haftungsrisikos der Organwalter	359
IX. Zur Delegation der Pflichten der beteiligten Geschäftsleiter	363
1. Zur Delegation im herrschenden Unternehmen	363
a. Zur Verantwortlichkeit der Konzerngeschäftsführer	363
b. Zur Haftung der Delegatäre auf der Ebene des herrschenden Unternehmens	364
aa. Meinungsstand	364
bb. Stellungnahme	365
2. Zur Delegation in der abhängigen AG	367
X. Zur Darlegungs- und Beweislast und zu Umfang und Inhalt einer möglichen Haftung von Organwaltern	367
XI. Zu den Pflichten der Organwalter im Hinblick auf die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen von upstream loans iRd. Cash Pooling	369
XII. Zur Verjährung der kapitalerhaltungsrechtlichen Ansprüche gegen den kreditnehmenden Gesellschafter und gegen die Organwalter	370
1. Ausgangslage und Meinungsstand	370
2. Stellungnahme	371
XIII. Betreibergesellschaft nicht beim herrschenden Unternehmen	374
1. Ausgangslage und Anwendbarkeit der Kapitalerhaltungsregeln bei der Kreditvergabe an Dritte im faktischen Konzern	374
2. Meinungsstand zur Frage, wessen Bonität maßgeblich für die Vollwertigkeit ist	376
3. Stellungnahme	376
XIV. Zu den Auswirkungen nachträglicher Veränderungen der Bonität des herrschenden Unternehmens	378
1. Zum Inhalt der Haftung wegen fehlender Vollwertigkeit	378
2. Zur Haftung bei späterer Verbesserung der Bonität des Kreditnehmers	379
a. Ausgangslage	379
b. Cash Pooling als Sonderfall?	383
3. Zum Umfang der Haftung iRd. Cash Pooling	385
4. Fortbestehen des Kreditvertrages	385
D. Zusammenfassung	386

<b>§ 5</b>	<b>Cash Pooling unter dem Aspekt der Kapitalerhaltung im faktischen GmbH-Konzern</b>	<b>391</b>
A.	Einführung	391
B.	Die Interpretation der Neuregelung	391
I.	Zur Vollwertigkeit des Rückerstattungsanspruchs	392
1.	Ist stets die volle Aktivierbarkeit des Rückerstattungsanspruchs erforderlich?	392
a.	Meinungsstand	392
b.	Stellungnahme	394
aa.	Der Wortlaut des § 30 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. GmbHG	394
bb.	Vergleich mit den kapitalaufbringungsrechtlichen Regelungen zur verdeckten Sacheinlage und zum Hin- und Herzahlen	395
cc.	Zu den entscheidenden Wertungsgesichtspunkten iFd. Stammkapitaldeckung bei Valutierung	398
dd.	Zur Situation iRd. Cash Pooling	400
ee.	Volle Rückerstattung trotz Stammkapitaldeckung?	402
2.	Zu den Auswirkungen des BilMoG	404
a.	Zu den Neuregelungen mit Bezug zur Kapitalerhaltung	404
b.	Gezeichnetes oder Stammkapital als Bezugspunkt der Ausschüttungssperre des § 30 Abs. 1 GmbHG?	405
aa.	Ausgangslage und Meinungsstand	405
bb.	Stellungnahme	407
II.	Zur Kompetenzverteilung bei der Vergabe von upstream loans: Kein Weisungsrecht der Gesellschafter	408
1.	Zur Rechtslage bei der Entscheidung über die Kreditvergabe	408
2.	Zur Rechtslage nach Valutierung	412
III.	Zur Einbeziehung der Konzerngeschäftsleiter hinsichtlich der Gewährleistung der gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen in Betreff der Praxis des Cash Pooling	412
1.	Ausgangslage	412
2.	Zur Herleitung entsprechender Pflichten der Konzerngeschäftsleiter	413
a.	Die Organpflichten der Konzerngeschäftsleiter gegenüber ihrer Anstellungskörperschaft	413
b.	Die Existenzvernichtungshaftung des § 826 BGB	414
aa.	Die Entwicklung der Haftung im faktischen GmbH-Konzern bis zur Verortung der Existenzvernichtungshaftung bei § 826 BGB	414
bb.	§ 826 BGB als Grundlage der Vollwertigkeitskontrolle durch die Konzerngeschäftsleiter?	415

c.	§ 266 StGB und § 263 StGB als Grundlage der Vollwertigkeitskontrolle durch die Konzerngeschäftsleiter?	417
d.	(Vor-)Vertragliche Aufklärungspflichten?	419
e.	Analoge Anwendung des § 317 Abs. 3 AktG?	420
aa.	Meinungsstand	420
bb.	Stellungnahme	423
IV.	Versicherbarkeit der Geschäftsleiterhaftung, Delegation der Geschäftsleiterpflichten und Verantwortlichkeit eines Aufsichtsrats	427
V.	Zu Umfang und Inhalt der Haftung wegen Bonitätsverschlechterungen nach Valutierung	428
1.	Zum Umfang der Haftung der Konzerngeschäftsleiter analog § 317 Abs. 3 AktG	428
2.	Nachhaltige Wiederherstellung des Stammkapitals bei zweifelhafter Bonität des kreditnehmenden Gesellschafters	429
VI.	Zur Ausfallhaftung etwaiger Mitgesellschafter beim Ausfall aufsteigender Darlehen	429
1.	Meinungsstand	429
2.	Stellungnahme	430
a.	Ausgangslage	430
b.	Ausfallhaftung und stichtagsbezogene Betrachtung	431
c.	Zu Inhalt und Zeitpunkt einer möglichen Haftung	433
3.	Zu einer Verschuldenshaftung der Gesellschafter	434
C.	Zur Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)	435
D.	Zur GmbH & Co. KG	437
E.	Zusammenfassung	438
<b>§ 6</b>	<b>Zur Problematik der upstream guarantees</b>	<b>440</b>
A.	Ausgangslage: Zur Relevanz aufsteigender Sicherheiten iRd. Cash Pooling und zur Einschlägigkeit des Kapitalerhaltungsgebots	440
B.	Der Meinungsstand zu Sicherheiten im faktischen Konzern unter der alten Rechtslage	440
I.	Der Meinungsstand bis zur „November-Entscheidung“	441
1.	Der Meinungsstand im Recht der GmbH	441
2.	Der Meinungsstand im Recht der AG	442
a.	Besicherung und das Kapitalerhaltungsgebot des § 57 AktG a.F.	442
b.	Besicherung im Anwendungsbereich der §§ 311 ff. AktG	444

II.	Der Meinungsstand im Anschluss an die „November-Entscheidung“	445
C.	Zu den Voraussetzungen aufsteigender Sicherheiten im faktischen Konzern unter der neuen Rechtslage	446
I.	Gestattung aufsteigender Sicherheiten unter der Neuregelung?	446
1.	Meinungsstand	446
2.	Stellungnahme	447
II.	Zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen aufsteigender Sicherheiten unter der neuen Rechtslage	448
1.	Ausgangslage und Meinungsstand	448
a.	Zu den Voraussetzungen der Besicherung im Zeitpunkt der schuldrechtlichen verbindlichen Zusage bzw. im Zeitpunkt der Bestellung	448
b.	Zur Relevanz von Entwicklungen nach Bestellung der Sicherheit	451
2.	Stellungnahme	454
a.	Zum Erfordernis der Prüfung eines Freistellungs- bzw. Rückgriffsanspruchs	454
b.	Zum maßgeblichen Zeitpunkt für die erforderliche Prüfung der Zulässigkeit der Besicherung unter dem Aspekt der Kapitalerhaltung	456
c.	Zur Beachtlichkeit nachträglicher Entwicklungen	462
d.	Zu Inhalt und Umfang des Anspruchs gemäß §§ 31 GmbHG, 62 AktG bei aufsteigenden Sicherheiten	464
e.	Zu den Besonderheiten in der GmbH	466
III.	Zur Erforderlichkeit eines Entgelts	467
1.	Meinungsstand	467
2.	Stellungnahme	468
IV.	Zu den Pflichten der Geschäftsleiter bei der Cash-Pool-Teilnahme faktisch abhängiger Kapitalgesellschaften	469
D.	Aufsteigende Sicherheiten bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages	471
E.	Zusammenfassung	472
<b>§ 7</b>	<b>Zum Erfordernis angemessener Verzinsung bzw. angemessener Gegenleistung</b>	<b>474</b>
A.	Der Meinungsstand unter der alten Rechtslage	474
B.	Zur neuen Rechtslage	476
I.	Verzinsungspflicht aus §§ 30 GmbHG, 57 AktG?	477
1.	Meinungsstand	477
2.	Stellungnahme	479

a.	Der Wortlaut der Neuregelung und der Wille des Gesetzgebers	479
b.	Systematische und teleologische Erwägungen	482
c.	Zwischenergebnis	486
II.	Rechtsfolgen iF. unzureichender Verzinsung	486
1.	Meinungsstand	486
2.	Stellungnahme	487
III.	Zur Bestimmung des angemessenen Zinssatzes bzw. zur Angemessenheit einer Gegenleistung	489
1.	Ausgangslage	489
2.	Berücksichtigung des Ausfallrisikos?	491
3.	Zwischenergebnis	492
IV.	Zur Zulässigkeit eines Zinsverzichts bei Einräumung anderweitiger Vorteile mit Blick auf die Praxis des Cash Pooling	492
1.	Ausgangslage	492
2.	Teilhabe an den Vorteilen des Cash Pooling als Gegenleistung iRv. upstream loans?	493
a.	Ausgangslage und Meinungsstand	493
b.	Stellungnahme	494
3.	„Konkretisierung“ der als Vergütung geleisteten Vorteile	494
a.	Problemstellung und Meinungsstand	494
b.	Stellungnahme	495
4.	Zulässigkeit der Pauschalbetrachtung und Hinausschieben der Zinspflicht in der faktisch abhängigen GmbH?	498
V.	Besonderheiten in der GmbH	500
1.	„Punktueller Betrachtungsweise“ für die Feststellung einer Zinspflicht?	501
2.	Reichweite der Zinspflicht	502
VI.	Zinspflicht bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags?	502
C.	Zusammenfassung	503
<b>§ 8</b>	<b>Cash Pooling und Liquiditätsschutz</b>	<b>505</b>
A.	Einführung	505
B.	Das Kapitalerhaltungsgebot als Liquiditätsschutz?	
–	Der Meinungsstand zur alten Rechtslage	506
I.	Allgemein zur Maßgeblichkeit des Gesellschaftsinteresses iRd. Kapitalerhaltungsgebots	506
II.	Zu den Vorgaben mit Blick auf die Vorenthaltung zustehender Liquidität im Besonderen	510
C.	Zur neuen Rechtslage	510
I.	Ausgangslage und Meinungsstand	510

II. Stellungnahme	514
1. Schützen die §§ 30 GmbHG n.F., 57 AktG n.F. auch vor einem betriebswirtschaftlich unvernünftigen Einsatz gebundenen Vermögens?	514
a. Das Merkmal der causa societatis unter der früheren Rechtslage	514
b. Zur Gesetzgebungsgeschichte und zum Willen des Gesetzgebers	515
c. Systematische Erwägungen	517
aa. Vergleich mit der kapitalaufbringungsrechtlichen Neuregelung	517
bb. Liquiditätsschutz ausschließlich nach Maßgabe der §§ 64 S. 3 GmbHG, 92 Abs. 2 S. 3 AktG?	518
cc. Vergleich mit dem kodifizierten Konzernrecht	519
d. Teleologische Erwägungen	520
aa. Das Kapitalerhaltungsgebot als Schutz auch des Betriebsvermögens	520
bb. Genügt ein selbstständiger Schutz durch Kreditgeber einer Kapitalgesellschaft?	522
cc. Das Kapitalerhaltungsgebot als gebotene Sanktion für Verletzungen des im Handelsregister verlautbarten Unternehmenszwecks	524
2. Zwischenergebnis	528
3. Konsequenzen der Einbeziehung des Gesellschaftsinteresses in den Schutz des Kapitalerhaltungsgebots	529
a. Zu den Rechtsfolgen iFe. Verstoßes	529
b. Zum Verhältnis von Kapitalerhaltungsgebot und Existenzvernichtungshaftung	531
c. Zulässige Modifizierungen des Unternehmensgegenstands	532
aa. Zulässigkeit einer satzungsmäßigen Ausrichtung auf das Konzerninteresse?	532
bb. Cash Pooling nur bei satzungsmäßiger Verankerung von Bankgeschäften?	533
d. Zulässigkeit auch interessewidriger Entscheidungen bei entsprechender Kompensation?	534
e. Zur Reichweite des Schutzes des Gesellschaftsinteresses iRd. §§ 30 GmbHG, 57 AktG	536
D. Liquiditätsschutz gemäß §§ 64 S. 3 GmbHG, 92 Abs. 2 S. 3 AktG	537
I. Ausgangslage und Meinungsstand zur Bedeutung der §§ 64 S. 3 GmbHG, 92 Abs. 2 S. 3 AktG mit Blick auf die Praxis des Cash Pooling	537
II. Stellungnahme	539

E.	Liquiditätsschutz bei Bestehen eines Unternehmensvertrags iSv. § 291 Abs. 1 S. 1 AktG	543
F.	Zusammenfassung	543
<b>§ 9</b>	<b>Die Implikationen der Bestimmungen betreffend die Kreditgewährung an Organwalter</b>	<b>546</b>
A.	Einführung	546
B.	Die Implikationen des § 43a GmbHG	546
I.	Zum Zweck der Bestimmung	546
II.	Das Verhältnis von § 43a GmbHG zum Kapitalerhaltungsgebot des § 30 GmbHG	548
1.	Meinungsstand zur alten Rechtslage	548
2.	Meinungsstand zur neuen Rechtslage	549
3.	Stellungnahme	551
a.	Grundsatz	551
b.	Ausnahme in der mehrgliedrigen GmbH oder bei Kollegialgeschäftsführung?	553
c.	Übertragung des Rechtsgedankens des § 43a GmbHG auf die Konzerngeschäftsführung?	554
d.	Ergebnis	558
III.	§ 43a GmbHG bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages	559
C.	Die Implikationen der §§ 89, 115 AktG	559
I.	Hintergrund und Normzweck des § 89 AktG	559
II.	Zum Verhältnis von § 89 AktG und § 57 AktG	560
1.	Meinungsstand	560
2.	Stellungnahme	561
III.	Zur Rechtslage im AG-Konzern	562
IV.	Zu § 115 AktG	564
D.	Zu § 288 Abs. 2 AktG	564
E.	Zu den Sonderregeln des KWG	565
I.	Ausgangslage	565
II.	Zum Verhältnis von § 15 KWG und § 57 AktG	565
1.	Meinungsstand	565
2.	Stellungnahme	566
III.	Kein Kreditinstitut in der Rechtsform eines Einzelkaufmanns	568
F.	Zusammenfassung	568
<b>§ 10</b>	<b>Zum zeitlichen Anwendungsbereich der Neuregelungen</b>	<b>570</b>
A.	Meinungsstand	570
B.	Stellungnahme	571



<b>§ 11 Cash Pooling und Kapitalaufbringung</b>	<b>573</b>
A. Einführung	573
B. Die Problematik unter der alten Rechtslage	574
I. Die „Lehre von der verdeckten Sacheinlage“	575
1. Tatbestand und Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage	575
2. Die „Heilungsrechtsprechung“ des BGH	578
a. Umwandlung der Bar- in eine Sacheinlage	578
b. Erfüllung der Bareinlageforderung durch erneute Zahlung?	579
II. Zur Rechtsfigur des „Hin- und Herzahlens“	580
1. Tatbestand und Rechtsfolgen	580
2. Die „Heilungsrechtsprechung“ des BGH	582
a. Grundsatz	582
b. Keine „Heilung“ iFd. Cash Pooling	583
III. Zivil- und strafrechtliche Konsequenzen für die Geschäftsleiter	584
1. Die Rechtsfolgen in zivilrechtlicher Hinsicht	584
2. Die Rechtsfolgen in strafrechtlicher Hinsicht	585
IV. Strategien zur Bewältigung der Problematik unter der alten Rechtslage	586
1. Beachtung der Sacheinlagebestimmungen	586
a. Unterscheidung zwischen verdeckter Sacheinlage und bloßem Hin- und Herzahlen	586
b. Probleme bei der Einbringung eines Ausgleichsanspruchs als offene Sacheinlage	588
2. Beachtung des Gebots der „freien Verfügbarkeit der Einlage“	589
a. Kapitalaufbringung „außerhalb des Cash Pools“: Einrichtung eines Sonderkontos oder Verwendung der Mittel für operative Zwecke	589
b. Gewährung von Einflussmöglichkeiten auf das Zentralkonto	591
c. Barkapitalerhöhung unter Beachtung der Bestimmungen zu Sachkapitalerhöhungen	592
d. Einstellung des Eigenkapitals in Rücklagen der Gesellschaft	593
e. „Umgehung“ des Hin- und Herzahlens durch Sachkapitalerhöhung	593
V. Fazit zur alten Rechtslage	594
C. Die Neuregelungen zur Kapitalaufbringung	594
I. Zur Entstehungsgeschichte der Neuregelungen im Recht der GmbH	594
1. „Bilanzielle Betrachtungsweise“ und „Erfüllungslösung“ im Regierungsentwurf	595
2. Breite Kritik im Schrifttum	597

3.	Die Reaktion des Rechtsausschusses: „Anrechnungslösung“ bei der verdeckten Sacheinlage sowie Ergänzung des Vollwertigkeits- und Deckungsgebots beim Hin- und Herzahlen durch eine Liquiditäts- und Publizitätsklausel	601
II.	Die Entstehungsgeschichte der Neuregelungen im Recht der AG	602
D.	Zu den Auswirkungen der Neuregelung für die Praxis des Cash Pooling	603
I.	Differenzierung zwischen verdeckter Sacheinlage und Hin- und Herzahlen	604
II.	Zum relevanten Zeitpunkt für die Unterscheidung zwischen verdeckter Sacheinlage und Hin- und Herzahlen	607
1.	Meinungsstand	607
2.	Stellungnahme	608
III.	„Mischfälle“	610
IV.	Zur Behandlung wechselnder Salden	611
1.	Problemaufriss	611
2.	Meinungsstand	612
3.	Stellungnahme	612
V.	Verdeckte Sacheinlage und Hin- und Herzahlen bei Weiterleitung der Einlagemittel an Dritte	613
1.	Meinungsstand	613
2.	Stellungnahme	616
a.	Anwendbarkeit der Kapitalaufbringungsregel bei Konzernverbundenheit zwischen Leistungsempfänger (Betreiber-gesellschaft) und Inferent	616
b.	Unterscheidung zwischen (verdeckter) Sacheinlage und Hin- und Herzahlen bei Leistungen an die Konzernschwester	618
VI.	Zu den sich aus den Neuregelungen ergebenden Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Praxis des Cash Pooling	621
1.	Die rechtspolitische Kritik an der Neuregelung mit Blick auf die Praxis des Cash Pooling	621
2.	Zur Berechtigung der rechtspolitischen Kritik: Die verdeckte Sacheinlage als zulässiges Gestaltungsmittel iRd. Cash Pooling?	625
a.	Strafbarkeit der verdeckten Sacheinlage?	625
aa.	Meinungsstand	625
bb.	Stellungnahme	629
(1)	Fehlgehen der Vorstellung des Gesetzgebers	629
(2)	Unklarheit über den Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit	630
(3)	Zu den Anknüpfungspunkten im Einzelnen	631

(a)	Strafbarkeit wegen „Umgehung der Sacheinlagebestimmungen“?	631
(b)	Strafbarkeit wegen Verstoßes gegen das Gebot der „freien Verfügbarkeit“?	632
(aa)	Vorverabredeter, aber noch nicht erfolgter Rückfluss der Bareinlage iR. eines Verkehrsgeschäfts	632
(bb)	Vorverabredeter und bei Anmeldung bereits erfolgter Rückfluss der Bareinlage iRe. Verkehrsgeschäfts	635
(c)	Strafbarkeit wegen fehlender Werthaltigkeit der verdeckten Sacheinlage?	638
cc.	Ergebnis zur Strafbarkeit der verdeckten Sacheinlage	639
dd.	Regelung einer Offenlegungspflicht de lege ferenda?	639
b.	Zivilrechtliche Folgen der „verdeckten Sacheinlage“	643
aa.	Zur Erfüllung der Einlageforderung durch „Anrechnung“	643
bb.	Zur möglichen zivilrechtlichen Haftung der Beteiligten	646
cc.	Zu den Pflichten der beteiligten Geschäftsleiter mit Blick auf die Praxis des Cash Pooling	648
dd.	Zum Inhalt des Gesellschaftsvertrags bzw. des Kapitalerhöhungsbeschlusses	648
c.	Entsprechende Bewertung iFd. Aufrechnung	648
d.	Zur Anwendbarkeit von § 19 Abs. 4 GmbHG in der Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)	650
e.	Zwischenergebnis	651
3.	Zu den Anforderungen beim Hin- und Herzahlen	652
a.	Zivilrechtliche Voraussetzungen der Erfüllung der Einlageforderung beim Hin- und Herzahlen	653
aa.	Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs	653
(1)	Verzicht auf eine Solvenzprognose iRv. §§ 19 Abs. 5 GmbHG, 27 Abs. 4 AktG?	653
(a)	Meinungsstand	653
(b)	Stellungnahme	654
(2)	Zum maßgeblichen Zeitpunkt für die Vollwertigkeitsprüfung	655
(a)	Meinungsstand	655
(b)	Stellungnahme	656
bb.	Verzinsungspflicht und Ausgleich sonstiger Nachteile?	657
(1)	Meinungsstand	657

(2) Stellungnahme	657
cc. Zur Liquidität des Rückerstattungsanspruchs	658
(1) Begründung des Gesetzgebers und Meinungsstand	658
(2) Stellungnahme	660
dd. Zum Erfordernis der Offenlegung des Hin- und Herzahlens	665
(1) Meinungsstand	665
(2) Stellungnahme	667
ee. Unzulässigkeit des Hin- und Herzahlens wegen § 71a Abs. 1 S. 1 AktG?	671
(1) Meinungsstand	671
(2) Stellungnahme	672
ff. Zur Erforderlichkeit des „Hinzahlens“	678
(1) Meinungsstand	678
(2) Stellungnahme	678
gg. Die Zulässigkeit von Verfügungen über den Rückerstattungsanspruch und die Berücksichtigung von Entwicklungen nach Valutierung	679
(1) Zum Bestehen des Rückerstattungsanspruchs	679
(a) Ausgangslage	679
(b) Meinungsstand: Unwirksamkeit des Darlehensvertrags iFe. Verstoßes gegen die die gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 19 Abs. 5 GmbHG, 27 Abs. 4 AktG?	679
(c) Stellungnahme	680
(2) Zur Unverzichtbarkeit des Rückerstattungsanspruchs	682
(a) Meinungsstand	682
(b) Stellungnahme	683
(3) Zur Zulässigkeit der Stundung der Einlageforderung	685
(4) Zur Berücksichtigung von Entwicklungen nach Valutierung	687
(a) Meinungsstand	687
(b) Stellungnahme	688
hh. Zum „Alles-oder-nichts-Prinzip“	690
ii. Ausschluss des Hin- und Herzahlens in Betreff der Mindesteinlage und Unanwendbarkeit des § 19 Abs. 5 GmbHG in der UG (haftungsbeschränkt)?	691
(1) Meinungsstand	691
(2) Stellungnahme	692

b.	Zur Anwendbarkeit der §§ 19 Abs. 5 GmbHG, 27 Abs. 4 AktG auf die Bestellung von Sicherheiten	692
c.	Zur straf- und zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der Beteiligten	693
aa.	Strafrechtliche Verantwortlichkeit	693
(1)	Meinungsstand	693
(2)	Stellungnahme	695
bb.	Zivilrechtliche Verantwortlichkeit	698
(1)	Meinungsstand	698
(2)	Stellungnahme	699
d.	Zum Inhalt der Pflichten der Geschäftsleiter sowie etwaiger weiterer Organwalter	699
e.	Her- und Hinzahlen	700
4.	Zur Anwendbarkeit konzernrechtlicher Sondervorschriften	701
a.	Meinungsstand	701
b.	Stellungnahme	702
5.	„Heilung“ einer zunächst fehlgeschlagenen Erfüllung der Einlageforderung?	706
a.	„Heilung“ iFd. Hin- und Herzahlens	706
aa.	Ausgangslage und Meinungsstand	706
bb.	Stellungnahme	708
b.	Heilung iFe. verdeckten Sacheinlage?	709
c.	Keine Erfüllung der Einlageforderung bei Bestehen kapitalerhaltungsrechtlicher Rückerstattungsansprüche?	709
6.	Zur Abgrenzung zwischen Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung	710
a.	Meinungsstand	710
b.	Stellungnahme	713
7.	Zu den Haftungsrisiken für die beteiligten Geschäftsleiter	716
E.	Bewertung der Neuregelungen, Fazit zu ihrer „Cash-Pool-Tauglichkeit“ und Zusammenfassung	719
<b>§ 12 Cash Pooling und das Recht der Gesellschafterdarlehen</b>		<b>726</b>
A.	Cash Pooling als Problem des Rechts der Gesellschafterdarlehen	726
I.	Einführung	726
II.	Das frühere Eigenkapitalersatzrecht	727
III.	Die Neuregelungen für Gesellschafterdarlehen nach dem MoMiG	730
1.	Zum Inhalt der Neuregelungen	730
2.	Überblick über die Rezeption der Neuregelungen im Schrifttum	730
3.	Leistungsverweigerungsrecht auch unter der neuen Rechtslage?	733
a.	Meinungsstand	733

b. Stellungnahme	735
IV. Die Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts bzw. des Rechts der Gesellschafterdarlehen auf downstream loans iRd. Cash Pooling	738
V. Zum Adressatenkreis der Neuregelungen im Konzern	740
1. Der Meinungsstand zur Einbeziehung anderer Kreditgeber unter der alten Rechtslage	741
2. Der Meinungsstand zur Einbeziehungen anderer Kreditgeber unter der neuen Rechtslage	743
3. Stellungnahme	746
a. Dem Gesellschafter vertikal übergeordnetes Konzernunternehmen als Darlehensgeber	746
b. Dem Gesellschafter <i>untergeordnetes</i> Konzernunternehmen als Darlehensgeber (Schwesterunternehmen des Darlehensnehmers)	749
c. Kreditgeberin als Tochter des Kreditnehmers	751
4. Zum Kreis der möglichen Adressaten des Kapitalersatzrechts bzw. des Rechts der Gesellschafterdarlehen	753
a. Meinungsstand	754
b. Stellungnahme	755
aa. Konzernunternehmen, die sich in der Konzernhierarchie zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer befinden	755
bb. Einbeziehung des Veranlassers	755
cc. Konzernunternehmen, die sich in der Konzernhierarchie zwischen Kreditgeber und Konzernmutter befinden	757
5. Ergebnis zur Einbeziehung von Konzernunternehmen in das Recht der Gesellschafterdarlehen iRd. Cash Pooling	757
B. Die Rechtslage im Vertragskonzern	759
I. Die Rechtslage unter Geltung des alten Eigenkapitalersatzrechts	759
1. Die Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts im Vertragskonzern	759
2. Die Auswirkungen des Meinungsstreits auf die Konzernfinanzierung im Vertragskonzern	762
a. (Noch) Keine Insolvenz des Pool-Teilnehmers bzw. der Betreibergesellschaft	762
b. Insolvenz einer abhängigen Gesellschaft	763
aa. Insolvenz im Zusammenhang mit der Vertragsbeendigung	763
bb. Insolvenz ohne Zusammenhang mit der Vertragsbeendigung	764

c.	Zu den Pflichten der beteiligten Geschäftsleiter unter der alten Rechtslage	765
II.	Die Rechtslage unter dem neuen Recht der Gesellschafterdarlehen	767
1.	Zu den Auswirkungen der Neuregelungen	767
2.	Die aus dem neuen Recht der Gesellschafterdarlehen folgenden Risiken für Cash Pooling im Vertragskonzern	768
a.	Liquidation der abhängigen Gesellschaft bei Vertragsbeendigung	768
b.	Insolvenz der abhängigen Gesellschaft nach Vertragsbeendigung	768
c.	Insolvenz der abhängigen Gesellschaft während der Laufzeit des Beherrschungsvertrages	769
d.	Zwischenergebnis	770
3.	Bereichsausnahme für das Recht der Gesellschafterdarlehen im Vertragskonzern?	770
a.	Meinungsstand	770
b.	Stellungnahme	771
aa.	Vergleich mit der Argumentation unter der alten Rechtslage	771
bb.	Bereichsausnahme mit Blick auf die dogmatische Rechtfertigung der Schlechterstellung unter der neuen Rechtslage?	772
(1)	Meinungsstand zur dogmatischen Rechtfertigung der Subordination nach neuer Rechtslage	772
(2)	Stellungnahme	775
(3)	Folgerungen für eine „Bereichsausnahme“ im Vertragskonzern	776
4.	Sanierungsprivileg	777
a.	Zu den Voraussetzungen des Sanierungsprivilegs im Vertragskonzern	778
b.	Zur Reichweite der Privilegierung	779
c.	Zwischenergebnis zum Sanierungsprivileg	782
d.	Sonderfall: Die Konzernmutter fungiert nicht als Betreibergesellschaft	783
III.	Zusammenfassung	783
C.	Die Rechtslage im faktischen Konzern	785
I.	Die Rechtslage unter der Geltung des früheren Eigenkapitalersatzrechts	785
1.	Ausgangslage	785
2.	Auswirkungen konzernrechtlicher Sonderregeln?	786
II.	Die Rechtslage unter der Geltung der Neuregelungen	787
1.	Zu den Pflichten der beteiligten Geschäftsleiter	787

2.	Zur Anwendbarkeit des Sanierungsprivilegs im faktischen Konzern	789
III.	Zusammenfassung	789
D.	Zum Umfang der Risiken unter der neuen Rechtslage	790
I.	Die Kontokorrentproblematik	790
1.	Meinungsstand	790
2.	Stellungnahme	792
II.	Zur Reichweite der Subordination: Anfechtbarkeit bzw. Ipso-iure-Unwirksamkeit wegen Befriedigung oder wegen Besicherung?	795
1.	Meinungsstand	795
2.	Stellungnahme	799
III.	Weitere Risikobegrenzung durch Anwendbarkeit des Bargeschäftsprivilegs?	802
1.	Meinungsstand zur Anwendbarkeit des Bargeschäftsprivilegs iRd. § 135 Abs. 1 InsO	802
2.	Stellungnahme	806
3.	Zu den Voraussetzungen des Bargeschäftsprivilegs	808
4.	Zwischenergebnis zum Bargeschäftsprivileg	809
IV.	Zur Anrechnung von Liquiditätsleistungen auf gesellschafts- bzw. konzernrechtliche Ausgleichspflichten	810
1.	Ausgangslage	810
2.	Darlehensnehmer und Darlehensgeber iRd. Cash Pooling	811
3.	Schuldner und Gläubiger der Ausgleichspflicht	811
4.	Zum Problem der „Überschussleistung“	814
5.	Die weiteren Folgen derartiger Vereinbarungen	815
a.	Bilanzielle Folgen	815
b.	Weitere anfechtungsrechtliche Risiken	816
c.	Erschwerte Vollwertigkeitsgarantie im Zusammenhang mit „upstream loans“	816
d.	Perpetuierung einer unerwünschten Vermögensverteilung	816
e.	Zwischenergebnis	816
V.	Risiken im Zusammenhang mit der Bestellung aufsteigender Sicherheiten?	817
E.	Zu Personengesellschaften, KGaA und Scheinauslandsgesellschaften	819
F.	Zu den Pflichten der Geschäftsleiter	819
I.	Pflichten der Konzerngeschäftsleiter gegenüber den abhängigen Pool-Teilnehmern	819
II.	Pflichten der Konzerngeschäftsleiter gegenüber ihrer Anstellungskörperschaft	821
III.	Zu den Pflichten der Geschäftsleiter abhängiger Pool-Teilnehmer	822
1.	Informationspflichten zur wirtschaftlichen Situation	822
2.	Gewährleistung der Vollwertigkeit von Ausgleichsansprüchen	822



G. Zusammenfassung	823
<b>§ 13 Zusammenfassung und Thesen</b>	<b>826</b>
Literaturverzeichnis	841