

Studien zum vergleichenden Privatrecht

Studies in Comparative Private Law

Band / Volume 3

**Cash Pooling im deutschen und
türkischen Konzernrecht unter
den Aspekten von Kapitalerhaltung
und -aufbringung**

Von

Funda Özdin



Duncker & Humblot · Berlin

FUNDA ÖZDİN

Cash Pooling im deutschen und türkischen Konzernrecht
unter den Aspekten von Kapitalerhaltung
und -aufbringung

Studien zum vergleichenden Privatrecht

Studies in Comparative Private Law

Band/Volume 3

Cash Pooling im deutschen und türkischen Konzernrecht unter den Aspekten von Kapitalerhaltung und -aufbringung

Von

Funda Özdin



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin
hat diese Arbeit im Jahre 2017 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Ochsenfurt-Hohestadt
Druck: buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 2567-5427
ISBN 978-3-428-15523-1 (Print)
ISBN 978-3-428-55523-9 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85523-0 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Für meinen Vater Hasan Özdin
und meinen Bruder Y. Yavuz Özdin,
die während des Schreibens der Arbeit
diese Welt verlassen haben.*

Niemals geht man aber so ganz ...

Vorwort

Diese Arbeit wurde der Juristischen Fakultät der Humboldt Universität zu Berlin im Jahre 2017 als Dissertation vorgelegt. Die mündliche Prüfung fand im Januar 2018 statt. Rechtsprechung und Literatur sind bis Januar 2018 berücksichtigt.

Die Erstellung dieser Arbeit war für mich eine Herausforderung und zugleich in vielerlei Hinsicht eine bereichernde Erfahrung. Eine langjährige wissenschaftliche Arbeit ist sicherlich niemals das Werk einer einzelnen Person. Deshalb möchte ich diesen Anlass nutzen, um mich bei allen Menschen zu bedanken, die mich in dieser herausfordernden Phase meiner akademischen Laufbahn begleitet, mich in vielfältiger Art und Weise unterstützt und mir somit die Erstellung meiner Dissertation ermöglicht haben.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meiner Doktor Mutter, Prof. Dr. Christine Windbichler, LL.M. (Berkeley), die mir fachlich und menschlich ein Vorbild bleiben wird. Das Thema der Dissertation, womit ich mich jahrelang voller Begeisterung befasst habe, beruht auf ihrem Vorschlag. Hierfür, für die hervorragende Betreuung meines Dissertationsvorhabens und ganz besonders für ihre jederzeit vorhandene Hilfsbereitschaft möchte ich mich bei ihr von ganzem Herzen bedanken. Zu ganz besonderem Dank bin ich ihr außerdem für die während der Promotionszeit von ihr angebotenen „Werkstatttrunden“ verpflichtet, bei denen wertvolle bereichernde wissenschaftliche Diskussionen und Austausch unter den Doktoranden in einer freundlichen Atmosphäre stattgefunden haben. Dank dieser lehrreichen interaktiven Veranstaltungen hatte ich nicht nur die Möglichkeit, meine juristischen Kenntnisse bzw. Betrachtungsweisen zu erweitern und immer wieder Neues dazuzulernen, sondern auch die Gelegenheit immer in Kontakt mit meinen Mitdoktoranden zu bleiben und dadurch dem in der Schreibphase einer Dissertation herrschenden bekannten „alleine-sein-und-auf-sich-selbst-gestellt“-Gefühl zu entkommen. Meine Promotionszeit bei meiner verehrten Doktor Mutter war in vielfältiger Hinsicht eine Bereicherung und eine überaus wertvolle Erfahrung, wofür ich mich bei ihr wohl niemals genug bedanken kann.

Ebenfalls herzlich bedanken möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. Gregor Bachmann, LL.M. (Michigan), für die freundliche Übernahme des Zweitgutachtens und seine wertvollen Anmerkungen sowie bei Herrn Prof. Dr. Christoph Paulus, LL.M. (Berkeley), für die Übernahme des Vorsitzes der Prüfungskommission.

Ein herzliches Dankeschön gilt zudem Frau Heike Fach für ihre stete Hilfsbereitschaft und ausgesprochene Freundlichkeit.

Hiermit möchte ich mich auch beim türkischen Bildungsministerium ganz herzlich bedanken, welches mich während der Promotionszeit durch ein großzügiges Stipendium finanziell unterstützt und mir damit ausgedehnte und komfortable Forschungsmöglichkeiten zur Verfügung gestellt hat. Mein Dank gilt ebenso Herrn Prof. Dr. Cemal Yıldız, dem Leiter der Abteilung für Bildungswesen der Botschaft der Republik Türkei und der Mitarbeiterin Frau Hülya Kunig, die mir bei allen Schwierigkeiten beigestanden haben.

Hier darf die Staatsbibliothek zu Berlin (Potsdamer Straße) nicht unerwähnt bleiben, in der die Arbeit größtenteils zustande gekommen ist. Ohne die umfangreichen Quellen und die hervorragende Arbeit der Angestellten dieser Bibliothek wäre diese Arbeit nicht zu dem Werk geworden, welches sie heute ist. Von ganz besonderem Wert ist für mich die Freundschaft, die sich in der Zeit meines „Stabi-Aufenthalts“ zu Frau Gabriela Witt entwickelt hat. Bei ihr möchte ich mich ganz herzlich dafür bedanken, dass sie mich durch ihre Freundlichkeit in der Bibliothek, in der ich jahrelang sechs Tage pro Woche verbracht habe, zu Hause fühlen ließ.

Ein herzlicher Dank gebührt weiterhin meinen lieben Freunden, durch die ich meine Promotionszeit in Berlin in schöner Erinnerung behalten werde. Ganz herzlich möchte ich mich an dieser Stelle bei Dr. Corina Meyer und Pascal Bading für ihre unbezahlbare Freundschaft, ihre Unterstützung und insbesondere für ihre motivierenden Worte während so manch müder Stunde bedanken. Nicht zu vergessen sind unsere gemeinsamen heiteren und motivierenden Mittags- bzw. Kaffeepausen bei Ahmet & Stefanie. Für die lebenswichtige Kaffeeversorgung und für die vielen gemütlichen Mittagspausen sowie Grillabende möchte ich mich ganz herzlich bei Ahmet Korubay und Stefanie Pfeifer bedanken. Ich wusste nicht, wie ich manch stressigen Tag ohne die ermutigenden Gespräche mit Ahmet hätte überleben können.

Von größter Bedeutung ist mir die unbezahlbare Freundschaft von meinen „Schicksalsgenossen“, mit denen ich nach Deutschland im Rahmen desselben Promotions-Förderungsprogramms mit derselben Absicht „Promovieren“ gereist bin. In diesem Zusammenhang gilt mein größter Dank zunächst Doğa Akyürek, Arzu Deveci Kaygusuz und Berçin Kuzu, dass sie mir in den schwierigsten Zeiten meiner Promotionszeit immer beigestanden, mir Mut zugesprochen haben und mit ihrer moralischen Unterstützung sowie steten Hilfsbereitschaft immer für mich da waren. Nicht zu vergessen sind unsere gemeinsamen „Berliner Tage und Nächte“, unsere heiteren Ausflüge in Deutschland sowie Europa, die uns von unserem „Mammutwerk“ Dissertation abgelenkt haben. Es war ein beruhigendes Gefühl zu wissen, Freunde um mich zu haben, auf die ich mich immer verlassen konnte – hierfür danke ich ihnen aufrichtig. Ebenso danke ich Merve Uysal, die mich durch ihren motivierenden Zuspruch, ihre stete Hilfsbereitschaft und wertvolle fachliche Diskussionen unterstützt hat. Ich weiß es zu schätzen, dass ich mich immer auf sie verlassen konnte. Dr. Hilal Kaya muss ich dafür danken, dass sie mir durch ihre spontanen Organisationen, gelassene Fröhlichkeit und humorvolle Art beim Stressabbau geholfen und unsere Promotionszeit in Berlin verschönert hat.

Besonders möchte ich an dieser Stelle meinen lieben Freunden Doğa Akyürek, Engin Diri und Eva Flug meinen größten Dank aussprechen, dass sie mich mit der einfach besten Mischung aus Humor, Feingefühl, Verständnis, persönlichem Interesse und Verlässlichkeit in jeder Hinsicht unterstützt haben. Nicht nur für ihr „Immer-für-mich-da-sein“, sondern auch dafür bin ich ihnen aufrichtig dankbar, dass sie mich immer daran erinnern haben, dass es andere heitere Dinge in der Welt neben meiner Dissertation gibt. Sie waren meine „kleine Familie“ in Berlin, wofür ich meine Dankbarkeit nicht genug ausdrücken kann.

Zu besonderem Dank bin ich zudem meinen Freunden Dr. Alexander Jakovljević und Pascal Bading verpflichtet, die sich viel Zeit für das sorgfältige Korrekturlesen des fertigen Entwurfs genommen haben.

Mein größter Dank gilt meiner Familie. Meinen Eltern und allen meinen Geschwistern danke ich von Herzen, dass sie mich auf meinem bisherigen Lebens- bzw. Bildungsweg vorbehaltlos und unermüdlich unterstützt, gefördert und gefordert haben. Durch ihren steten Rückhalt, ihren motivierenden Zuspruch und ihre Liebe haben sie mir nicht nur bei der Bewältigung aller möglichen Stolpersteine in meinem Leben geholfen, sondern auch im wesentlichen Maße zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Meiner Schwester Av. Hanife Özdin möchte ich an dieser Stelle meinen größten Dank aussprechen, da sie mir als Juristin den Sinn der Gerechtigkeit beigebracht und mich in jedem Bereich des Lebens immer unterstützt hat.

İstanbul, im September 2018

Funda Özdin

Inhaltsübersicht

Einleitung	27
------------------	----

Kapitel 1

Allgemeine Informationen zum Cash Pooling	35
--	----

§ 1 Wirtschaftliche Grundlagen	35
--------------------------------------	----

§ 2 Rechtliche Grundlagen	73
---------------------------------	----

Kapitel 2

Cash Pooling unter dem Aspekt von Kapitalerhaltung	107
---	-----

§ 1 Einführung	107
----------------------	-----

Im deutschen Recht

§ 2 Im faktischen GmbH-Konzern	108
--------------------------------------	-----

§ 3 Im faktischen AG-Konzern	194
------------------------------------	-----

Im türkischen Recht

§ 4 Im faktischen AG- und GmbH-Konzern	247
--	-----

Kapitel 3

Cash Pooling unter dem Aspekt von Kapitalaufbringung bzw. -erhöhung	337
--	-----

§ 1 Einführung	337
----------------------	-----

Im deutschen Recht

§ 2 Im faktischen GmbH- und AG-Konzern	338
--	-----

Im türkischen Recht

§ 3 Im faktischen GmbH- und AG-Konzern	427
--	-----

Kapitel 4

Abschließender Vergleich und Schlussbetrachtung	480
§ 1 Allgemein zum Cash Pooling	480
§ 2 Unter dem Aspekt der Kapitalerhaltung	481
§ 3 Unter dem Aspekt der Kapitalaufbringung bzw. -erhöhung	497
Literaturverzeichnis	510
Stichwortverzeichnis	532

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	27
A. Bedeutung des Cash Pooling im Konzern und der Gegenstand der Untersuchung	27
B. Motivation und Ziel der Untersuchung	28
C. Gang der Untersuchung	31

Kapitel 1

Allgemeine Informationen zum Cash Pooling	35
§ 1 Wirtschaftliche Grundlagen	35
A. Funktion des Cash Pooling in der Konzernfinanzierung	35
I. Finanzierung	35
II. Konzernfinanzierung	35
III. Finanzierungsarten	36
1. Einleitung	36
2. Allgemeine unternehmensorientierte Klassifizierung	37
a) Innenfinanzierung	37
b) Außenfinanzierung	38
3. Konzernspezifische Art der Finanzierung: (konzern-)interne Außenfinanzierung	38
B. Cash Pooling als Bestandteil von Cash Management	40
I. Begriffliche Abgrenzung von Cash Management und Cash Pooling	40
II. Definition von Cash Management	40
III. Ziele von Cash Management	41
IV. Aufgaben von Cash Management	43
V. Cash Pooling	45
1. Wesen und Ziel des Cash Pooling	45
2. Arten des Cash Pooling und ihre Funktionsweisen	47
a) Physisches/Effektives Cash Pooling	47
b) Virtuelles/Fiktives Cash Pooling	50
c) Kombination von physischem und virtuellem Cash Pooling	53
VI. Abgrenzung von Cash Pooling zu Netting	53

C. Vorteile und Risiken von Cash Pooling	56
I. Vorteile	56
1. Optimaler Umgang mit der im Konzern vorhandenen Liquidität	57
a) Verwendung der Konzernüberschüsse zur Finanzierung	57
b) Liquiditätssicherung mit geringerer zentraler Liquiditätsreserve	58
2. Ersparnis der Zinsdifferenz zwischen Soll- und Habensalden (Interner Zinseffekt)	58
3. Größenvorteile	59
a) Bessere Zinskonditionen (Externer Zinseffekt)	59
b) Besseres Rating i.S.v. Basel-Richtlinien	60
c) Unmittelbarer Zugang zu den Kapitalmärkten	60
4. Senkung der Betriebskosten	61
5. Nutzung günstigerer länderübergreifender Konditionen	61
a) Internationales Steuergefälle (Niedrigere Steuerbelastung)	61
b) Chancen aus finanzmarktlichen Konditionen	62
6. Bessere Überwachung und frühzeitiges Reagieren	62
7. Stärkung finanzieller Unabhängigkeit	63
II. Risiken	64
1. Verschärfung von Bonitätsrisiko	65
2. Ausstrahlung wirtschaftlicher Schwierigkeiten („Dominoeffekt“)	66
3. Verzicht auf Risikostreuung („Klumpenrisiko“)	67
4. Finanzielle Abhängigkeit und Existenzgefährdung	67
5. Entstehen gesamtschuldnerischen Haftungsverbundes	68
6. Unzulässiger Liquiditätsabzug von Tochtergesellschaften	69
7. Verschlechterung der Ertragssituation der Tochtergesellschaften durch Liquiditätsentzug	69
8. Beschränkung finanzwirtschaftlicher Entscheidungsbefugnis der Leitungsorgane	70
9. Abhängigkeit vom Cash Pool anbietenden Kreditinstitut	71
10. Kosten	71
D. Zwischenergebnis zur wirtschaftlichen Bedeutung von Cash Pooling	72
§ 2 Rechtliche Grundlagen	73
A. Vertragsrechtliche Beziehungen zwischen den Beteiligten	74
I. Rechtsverhältnisse zwischen den Konzernunternehmen und der Betreibergesellschaft	74
1. Interne Cash Pooling-Vereinbarung	74
2. Vertragsinhalt	75
a) Hauptgegenstand des Vertrags	76
b) Verrechnungskonten	76
c) Ergänzende Bestimmungen	78

3. Rechtliche Qualifikation der Vereinbarung	78
a) Im deutschen Recht	78
b) Im türkischen Recht	81
II. Rechtsverhältnisse zwischen den Konzernunternehmen und dem Kreditinsti- tut	82
1. Externe Cash Pooling-Vereinbarung	82
2. Vertragsinhalt	82
a) Hauptgegenstand des Vertrags	82
b) Kontoverträge	83
c) Kontokorrentkredit	83
d) Gesamtschuldnerische Mithaftung bzw. Besicherung des Zielkontos	84
e) Ergänzende Bestimmungen	84
3. Rechtliche Qualifikation der Vereinbarung	85
III. Rechtsverhältnisse der einzelnen Konzernunternehmen untereinander	86
IV. Beendigung der internen bzw. externen Cash Pooling-Vereinbarungen	87
1. Ordentliche Kündigung	87
2. Außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund	87
a) Grundlagen des außerordentlichen Kündigungsrechts	87
aa) Im deutschen Recht	87
bb) Im türkischen Recht	89
b) Kündigung durch die Betreibergesellschaft	96
c) Kündigung durch die Poolgesellschaften	98
d) Kündigung durch das Kreditinstitut	99
3. Rechtsfolgen der Kündigung	99
B. Rechtsgrundlage der konzerninternen Zahlungsströme	100
I. Unregelmäßiger Verwahrungsvertrag	100
II. Vertrag sui generis	101
III. Darlehen	103
IV. Stellungnahme	104

Kapitel 2

Cash Pooling unter dem Aspekt von Kapitalerhaltung 107

§ 1 Einführung

Im deutschen Recht

§ 2 Im faktischen GmbH-Konzern

A. Kapitalerhaltung in GmbH, § 30 GmbHG

B. Rechtsentwicklung bezüglich der Zulässigkeit der aufsteigenden Darlehen bis MoMiG	111
C. (Neu-)Regelung durch MoMiG und Rückkehr zur „bilanziellen Betrachtungsweise“	114
D. Zulässigkeitsvoraussetzungen der Cash Pooling-Darlehen nach § 30 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. GmbHG	115
I. Vollwertigkeitskriterium	115
1. Bilanzielle Bewertung und Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers ...	116
2. Berücksichtigung von Klumpenrisiko i.R.d. Vollwertigkeitsprüfung? ...	120
3. Berücksichtigung eines Frühwarnsystems?	123
4. Maßgeblicher Zeitpunkt der Vollwertigkeitsprüfung	124
II. Erfordernis der Verzinsung und/oder Besicherung des Darlehens	125
1. Verzinsung	125
a) Verzinsungspflicht aufgrund bilanzieller Regeln	125
b) Verzinsungspflicht aufgrund des „Deckungsgebots“	130
c) Verzinsungspflicht als Erfordernis der Vollwertigkeit („Drittvergleichsprüfung“)	133
d) „MPS“-Rechtsprechung des BGH zur Verzinsung	135
e) Stellungnahme	136
f) Zwischenergebnis	142
2. Besicherung	144
III. Bei „Teilwertigkeit“ des Rückerstattungsanspruchs: „Anrechnungslösung“ oder „Alles-oder-Nichts“-Prinzip?	146
1. Meinungsstand	146
2. Stellungnahme	151
IV. Exkurs: Kapitalerhaltungsrechtliche Irrelevanz der Liquiditätslage	153
E. Zur Frage der Besicherung von Verbindlichkeiten der Betreibergesellschaft ...	154
I. Berücksichtigung des Freistellungs- oder Rückgriffsanspruchs unter dem „Vollwertigkeitskriterium“	155
II. Zeitpunkt des Auszahlungsvorgangs	156
1. Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung	156
2. Zeitpunkt der Verwertung der Sicherheit	158
3. Vergleich der Ansichten mit Blick auf ihre Folgen	159
F. Handlungspflichten und Haftung der Geschäftsführer der Poolgesellschaft ...	160
I. Vor der Liquiditätszufuhr auf das Zentralkonto	160
1. Vollwertigkeitsprüfung	160
2. Schadensersatzanspruch nach § 43 Abs. 3 GmbHG	161
II. Nach der Liquiditätszufuhr auf das Zentralkonto	162
1. Nachträgliche Beobachtungs- bzw. Reaktionspflicht	162
2. Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG	164

3. Haftung unmittelbar nach § 43 Abs. 3 GmbHG beim Stehenlassen der Kündigung	165
a) Meinungsstand	165
b) Stellungnahme	168
III. Liquiditätsbeobachtungspflicht gemäß § 64 S. 3 GmbHG	169
IV. Deliktische Haftung	171
V. Prüfungs- und Kontrollpflicht bei aufsteigenden Sicherheiten	172
G. Erstattungspflicht des Auszahlungsempfängers im Falle verbotener Auszahlung, § 31 Abs.1 GmbHG	174
I. Allgemein	174
II. Inhalt und Umfang der Erstattung	175
III. Zur Besonderheit des Schuldners des Erstattungsanspruchs im Cash Pooling	176
1. Verwaltung des Cash Pools durch die Muttergesellschaft	177
2. Verwaltung des Cash Pools durch eine Betreibergesellschaft	178
3. Zwischenergebnis	180
H. Verantwortung der Konzerngeschäftsführer hinsichtlich der Überwachung der Vollwertigkeit in der Praxis des Cash Pooling?	181
I. Einleitung	181
II. Analoge Anwendung § 317 Abs. 3 AktG	182
III. Konzernleitungspflicht	184
IV. Existenzvernichtungshaftung, §§ 826, 830 Abs. 2 BGB	184
V. Stellungnahme	187
I. Zusammenfassendes Ergebnis	188
§ 3 Im faktischen AG-Konzern	194
A. Kapitalbindung in der unverbundenen AG, § 57 AktG	194
I. Das Prinzip der umfassenden „Vermögensbindung“	194
II. Die (Neu-)Regelung des § 57 Abs. 1 S. 3, 2. Alt. AktG	195
III. Rechtsfolge der Einlagenrückgewähr, § 62 AktG	196
B. Konzernrechtliche Sonderregelungen und Vermögensschutz, §§ 311 ff. AktG	196
I. Schutzsystem der §§ 311 ff. AktG	196
II. Nachteilsbegriff der §§ 311, 317 AktG	198
C. Vergleich § 57 AktG und §§ 311 ff. AktG mit Blick auf ihre Schutzsysteme bzw. -zwecke	201
D. Das Verhältnis zwischen den §§ 311 ff. AktG und des § 57 Abs. 1 S. 3 Alt. 2 AktG	202
I. Überblick über die alte Rechtslage (§ 57 AktG a.F.)	202
II. Fragestellungen in der aktuellen Rechtslage	204
III. Die Anwendbarkeit der Voraussetzungen des § 57 Abs. 1 S. 3, 2. Alt. AktG bei der Nachteilsfeststellung i.S.d. § 311 AktG	206
1. Die Bewertungen der „MPS“-Entscheidung	206
2. Die Gegenansicht und die Kritik der „MPS“-Entscheidung	208

3. Stellungnahme	210
E. Nachteiligkeit der Cash Pooling-Darlehen im Einzelnen	212
I. Ausfallrisiko	212
II. Verzinsung	214
III. Verschlechterte Liquiditätslage wegen des Liquiditätsabzugs	216
IV. Lange Laufzeiten und Kündigungsfristen	219
V. Klumpenrisiko	219
VI. Die Konzentration der Bankbeziehungen der Poolgesellschaften	221
VII. Unterlassen der Einrichtung eines Informations- und Frühwarnsystems	221
F. Handlungspflichten und Haftung des Vorstands der Poolgesellschaft	222
I. Grundsatz: Leitung der Gesellschaft unter eigener Verantwortung	222
II. Pflicht zur Vollwertigkeitsprüfung vor der Valutierung	223
III. Fortlaufende Pflicht zur Vollwertigkeitsprüfung nach der Valutierung	224
IV. Haftungsgrundlage beim Stehenlassen der Forderung i.F.d. Bonitätsverschlechterung des Schuldners	226
V. Prüfung der Nachteiligkeit unter anderen Gesichtspunkten	227
VI. Exkurs: Liquiditätsbeobachtungspflicht gemäß § 92 Abs. 2 S. 3 AktG	228
G. Verantwortung des herrschenden Unternehmens bzw. der Konzerngeschäftsführer	229
I. Pflicht zur Einrichtung eines Informations- und Frühwarnsystems	229
II. Pflicht zur fortlaufenden Vollwertigkeitsprüfung des herrschenden Unternehmens bzw. der Konzerngeschäftsführer	230
1. Herrschende Ansicht: Gegen die fortlaufende Prüfungspflicht	231
2. Mindermeinung: Für die fortlaufende Prüfungspflicht	232
a) Herleitung der Prüfungspflicht aus § 317 Abs. 3 AktG	234
b) Herleitung der Prüfungspflicht aus der Konzernleitungspflicht	236
c) Folge der Prüfungspflicht: Primärverantwortlichkeit der Konzerngeschäftsführer	237
3. Stellungnahme	239
H. Zusammenfassendes Ergebnis	243

Im türkischen Recht

§ 4 Im faktischen AG- und GmbH-Konzern	247
A. Der Grundsatz der „Kapitalerhaltung“ bei der unverbundenen AG	247
I. Terminologische und inhaltliche Ungenauigkeit des Begriffs	247
II. Diskussionen zum Kapitalschutzsystem der unverbundenen AG	248
1. Einleitung	248
2. Überblick über das Kapitalschutzsystem in der Schweiz	249
3. Meinungsstand in der türkischen Lehre	253
4. Stellungnahme	257

III. Besondere Regelung bezüglich der Darlehensvergabe an Aktionäre bzw. Gesellschafter, Art. 358 tHGB	261
1. Einleitung	261
2. Die ursprüngliche Fassung des Art. 358 tHGB	262
3. Die geltende Fassung des Art. 358 tHGB	264
4. Stellungnahme: Art. 358 tHGB kann nicht losgelöst aus dem zentralen Grundsatz des Vermögensschutzes (Art. 480 Abs. 3 tHGB) interpretiert werden	267
IV. Zulässigkeitsvoraussetzungen der Darlehensvergabe an Aktionäre bzw. Gesellschafter	269
1. In Art. 358 tHGB beschriebene Voraussetzungen	269
a) Erfüllung der fälligen Einlagepflicht	269
b) Wirtschaftliche Lage der Gesellschaft	270
aa) Meinungsstand	270
bb) Stellungnahme	272
2. Aus dem Grundsatz des Vermögensschutzes (Art. 480 Abs. 3 tHGB) hervorgehende Voraussetzungen	275
a) Einleitung	275
b) Verzinsung	277
c) Die Rückzahlungsfähigkeit des Darlehensnehmers bei unbesichertem Darlehen	277
V. Rechtsfolgen von Verstoß gegen Art. 358, 480 Abs. 3 tHGB	280
1. Beim Verstoß gegen Art. 358 tHGB	280
2. Beim Verstoß gegen Art. 480 Abs. 3 tHGB	281
B. Der Grundsatz der „Kapitalerhaltung“ bei der unverbundenen GmbH	281
C. Konzernrechtliche Sonderregelungen und Vermögensschutz, Art. 202 ff. tHGB	282
I. Die Anwendung konzernrechtlicher Regelungen auf die verbundene AG und GmbH	282
II. Schutzsystem des Art. 202 Abs. 1 tHGB	283
III. Nachteilsbegriff des Art. 202 Abs. 1 tHGB	284
IV. Das Verhältnis zwischen dem gesellschaftsrechtlichen Kapitalschutzssystem und dem konzernrechtlichen Schutzsystem	288
1. Der Vorrang von Art. 202 Abs. 1 tHGB gegenüber Art. 358 tHGB	289
2. Die Auswirkungen der Voraussetzungen von Art. 358, Art. 480 Abs. 3, Art. 601 tHGB auf die Zulässigkeit der Darlehensvergabe i.S.d. Art. 202 tHGB	289
a) Meinungsstand	289
b) Stellungnahme	290
V. Nachteiligkeit der Liquiditätsströme i.R.d. Cash Pooling gem. Art. 202 Abs. 1 tHGB im Einzelnen	292
1. Allgemein	292
2. Ausfallrisiko	292

3. Verzinsung	295
4. Verschlechterte Liquiditätslage wegen des Liquiditätsabzugs	297
5. Klumpenrisiko	298
6. Konzentration der Bankbeziehungen der Poolgesellschaften	298
VI. Haftung	300
1. Differenzierung der Haftungslage bei „einfacher“ und „vollständiger“ Beherrschung	300
2. Bei einfacher Beherrschung („Basit Hakimiyet“), Art. 202 tHGB	302
a) Verantwortung der Geschäftsführung der abhängigen Gesellschaft	302
aa) Grundsatz: Leitung der Gesellschaft unter eigener Verantwortung und Verfolgung der Interessen eigener Gesellschaft	302
bb) Prüfungs- und Kontrollpflicht der Geschäftsführung der Poolge- sellschaften vor und nach der Valutierung	306
cc) Haftungsbefreiung der Geschäftsführung der Poolgesellschaft, Art. 202 Abs. 5 tHGB	308
b) Haftung der herrschenden Gesellschaft bzw. der Konzerngeschäfts- leiter	311
aa) Haftungsgrundlage	311
(1) Meinungsstand	311
(2) Stellungnahme	313
bb) Handlungspflichten der Konzerngeschäftsleiter i.R.d. Cash Pool- ing	315
(1) Überprüfungspflicht der Durchsetzbarkeit des Ausgleichsan- spruchs vor der Valutierung	315
(2) Kontroll- und Reaktionspflicht nach der Valutierung	316
3. Bei vollständiger Beherrschung („Tam Hakimiyet“), Art. 203 ff. tHGB	318
a) Tatbestand der vollständigen Beherrschung	318
b) Verantwortung der Geschäftsführung der Poolgesellschaft	319
aa) Grundsatz: Folgepflicht der zulässigen Weisungen der herrschen- den Gesellschaft	319
bb) Handlungspflichten der Geschäftsführung der Poolgesellschaft	322
(1) Beurteilung der Zulässigkeit des Cash Pooling mit Blick auf die Konzernpolitik und die Existenzgefahr	322
(2) Prüfung der Durchsetzbarkeit des Ausgleichsanspruchs vor und nach der Valutierung	324
cc) Haftungsausschluss gegenüber eigener Gesellschaft und Gesell- schaftern, Art. 205 tHGB	327
dd) Haftungslage gegenüber den Gläubigern	329
c) Verantwortung der herrschenden Gesellschaft bzw. der Konzernge- schäftsleiter, Art. 206 tHGB	331
aa) Allgemein	331

bb) Haftungsausschluss bei Forderungen aus Kreditgeschäften,
 Art. 206 Abs. 2 tHGB 334

Kapitel 3

Cash Pooling unter dem Aspekt von Kapitalaufbringung bzw. -erhöhung 337

§ 1 Einführung 337

Im deutschen Recht

§ 2 Im faktischen GmbH- und AG-Konzern 338

A. Einleitung 338

B. Die Problematik und die Rechtsentwicklung unter der alten Rechtslage 340

 I. Kapitalaufbringungsrechtliche Problematik im Cash Pooling 340

 1. Rechtswidrigkeit angesichts der „verdeckten Sacheinlage“ 341

 2. Rechtswidrigkeit angesichts des „Hin- und Herzahlens“ 345

 II. Rechtsfolgen der Kapitalaufbringung im Cash Pooling 346

 1. Bei negativem Saldo der Poolgesellschaft („verdeckter Sacheinlage“) 346

 a) Keine Erfüllungswirkung der Bareinzahlung 346

 b) Heilung einer verdeckten Sacheinlage durch Umqualifizierung der
 Bareinlage in die Sacheinlage 348

 2. Bei positivem bzw. ausgeglichenem Saldo der Poolgesellschaft („Hin-
 und Herzahlen“) 350

 a) Keine Erfüllungswirkung der Bareinzahlung 350

 b) Keine Heilung durch Nachzahlungen aus dem Cash Pool bzw. keine
 Verrechnung mit Ansprüchen aus dem Cash Pool 351

 III. Zusammenfassendes Ergebnis 353

C. Kapitalaufbringung im Cash Pooling nach geltender Rechtslage 354

 I. Überblick über die relevanten (Neu-)Regelungen im Allgemeinen (§§ 19
 Abs. 4, 5 GmbHG, 27 Abs. 3, 4 AktG) 354

 1. Einleitung 354

 2. Subsidiarität vom Hin- und Herzahlen im Verhältnis zur verdeckten
 Sacheinlage 356

 II. Bedeutung der relevanten Neuerungen für die Cash Pooling-Praxis im
 Überblick 357

 III. Verdeckte Sacheinlage beim Cash Pooling 359

 1. Einleitung 359

 2. „Anrechnung“ des Werts der Darlehensforderung auf die Einlageschuld
 bei erfolgter Eintragung 361

 a) „Anrechnungslösung“ und „Differenzhaftung“ im Allgemeinen 361

b) Anrechnung des Werts der Darlehensforderung im Cash Pooling	363
c) Die Effizienz der Anrechnungslösung in der Praxis von Cash Pooling	364
d) Beweislast für Werthaltigkeit	366
e) Zwischenergebnis	367
3. Exkurs: Die eventuellen Rechtsfolgen der Anrechnungslösung im Cash Pooling unter Berücksichtigung der von der herrschenden Meinung abweichenden Ansätze zur Bewertungsmethodik der Forderungen gegen die Gesellschaft	368
a) Einführung	368
b) Anrechnung zum Nennwert der Forderung („Nennwertprinzip“)	369
c) Vorschlag zur Implementierung eines „Aufrechnungsmodells“ ins Gesetz (de lege ferenda)	370
d) Würdigung der Ansätze mit Blick auf ihre eventuellen Folgen im Cash Pooling	373
4. Heilungsmöglichkeit	374
5. Haftung	377
a) Haftung der Geschäftsführung der Poolgesellschaft	377
aa) Strafrechtlich	377
bb) Zivilrechtlich	380
b) Haftung des herrschenden Unternehmens bzw. der Konzerngeschäftsführer	382
aa) Strafrechtlich	382
bb) Gesellschaftsrechtlich	383
c) Haftung des den Cash Pool betreuenden Kreditinstituts	384
6. Zusammenfassendes Ergebnis	385
IV. Hin- und Herzahlen beim Cash Pooling	388
1. Einleitung	388
2. Zulässigkeitsvoraussetzungen des Hin- und Herzahlens	389
a) Anforderungen an den Rückgewähranspruch (§§ 19 Abs. 5, S. 1 GmbHG, 27 Abs. 4, S. 1 AktG)	389
aa) Vollwertigkeit	389
bb) Fälligkeit	391
cc) Liquidität	392
b) Offenlegung des verabredeten Hin- und Herzahlens	393
c) „Alles-oder-nichts“-Prinzip	396
3. Rechtsfolgen	399
a) Beim Vorliegen aller Voraussetzungen	399
aa) Eintritt der Erfüllungswirkung der Einlagepflicht der Muttergesellschaft	399
bb) Beobachtungs- und Reaktionspflicht der Geschäftsführung der Poolgesellschaft	401

- b) Beim Nichtvorliegen aller Voraussetzungen 403
 - aa) Keine Erfüllungswirkung und Geltung der bisherigen Rechtsprechungsregeln 403
 - bb) Keine Heilung durch Rückzahlung des Darlehens oder durch Verrechnung mit Neuforderung 403
 - cc) Haftung 404
 - (1) Haftung der Geschäftsführung der Poolgesellschaft 404
 - (a) Strafrechtlich 404
 - (b) Zivilrechtlich 406
 - (2) Haftung des herrschenden Unternehmens bzw. der Konzerngeschäftsführer 406
 - (a) Strafrechtlich 406
 - (b) Gesellschaftsrechtlich 406
- 4. Das Verhältnis des Hin- und Herzahlens zur verdeckten Sacheinlage bei wechselnden Salden im Cash Pool 407
- 5. Zusammenfassendes Ergebnis 408
- V. Mischfälle beim Cash Pool 410
- VI. Cash-Pool-Tauglichkeit der kapitalaufbringungsrechtlichen Neuregelungen (§§ 19 Abs. 4, 5 GmbHG, 27 Abs. 3, 4 AktG) 412
 - 1. Kritik an der Differenzierung der Rechtsfolgen und besonders an der erschwerten Handhabbarkeit im Cash Pooling 412
 - 2. Lösungsvorschläge zur Vermeidung der Abgrenzungsprobleme 415
 - a) Einheitliche Anwendung der Voraussetzungen des Hin- und Herzahlens auf die Cash Pooling-Praxis 415
 - b) Anordnung der Sacheinlagefähigkeit von Forderungen gegenüber Inferenten (de lege ferenda) 416
- VII. Alternative Lösungsvorschläge vom Schrifttum für ordnungsgemäße bzw. haftungsrisikofreie Kapitalaufbringung im Cash Pool 418
 - 1. Kapitalaufbringung im Wege einer offenen Sacheinlage 418
 - a) Einbringung der Forderung der Betreibergesellschaft als Sacheinlage 418
 - b) Beim Vorliegen von Forderungen der Poolgesellschaft gegen die Betreibergesellschaft? 419
 - 2. Leistung der Einlage auf ein nicht in den Cash Pool einbezogenes Sonderkonto 422
 - 3. Temporäres Ausscheiden aus dem Cash Pool 426
 - 4. Gewährleistung eines nicht negativen Saldos der Poolgesellschaft gegenüber dem Cash Pool 426
 - 5. Betreiben eines (nur) fiktiven Cash Pooling 426

Im türkischen Recht

§ 3 Im faktischen GmbH- und AG-Konzern	427
A. Einleitung	427
B. Kapitalerhöhung einer Poolgesellschaft bei Vorliegen von Verbindlichkeiten gegenüber dem Cash Pool	428
I. Kapitalaufbringung im Wege der „Verrechnung“ im Allgemeinen	428
1. Einführung	428
2. Überblick über das schweizerische Recht hinsichtlich des „Verrechnungsinstituts“	428
a) „Verrechnungsliberierung“ als eigenständige dritte Einlageleistungsart	428
b) Das „Nominalwertprinzip“ hinsichtlich der Verrechnungsforderung	431
3. Verrechnungsmöglichkeit der Forderungen gegen die Gesellschaft im türkischen Recht	434
a) Sacheinlagecharakter der Forderungen im Allgemeinen im AG- und GmbH-Recht (Art. 342 Abs. 1 bzw. 581 Abs. 1 tHGB)	434
b) „Verrechnungsmöglichkeit“ der gegen die Gesellschaft gerichteten Forderungen	435
aa) Zulässigkeit der „Verrechnung“	435
bb) Herrschende Literaturmeinung zum Verrechnungstatbestand	436
(1) Einordnung der Verrechnung als eine „Erfüllungsart/Zahlungsmodalität der Bareinlageschuld“	436
(2) Unanwendbarkeit der Verrechnung im Gründungsstadium	437
cc) Stellungnahme	438
(1) Gesetzliche Systematik des neu-tHGB hinsichtlich der Verrechnung	438
(a) Überblick über die Bestimmungen zur Gründung	438
(b) Überblick über die Bestimmungen zur Kapitalerhöhung	439
(2) Bewertung des Verrechnungstatbestands unter Beachtung der jetzigen gesetzlichen Konzeption	440
(a) „Eigenständiges Verrechnungsinstitut“ als dritte, qualifizierte Einlageleistungsart in der Kapitalerhöhungsphase	440
(b) Analoge Anwendung der Verrechnung bei der Gründungsphase	442
dd) Zwischenergebnis	444
c) Bewertungsfrage der zur Verrechnung einzubringenden Forderung	445
aa) Das einschlägige Dekret des Ministeriums für Zoll und Handel	445
bb) Meinungsstand im Schrifttum	447
cc) Stellungnahme	449
(1) Der Wortlaut und Zweck des Gesetzes	449
(2) Kritik des Dekrets	451

(3) Rechtfertigung der Verrechnung zum „Nennwert“ unter den Gesichtspunkten des Gläubiger- und Gesellschafterschutzes	453
(a) Erforderlichkeit der Werthaltigkeitskontrolle hinsichtlich des Gläubigerschutzes?	454
(b) Erforderlichkeit der Werthaltigkeitskontrolle hinsichtlich des Gesellschafterschutzes	458
(4) Untauglichkeit der Analogie von Art. 200 Abs. 3 tSchKG hinsichtlich der Einbringlichkeit der Forderung	460
(5) Zusammenfassung	461
dd) Zwischenergebnis zur Bewertungsfrage	462
II. Kapitalerhöhung im Wege der Verrechnung i.R.d. Cash Pooling	463
1. Allgemein	463
2. Zulässigkeitsvoraussetzungen	463
a) Der Bestand bzw. die Gültigkeit der zu verrechnenden Forderung	463
b) Verrechenbarkeit der Forderung	465
c) Kein Werthaltigkeitserfordernis der Forderung im Hinblick auf die finanzielle Situation der Poolgesellschaft	467
3. Haftung	468
a) Haftung der Geschäftsführung der Poolgesellschaft	468
aa) Zivilrechtlich (Art. 549, 644 lit. a tHGB)	468
bb) Strafrechtlich (Art. 562 Abs. 8, 644 lit. d tHGB)	469
b) Haftung der Wirtschaftsprüfer bzw. vereidigten Buchführer der Poolgesellschaft und der den Cash Pool betreuenden Bank	469
c) Haftung des herrschenden Unternehmens bzw. der Konzerngeschäftsführer	469
aa) Zivilrechtlich	469
bb) Strafrechtlich	470
4. Zwischenergebnis	470
III. Barkapitalerhöhung mit anschließender Tilgung von Verbindlichkeiten der Poolgesellschaft gegenüber dem Cash Pool	471
1. Zulässigkeit der Kapitalmaßnahme	471
2. Stellungnahme	472
a) Gleiche Zielsetzung mit Verrechnung	472
b) Erforderlichkeit analoger Anwendung der für den Verrechnungstatbestand geltenden Formvorschriften	473
c) Rechtsfolgen eines Analogieschlusses mit Blick auf das Cash Pooling	476
3. Zwischenergebnis	477
IV. Zusammenfassendes Ergebnis	478
C. Anschließende Rückzahlung der einbezahlten Mittel als Darlehen in den Cash Pool	478

Kapitel 4

Abschließender Vergleich und Schlussbetrachtung	480
§ 1 Allgemein zum Cash Pooling	480
§ 2 Unter dem Aspekt der Kapitalerhaltung	481
A. Gültigkeit der bilanziellen Betrachtungsweise („Vollwertigkeitskriterium“)	481
B. Verzinsungsfrage	487
I. Im Allgemeinen	487
II. Im Falle des Cash Pooling	489
C. Haftungsrisiken	491
§ 3 Unter dem Aspekt der Kapitalaufbringung bzw. -erhöhung	497
A. Unterscheidung nach dem Kontostand der betreffenden Poolgesellschaft	497
B. Rechtslage beim Vorliegen von Verbindlichkeiten der betreffenden Poolgesellschaft gegenüber dem Cash Pool	499
C. Rechtslage beim Nichtvorliegen von Verbindlichkeiten der betreffenden Poolgesellschaft gegenüber dem Cash Pool	503
D. Bewertung der Cash-Pool-Tauglichkeit der kapitalaufbringungsrechtlichen Regelungen der Länder	505
Literaturverzeichnis	510
Stichwortverzeichnis	532

Abkürzungsverzeichnis

a.A./A.A.	andere Auffassung
a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft, Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
alt-tHGB	altes türkisches Handelsgesetzbuch
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Zeitschrift)
BATiDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (Zeitschrift)
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
bzw.	beziehungsweise
C.	Cilt
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CFL	Corporate Finance Law (Zeitschrift)
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders./dies.	derselbe/dieselbe(n)
d. h.	das heißt
dHGB	deutsches Handelsgesetzbuch
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (Zeitschrift)
E.	Esas
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
f./ff.	folgende/fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GesKR	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (Zeitschrift)
ggf.	gegebenenfalls

GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
HD.	Hukuk Dairesi
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hndb	Handbuch
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in dem Sinn
i.E.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinn
i.F.d.	im Falle des/der
IFLR	International Financial Law Review
insb.	insbesondere
i.R.d.	im Rahmen des/der
i.S.d.	im Sinn des/der
i.S.v.	im Sinn von
İÜHFİM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Zeitschrift)
i.V.m.	in Verbindung mit
InsO	Insolvenzordnung
JZ	Juristenzeitung
K.	Karar
KG	Kammergericht, Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
LG	Landesgericht
lit.	litera = Buchstabe
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
m.E.	meines Erachtens
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MÜHFHAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Zeitschrift)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
neu-tHGB/tHGB	neues türkisches Handelsgesetzbuch
NJW	Neue juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Zeitschrift)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
Rn.	Randnummer
s.	siehe
S.	Seite/Satz
SAG	Die schweizerische Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
SchuldRModG	Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts
sHRegV	schweizerische Handelsregisterverordnung

SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zeitschrift)
sog.	sogenannt(e), (-er), (-es)
sOR	Schweizerisches Obligationengesetz
SPR	Schweizerisches Privatrecht (Zeitschrift)
sSchKG	schweizerisches Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
TBB Dergisi	Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Zeitschrift)
TFM	Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (Zeitschrift)
tHRegV	türkische Handelsregisterverordnung
tOR	türkisches Obligationengesetz
tSchKG	türkisches Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz
tZGB	türkisches Zivilgesetzbuch
u. a.	unter anderem
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
v.	von/vom
vgl.	vergleiche
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung (Zeitschrift)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
Y.	Yargıtay
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
z. B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Einleitung

A. Bedeutung des Cash Pooling im Konzern und der Gegenstand der Untersuchung

Aufgrund des sich stets verschärfenden Wettbewerbs zwischen Unternehmen sowohl auf nationaler als auch internationaler Ebene, sowie der in jüngster Zeit immer wieder eintretenden Finanzkrisen gestaltet sich die Fremdfinanzierung für Einzelunternehmen und Konzerne als zunehmend schwierig und teuer. Einem erfolgreichen Finanzmanagement und damit der optimalen Allokation knapper Mittel in der Wirtschaftspraxis kommt daher immer größere Bedeutung zu. Im Vergleich zu Einzelunternehmen verfügen Konzerne insofern über Finanzierungsquellen, die über die von Einzelunternehmen hinausgehen. Anders als ein Einzelunternehmen bilden nämlich Konzerne von außen betrachtet strukturell eine *wirtschaftliche Einheit*, die innen aus einer Vielzahl rechtlich *selbständiger Unternehmen* besteht.¹ Aus dieser besonderen Struktur des Konzernverbundes ergeben sich konzernspezifische Finanzierungsmöglichkeiten, weil die Konzernunternehmen bereits als potenzielle Finanzierungspartner für einander bereitstehen.² In diesem Zusammenhang kommt dem sogenannten Cash Pooling-System als alternativer konzerninterner Finanzierungsquelle bei der Finanzierung der Konzerne eine enorme Rolle zu. Durch die Implementierung eines konzernweiten Cash Pooling hat ein Konzern nämlich vor allem die Möglichkeit, vorhandene überschüssige Liquidität zentral an einer Stelle zu bündeln und damit für den Gesamtkonzern, insbesondere für diejenigen Tochtergesellschaften, denen es an Liquidität mangelt, eine alternative Finanzierungsquelle zu schaffen. Durch dieses Verfahren generieren Konzerne quasi aus ihrem eigenem wirtschaftlichen Potenzial eine besondere Finanzierungsquelle. So wird es Konzernen bzw. einzelnen Konzernunternehmen in Zeiten teurer Kredite und begrenzter Finanzmittel ermöglicht, relativ mühelos und günstig an das benötigte Kapital zu kommen und so unabhängig von Fremdgeld zu agieren. Dadurch wird nicht nur verschwenderischer und damit profitloser Umgang mit der bereits im Konzern vorhandenen Liquidität in einer Zeit verhindert, in der das Kapital knapp und die Konditionen für Kreditaufnahmen streng sind, sondern es wird auch eine optimale Verwendung der im Konzern vorhandenen Liquidität sichergestellt, sodass

¹ *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 4, Rn. 6ff.; *Schneider*, ZGR 1984, S. 501 f.; *Makowski*, Cash Management, S. 14.

² *Theisen*, Der Konzern, S. 460; *Rudolph*, in: Lutter/Scheffler/Schneider, Hndb-Konzernfinanzierung, Rn. 2.14; *Kessler*, in: Lutter/Scheffler/Schneider, Hndb-Konzernfinanzierung, Rn. 36.12.

im Endeffekt erhebliche Einsparungen und Vorteile erzielt werden können. Aufgrund dieser überragenden betriebswirtschaftlichen Bedeutung ist das Cash Pooling-Verfahren heute in der Konzernpraxis äußerst verbreitet, sodass es aus der Konzernfinanzierung „nicht mehr weg zu denken“³ ist.

Diese ökonomisch vorteilhafte Konzernfinanzierungsart kann allerdings in bestimmten Fällen die Selbständigkeit der beteiligten Konzerngesellschaften beeinträchtigen. Auch wenn der Konzern aus wirtschaftlicher Sicht als eine Einheit angesehen werden kann, behalten aus gesellschaftsrechtlicher Sicht die einzelnen abhängigen Konzerngesellschaften ihre rechtliche Selbständigkeit. Da die beteiligten Konzerngesellschaften im Rahmen des Cash Pooling ihre überschüssige Liquidität ständig an ein Zentralkonto abführen, über das die Konzernmutter Verfügungsberechtigt ist, birgt dieses System das Gefahrenpotenzial, dass das Vermögen bzw. die Interessen der Konzerngesellschaften zugunsten der Konzernmutter bzw. des gesamten Konzerns beeinträchtigt werden. Damit kann es vor gesellschaftsrechtlichem Hintergrund zu Konflikten zwischen dem Cash Pooling und namentlich den Grundprinzipien der Kapitalerhaltung bzw. -aufbringung kommen. Daher steht das konzernweite Cash Pooling im Spannungsfeld zwischen ökonomisch sinnvoller Konzernfinanzierung und dem einschränkenden gesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungs- bzw. -aufbringungsrecht.

Dieser Konflikt bildet im Allgemeinen den Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit. Es werden daher die Rahmenbedingungen des Cash Pooling-Verfahrens unter dem Gesichtspunkt von Kapitalerhaltungs- bzw. Kapitalaufbringungsrecht sowohl aus Sicht des deutschen als auch der des türkischen Rechtssystems analysiert. Um eine umfassende bzw. aufschlussreiche Untersuchung der Thematik aus Sicht beider Rechtssysteme vornehmen zu können, ist allerdings eine Einschränkung erforderlich. Es werden daher die Cash Pooling-Konstellationen mit der Teilnahme einer *faktisch abhängigen* GmbH und AG analysiert; auf die Rahmenbedingungen des Cash Pooling bei Vertragskonzernen wird hingegen nicht eingegangen. Aus demselben Grund konzentriert sich die Untersuchung nur auf die i.R.d. Cash Pooling *aufsteigenden* Darlehen, die die beteiligten Konzernunternehmen an die Betreiber-gesellschaft ausreichen. Nicht untersucht werden hingegen die i.R.d. Cash Pooling *absteigenden* Darlehen, die die Betreiber-gesellschaft an die Konzerngesellschaften ausreicht und die damit verbundene Problematik des Gesellschafterdarlehens.

B. Motivation und Ziel der Untersuchung

Die Bedeutung des Cash Pooling-Systems für die heutige Wirtschaftswelt wird noch deutlicher, wenn man sich insbesondere die relevanten gesetzlichen Entwicklungen bzw. Neuerungen in Deutschland vor Augen führt, die auf die Ermöglichung des Cash Pooling-Verfahrens abzielen. Im Jahr 2008 hat nämlich der deutsche Gesetzgeber durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und

³ *Wirsch*, Kapitalaufbringung und Cash Pooling, S. 23.

zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)⁴ Änderungen bei den Kapitalerhaltungsregeln (§§ 30 GmbHG, 57 AktG) sowie den Kapitalaufbringungsregeln (§§ 19 GmbHG, 27 AktG) mit dem Ziel vorgenommen, die „ökonomisch sinnvolle“ Praxis des Cash Pooling auf eine sichere Rechtsgrundlage zu stellen und die infolge der Rechtsprechung entstandenen Rechtsunsicherheiten vor allem im Zusammenhang mit der Kapitalerhaltung zu beseitigen.⁵ Auslöser dieses gesetzlichen Handelns waren die bisherigen einschlägigen Entscheidungen des BGH⁶ und die daraus entstandenen Rechtsunsicherheiten bzw. Handhabungsschwierigkeiten bezüglich des Cash Pooling.⁷ Insbesondere infolge des berühmten „November“-Urteils des BGH⁸ von 2003 sind erhebliche Rechtsunsicherheiten mit Blick auf die Vereinbarkeit des Cash Pooling mit den kapitalerhaltungsrechtlichen Grundsätzen entstanden. Die durch dieses Urteil entstandene Ablehnung der „bilanziellen Betrachtungsweise“ für Darlehen aus gebundenem Vermögen (einer GmbH) wurde im Schrifttum vereinzelt als „Todesstoß für das konzernweite Cash Pooling“⁹ bewertet. Darauf hat der Gesetzgeber mit dem MoMiG reagiert und durch die §§ 30 Abs. 1 S. 2, 2. Alt GmbHG, 57 Abs. 1 S. 3, 2. Alt AktG die „bilanzielle Betrachtungsweise“ ins Gesetz eingefügt. Damit sollen die Darlehensgewährungen an die Gesellschafter, speziell im Rahmen eines konzernweiten Cash-Pools rechtssicher ermöglicht werden.¹⁰

Auch bei den kapitalaufbringungsrechtlichen Regelungen hat der deutsche Gesetzgeber Änderungen zu Gunsten des Cash Pooling vorgenommen. Dass die durch das herrschende Unternehmen erbrachte Einlageleistung i.R.d. Cash Pooling wieder an das Zentralkonto abgeführt wird, welches unter der Verfügungsmacht des herrschenden Unternehmens steht, führte in Deutschland aufgrund der – durch die Rechtsprechung entwickelten – Rechtsinstitute der „verdeckten Sacheinlage“ und des „Hin- und Herzahlens“ zur Unzulässigkeit der Kapitalmaßnahme. Durch das MoMiG wurden die Rechtsfiguren der „verdeckten Sacheinlage“ und des „Hin- und Herzahlens“ reformiert und ins Gesetz eingefügt (§§ 19 Abs. 4, 5 GmbHG, 27 Abs. 3, 4 AktG¹¹). Wie bei den Änderungen bezüglich des Rechts der Kapitalerhaltung war es dabei Ziel des Gesetzgebers, die Praxis des Cash Pooling zu ermöglichen bzw. zu vereinfachen.

Im Rahmen der Analyse des deutschen Rechts werden die rechtlichen Rahmenbedingungen des Cash Pooling unter Beachtung der oben genannten gesetzli-

⁴ BGBI. 2008-I, 2026, in Kraft getreten am 01.11.2008.

⁵ BegrRegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41.

⁶ BGHZ, 157, 72, „November“ v. 24.11.2003 zur Kapitalerhaltung und BGHZ 166, 8, „Cash Pool-I“ v. 16.01.2006 zur Kapitalaufbringung.

⁷ *Wirsch*, Kapitalaufbringung und Cash Pooling, S. 25.

⁸ BGHZ, 157, 72.

⁹ *Schäfer*, GmbHR 2005, S. 133.

¹⁰ BegrRegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41.

¹¹ Die Änderung wurde im AG-Recht nachträglich durch ARUG vorgenommen. „Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrichtlinie“, BGBI. 2009-I, 2479, in Kraft getreten am 01.09.2009.