

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 307

**Die kapitalerhaltungsrechtliche Zulässigkeit
konzerninterner Darlehen
und ihre Auswirkung
auf die Geschäftsführung im abhängigen
GmbH-Konzernunternehmen**

**Die Auswirkungen des MoMiG
auf die kapitalerhaltungsrechtlichen Haftungsrisiken
des Geschäftsführers beim Einzeldarlehen
und beim Cash Pooling**

Von

Sebastian Klein



Duncker & Humblot · Berlin

SEBASTIAN KLEIN

Die kapitalerhaltungsrechtliche Zulässigkeit
konzerninterner Darlehen und ihre Auswirkung
auf die Geschäftsführung im abhängigen
GmbH-Konzernunternehmen

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 307

Die kapitalerhaltungsrechtliche Zulässigkeit
konzerninterner Darlehen
und ihre Auswirkung
auf die Geschäftsführung im abhängigen
GmbH-Konzernunternehmen

Die Auswirkungen des MoMiG
auf die kapitalerhaltungsrechtlichen Haftungsrisiken
des Geschäftsführers beim Einzeldarlehen
und beim Cash Pooling

Von

Sebastian Klein



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg
hat diese Arbeit im Jahre 2018 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
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Ochsenfurt-Hohestadt
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 978-3-428-15671-9 (Print)
ISBN 978-3-428-55671-7 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85671-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/19 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Hamburg als Dissertation angenommen.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Klaus Bartels. Er hat die Fortschritte dieser Arbeit stets mit Interesse verfolgt und durch seine wertvollen Anregungen wesentlich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Bedanken möchte ich mich darüber hinaus auch bei Herrn Prof. Dr. Peter Mankowski für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Für seine wertvollen Ratschläge gebührt Dr. Christoph Poertzgen mein herzlicher Dank.

Felix Scherger und Julius Tustanowski möchte ich dafür danken, dass sie mir in unseren zahlreichen Diskussionen viele wertvolle Anregungen und Denkanstöße gegeben haben.

Meiner Schwester Susanne möchte ich herzlich dafür danken, dass sie die Strapazen des Korrekturlesens auf sich genommen hat.

Joana Nunnenkamp hat mich während der Bearbeitung meiner Dissertation zu jeder Zeit unermüdlich und liebevoll unterstützt. Für ihre stets motivierenden Ermunterungen gebührt ihr mein besonderer Dank.

Zuletzt möchte ich meiner Schwester Stefanie und insbesondere meinen Eltern Inge und Thomas für die fortwährende Unterstützung während meines Studiums und der Anfertigung dieser Arbeit herzlich danken.

Frankfurt am Main, im Dezember 2018

Sebastian Klein

Inhaltsübersicht

§ 1 Einleitung	33
I. Fragestellung	35
II. Gang der Bearbeitung	36

Erster Teil

Grundlagen 40

§ 2 Die GmbH im Konzern	40
I. Die GmbH als abhängige Konzerngesellschaft	40
II. Der Konzernkonflikt	58
III. Konzernrecht als Schutzrecht	61
§ 3 Geschäftsführung im abhängigen GmbH-Konzernunternehmen	73
I. Rechtsstellung des Geschäftsführers	73
II. Konflikt zwischen Gesellschafts- und Konzerninteresse	88
III. Geschäftsführung im Vertragskonzern	89
IV. Geschäftsführung im faktischen Konzern	101
V. Spannungsfeld bei Weisungen	109
VI. Comfort Letter	110
§ 4 Konzerninterne Darlehen als Teil der Konzerninnenfinanzierung	110
I. Grundlagen des konzerninternen Darlehens	110
II. Konzerninterne Darlehen als Finanzierungsinstrument	115

Zweiter Teil

GmbH als Darlehensgeberin 122

§ 5 Kapitalerhaltungsrechtliche Relevanz der Darlehensvergabe	122
I. Besonderheit des Rückgewähranspruchs	122
II. Streit über Anwendung des Auszahlungsverbots auf Darlehensgewährung	123
§ 6 Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG	123
I. Kapitalerhaltungsrechtliche Anforderungen im faktischen Konzern	123
II. Kapitalerhaltungsrechtliche Anforderungen im Vertragskonzern	131

§ 7	Rechtslage nach Inkrafttreten des MoMiG	146
	I. Gesetzliche Verankerung der bilanziellen Betrachtungsweise	146
	II. MPS-Urteil	146
	III. Voraussetzungen der kapitalerhaltungsrechtlichen Privilegierung nach § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG n.F. (und dem MPS-Urteil)	154
	IV. Auswirkungen des MoMiG auf die Haftungsrisiken des Geschäftsführers wegen Darlehensgewähr	297
§ 8	Untersuchungsergebnisse zur Geschäftsführung in der darlehensgebenden GmbH ..	309
	I. Rechtslage vor dem MoMiG	309
	II. Die kapitalerhaltungsrechtlichen Anforderungen an die Vollwertigkeitsprüfung nach dem MoMiG gem. § 30 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GmbHG	312
	III. Haftungsrisiken des Geschäftsführers im Rahmen der Vollwertigkeitsprüfung nach § 30 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GmbHG	315
	IV. Die kapitalerhaltungsrechtlichen Anforderungen an das Konzernprivileg nach dem MoMiG gem. § 30 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GmbHG	317
	V. Haftungsrisiken des Geschäftsführers im Rahmen des Konzernprivilegs nach § 30 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GmbHG	320
	VI. Auswirkungen des MoMiG auf die Haftungsrisiken des Geschäftsführers	321
	VII. Fazit	326

Dritter Teil

GmbH als Darlehensnehmerin 329

§ 9	Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG	329
	I. Eigenkapitalersatzrecht	329
	II. Haftungsrisiko des Geschäftsführers wegen Darlehensrückgewähr	344
§ 10	Rechtslage nach Inkrafttreten des MoMiG	357
	I. Insolvenzzrechtliche Neugestaltung und Abschaffung des Kapitalersatzrechts ..	357
	II. Auswirkungen des MoMiG auf die Haftungsrisiken des Geschäftsführers wegen Darlehensrückgewähr	361
§ 11	Untersuchungsergebnisse zur Geschäftsführung in der darlehensnehmenden GmbH	363
	I. Rechtslage vor dem MoMiG	363
	II. Rechtslage nach dem MoMiG	366
	III. Haftungsrisiken des Geschäftsführers	368
	IV. Auswirkungen des MoMiG auf die Haftungsrisiken des Geschäftsführers wegen Darlehensrückgewähr	369
	V. Fazit	370

Exkurs

Auswirkungen auf die Geschäftsführung im Cash Pooling System	371
§ 12 Grundlagen des Cash Poolings	372
I. Erscheinungsformen	373
II. Beweggründe	375
III. Rechtliche Grundlagen	376
§ 13 GmbH als Darlehensgeberin	384
I. Faktischer Konzern	384
II. Vertragskonzern	395
§ 14 GmbH als Darlehensnehmerin	396
I. Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts umfasst auch Cash Pool	396
II. Keine Haftung für Darlehensrückzahlungen nach Kapitalerhaltungsrecht	397
§ 15 Untersuchungsergebnisse zur Geschäftsführung im Cash Pool System	398
I. GmbH als Darlehensgeberin	398
II. GmbH als Darlehensnehmer	402
III. Fazit	403
§ 16 Schlussbetrachtung	405
I. Ökonomische und rechtliche Grundlagen der Geschäftsführung im abhängigen GmbH-Konzernunternehmen im Rahmen konzerninterner Darlehen	406
II. Kapitalerhaltungsrechtliche Auswirkungen des MoMiG auf die Vergabe aufsteigender konzerninterner Darlehen	407
III. Kapitalerhaltungsrechtliche Auswirkungen des MoMiG auf die Rückgewähr absteigender konzerninterner Darlehen	415
IV. Kapitalerhaltungsrechtliche Anforderungen des MoMiG an auf- und absteigende Darlehen im Rahmen des Cash Poolings	417
Literaturverzeichnis	422
Stichwortverzeichnis	443

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	33
I. Fragestellung	35
II. Gang der Bearbeitung	36

Erster Teil

Grundlagen 40

§ 2 Die GmbH im Konzern	40
I. Die GmbH als abhängige Konzerngesellschaft	40
1. Rechtstatsächliche Einbindung der GmbH in Konzernstrukturen	40
2. Besondere Eignung der GmbH zur Konzernintegration	41
a) Flexible Organisationsverfassung	41
b) Hierarchisches Kompetenzgefüge	41
3. Rechtliche Grundlagen des GmbH-Konzerns	42
a) Begrifflichkeit des GmbH-Konzerns	42
b) Konzerneigenschaft	42
aa) Unternehmensbegriff des § 15 AktG	43
(1) Rechtliche Selbstständigkeit	43
(2) Zweckbestimmte Auslegung des Unternehmensbegriffs	43
(3) Herrschendes Unternehmen	44
(4) Abhängiges Unternehmen	45
bb) Mehrheitsbeteiligung nach § 16 AktG	46
(1) Anteils- und Stimmenmehrheit	46
(2) Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH	47
cc) Abhängigkeitsbegriff des § 17 AktG	48
(1) Beherrschende Einflussmöglichkeit	48
(2) Gesellschaftsrechtlich vermittelte Einflussmöglichkeit	49
(3) Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH	50
(4) Widerlegbare Abhängigkeitsvermutung	50
dd) Konzernbegriff des § 18 AktG	51
(1) Einheitliche Leitung	51
(2) Enger und weiter Konzernbegriff	51

c) Erscheinungsformen unternehmerischer Verbindungen	52
aa) Unterscheidung nach Konzerngattung	52
(1) Unterordnungskonzern nach § 18 Abs. 1 AktG	53
(2) Gleichordnungskonzern nach § 18 Abs. 2 AktG	53
bb) Unterscheidung nach Konzernierungsgrad	54
(1) Vertragskonzern	54
(2) Faktischer Konzern	56
(3) Qualifiziert faktischer Konzern	56
II. Der Konzernkonflikt	58
1. Die unabhängige GmbH als gesetzliches Leitbild	58
2. Gefahren des Unternehmensverbunds	59
a) Gefahren für die Minderheitsgesellschafter	60
b) Gefahren für die Gläubiger	60
III. Konzernrecht als Schutzrecht	61
1. Differenzierung nach Konzernierungsgrad	62
a) Unterscheidung zwischen Vertragskonzern und faktischem Konzern ...	62
b) Vom Konzernierungsgrad unabhängige Einzelregelungen	63
2. Vertragskonzern	64
a) Schutz der Gesellschaft	64
b) Schutz der Gläubiger	64
3. Faktischer Konzern	65
a) Unterscheidung zwischen Mehrpersonen- und Ein-Mann-GmbH	66
b) Mehrpersonen-GmbH	67
aa) Treuepflicht	67
bb) Benachteiligungsverbot	69
cc) Nachteiligkeit der Einflussnahme	69
dd) Dispositionsfähigkeit der Treuepflicht	71
c) Ein-Mann-GmbH	72
4. Konzernrecht im weiteren Sinne	72
§ 3 Geschäftsführung im abhängigen GmbH-Konzernunternehmen	73
I. Rechtsstellung des Geschäftsführers	73
1. Geschäftsführer als Organ der Anstellungsgesellschaft	73
2. Sorgfaltspflicht nach § 43 Abs. 1 GmbHG	74
a) Verschuldensmaßstab	74
b) Pflichtenquelle	75
aa) Legalitätspflicht	75
(1) Gesetzliche Grenzen	76
(2) Ausnahmen von der gesetzlichen Pflichtenbindung	76
(a) Unklare oder umstrittene Rechtslage	76

(b) Vertrauen auf fachkundigen Rat von unabhängigem Dritten	78
(c) „Nützliche“ Pflichtverletzungen	78
(3) Organisationsrechtliche Grenzen	79
bb) Überwachungspflicht	79
(1) Horizontale Überwachungspflicht	80
(2) Vertikale Überwachungspflicht	80
cc) Compliance-Pflicht	81
dd) Business Judgement Rule	81
(1) Unternehmerische Entscheidung	81
(2) Handeln zum Wohle der Gesellschaft	82
(3) Angemessene Informationsgrundlage	83
(4) Guter Glaube	83
(5) Rechtsfolge der Privilegierung	83
c) Treuepflicht	84
3. Haftung des Geschäftsführers	84
a) Anspruchsgrundlagen	84
aa) Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG	84
bb) Haftung nach § 43 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GmbHG	85
b) Haftungsvoraussetzungen	85
aa) Kapitalerhaltungsrechtswidrige Zahlung	85
bb) Verschulden	86
cc) Schaden	86
dd) Keine Disponibilität	87
ee) Haftung trotz Weisung	87
II. Konflikt zwischen Gesellschafts- und Konzerninteresse	88
III. Geschäftsführung im Vertragskonzern	89
1. Weisungsrecht der Konzernmutter und Folgepflicht des Geschäftsführers	89
a) Unmittelbarkeit der Weisung	89
b) Möglichkeit nachteiliger Weisung	90
c) Weisung im Konzerninteresse	90
2. Sorgfaltsmaßstab des Geschäftsführers im Vertragskonzern	90
a) Sorgfaltsmaßstab bei nachteiligen Weisungen	90
aa) Modifizierung des Pflichtenmaßstabs von § 43 Abs. 1 GmbHG	91
bb) Überlagerung des § 43 Abs. 1 GmbHG durch analog § 310 AktG	91
cc) Wirksamkeit der Weisung	92
(1) Beherrschungsvertrag	92
(2) Satzung	93
(3) Gesetzliche Grenzen	93
(4) Konzerninteresse	94
(a) Weisung im Interesse außenstehender Dritter	94

(b) Verhältnismäßigkeit der Weisung	95
(aa) Nicht erforderliche Nachteile	95
(bb) Existenzgefährdende Weisung	95
(c) Offensichtlichkeit der Zweckentfremdung der Weisung	97
(aa) Beschränkung des Verweigerungsrechts auf offensichtliche Zweckentfremdung	97
(bb) Beweislast	98
b) Sorgfaltsmaßstab außerhalb nachteiliger Weisungen	99
c) Haftung des Geschäftsführers	99
aa) Haftung bei nachteiliger Weisung	99
bb) Haftung außerhalb nachteiliger Weisung	100
IV. Geschäftsführung im faktischen Konzern	101
1. Verpflichtung auf das Interesse der Anstellungsgesellschaft	101
a) Rentabilitätsziel	101
b) Berücksichtigung anderer Interessen	102
2. Kollision mit dem Konzerninteresse	103
3. Weisungsmöglichkeit der Konzernmutter durch Mehrheit in Gesellschafterversammlung	103
a) Nur mittelbare Weisungsmöglichkeit	104
b) Möglichkeit nachteiliger Einflussnahme der Konzernmutter	105
4. Sorgfaltsmaßstab des Geschäftsführers im faktischen Konzern	105
a) Grenzen der Geschäftsführungsbefugnis	106
aa) Treuepflicht des Geschäftsführers	106
(1) GmbH mit Minderheitsgesellschafter	106
(2) Ein-Mann-GmbH	107
bb) Legalitätspflicht des Geschäftsführers	108
(1) Gesetzliche Grenzen	108
(2) Organisationsrechtliche Grenzen	108
5. Haftung des Geschäftsführers	109
V. Spannungsfeld bei Weisungen	109
VI. Comfort Letter	110
§ 4 Konzerninterne Darlehen als Teil der Konzerninnenfinanzierung	110
I. Grundlagen des konzerninternen Darlehens	110
1. Erscheinungsformen	110
2. Beweggründe	111
a) Flexibilität	111
b) Gläubigerposition des Darlehensgebers	112
c) Steuervorteile	113
3. Rechtliche Grundlagen	113
a) Gelddarlehen und Sachdarlehen	113

- b) Kein Formerfordernis 114
- c) Rahmenvereinbarung und Einzeldarlehen 114
- d) Rechtliche Risiken konzerninterner Darlehen 114
- II. Konzerninterne Darlehen als Finanzierungsinstrument 115
 - 1. Steigende Bedeutung des Cash Managements in der Konzernpraxis 115
 - 2. Unternehmensfinanzierung und Konzernfinanzierung 115
 - a) Unternehmensfinanzierung 116
 - aa) Begriff 116
 - bb) Arten der Unternehmensfinanzierung 116
 - (1) Innen- und Außenfinanzierung 116
 - (2) Eigen-, Fremd- und Hybridfinanzierung 117
 - (a) Eigenfinanzierung 117
 - (b) Fremdfinanzierung 117
 - (c) Hybridfinanzierung 118
 - b) Konzernfinanzierung 118
 - aa) Konzernexterne (konzernunabhängige) Finanzierung 118
 - bb) Konzerninterne Finanzierung (Konzerninnenfinanzierung) 118
 - (1) Keine Differenzierung zwischen konzerninterner Innen- und Außenfinanzierung 119
 - (2) Konzerninterne Eigen- und Fremdfinanzierung 119
 - (3) Bedeutung des konzerninternen Darlehens für die Konzerninnenfinanzierung 120
 - c) Dezentrale und zentrale Konzernfinanzierung 121

Zweiter Teil

GmbH als Darlehensgeberin

- § 5 Kapitalerhaltungsrechtliche Relevanz der Darlehensvergabe 122
 - I. Besonderheit des Rückgewähranspruchs 122
 - II. Streit über Anwendung des Auszahlungsverbots auf Darlehensgewährung . . . 123
- § 6 Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG 123
 - I. Kapitalerhaltungsrechtliche Anforderungen im faktischen Konzern 123
 - 1. Bilanzielle Betrachtungsweise 123
 - 2. Unzulässigkeit bei hinausgeschobener Rückzahlungspflicht 125
 - 3. November-Urteil 126
 - a) Sachverhalt 126
 - b) Begründung 126
 - aa) Keine Haftung nach § 43a GmbHG 127

bb) Kreditgewährung auch bei Vollwertigkeit verbotener Auszahlung ..	127
(1) Nicht nur bilanzielle Rechnungsziffer, sondern zu erhaltende Haftungsmasse	127
(2) Verschlechterung der Vermögenslage der Gesellschaft und der Befriedigungsmöglichkeit ihrer Gläubiger	127
(3) Verhinderung der Umbuchung kapitalerhaltungswidriger Zahlungen in Darlehen	128
4. Haftungsrisiko des Geschäftsführers wegen Darlehensgewähr	128
a) Darlehen an Gesellschafter	129
b) Unterbilanz	130
c) Unabhängig von Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs	130
5. Zusammenfassung	130
II. Kapitalerhaltungsrechtliche Anforderungen im Vertragskonzern	131
1. Kapitalerhaltungsrecht im Vertragskonzern	132
a) Fortgeltung der §§ 30 ff. GmbHG im GmbH-Vertragskonzern	132
b) Suspendierung der Kapitalbindung im Vertragskonzern	133
aa) Gründung eines Vertragskonzerns	135
bb) Vollwertigkeit des Verlustausgleichsanspruchs	136
(1) Unbedingte Suspendierung der Kapitalbindung	136
(2) Vollwertigkeit des Verlustausgleichsanspruchs als Grenze der Suspendierung	137
(3) Auswirkungen auf den Pflichtenumfang und das Haftungsrisiko des Geschäftsführers	138
(a) Umstrittene Rechtslage	138
(b) Vor- und Nachteile des Vollwertigkeitserfordernisses des Verlustausgleichsanspruchs	138
(c) Vor- und Nachteile des fehlenden Vollwertigkeitserfordernisses	139
(d) Abwägung	140
(e) Haftungsrechtliche Konsequenzen für den Geschäftsführer	140
cc) Sonderfall: Verlustausgleich wird als Darlehen an Mutter zurückgewährt	141
2. Haftungsrisiko des Geschäftsführers wegen Darlehensgewähr	143
3. Zusammenfassung	145
§ 7 Rechtslage nach Inkrafttreten des MoMiG	146
I. Gesetzliche Verankerung der bilanziellen Betrachtungsweise	146
II. MPS-Urteil	146
1. Sachverhalt	146
2. Begründung	147
a) Spezialität des § 311 AktG gegenüber § 57 AktG	147
b) Nachteiligkeit als Folge der Abhängigkeit	148

- c) Nachteiligkeit erfordert konkrete Gefährdung der Vermögens- oder Ertragslage 148
 - aa) Ungesicherte Darlehensgewähr nicht per se nachteiliges Rechtsgeschäft 149
 - bb) Keine Gefährdung bei vollwertigem Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch 149
 - cc) Zeitpunkt vor Abschluss des Darlehensvertrags maßgeblich für Vollwertigkeit 149
 - dd) Laufende Kontrollpflicht hinsichtlich der Vollwertigkeit 150
 - ee) Keine über Vollwertigkeitserfordernis hinausgehenden Erfordernisse 150
- 3. Auswirkungen auf den GmbH-Konzern 151
 - a) Irrelevanz der Ausführungen zu § 311 AktG für GmbH-Konzernrecht .. 151
 - b) Übertragbarkeit der kapitalerhaltungsrechtlichen Anforderungen 151
 - aa) Vergleichbarkeit der neuen gesetzlichen Vorschriften § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG n.F. und § 57 Abs. 1 S. 3 AktG n.F. 152
 - bb) Umfassende Aufgabe der November-Rechtsprechung für Altfälle .. 153
- 4. Zusammenfassung 153
- III. Voraussetzungen der kapitalerhaltungsrechtlichen Privilegierung nach § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG n.F. (und dem MPS-Urteil) 154
 - 1. Faktischer Konzern 155
 - a) Das Deckungsgebot 156
 - aa) Nichtanwendbarkeit des Deckungsgebots auf Darlehenszinsen 157
 - bb) Anwendbarkeit des Deckungsgebots auf Darlehenszinsen 158
 - (1) Einschränkung der Nichtanwendbarkeit durch bilanzielle Betrachtungsweise 158
 - (2) Umfängliche Anwendbarkeit der bilanziellen Betrachtungsweise 158
 - (3) Eingeschränkte Anwendbarkeit der bilanziellen Betrachtungsweise 159
 - (4) Angemessenheit als ausschließliches Deckungskriterium 159
 - (5) Maßgeblichkeit des Drittvergleichs 159
 - cc) Stellungnahme 160
 - dd) Auswirkungen auf den Pflichtenumfang und das Haftungsrisiko des Geschäftsführers 164
 - (1) Umstrittene Rechtslage 164
 - (2) Vor- und Nachteile bei Erforderlichkeit des Deckungsgebots ... 164
 - (3) Vor- und Nachteile bei Verzicht auf das Deckungsgebot 165
 - (4) Abwägung 166
 - (5) Haftungsrechtliche Konsequenzen für den Geschäftsführer 167
 - ee) Zusammenfassung 168

b) Die Vollwertigkeitsprüfung	169
aa) Prüfungsmaßstab	169
(1) Meinungsstand	170
(2) Stellungnahme	172
(a) Unterscheidung zwischen Anlage- und Umlaufvermögen ...	172
(b) Abschreibung nach § 253 Abs. 3 S. 3 HGB a.F.	172
(c) Abschreibung nach § 253 Abs. 4 HGB a.F.	174
(d) Zusammenfassung	175
(e) Beurteilungsmaßstab aufgrund Prognoseelements	175
(f) Abschreibung nach § 253 Abs. 4 S. 2 HGB n.F.	176
(g) Abschreibung nach § 253 Abs. 3 S. 5 HGB n.F.	182
(h) Zusammenfassung	183
(i) Vernünftige kaufmännische Beurteilung	183
(3) Auswirkungen auf den Pflichtenumfang und das Haftungsrisiko des Geschäftsführers	184
(4) Zusammenfassung	186
bb) Prüfungszeitpunkt	187
(1) Meinungsstand	187
(a) Zeitpunkt des Verfügungsgeschäfts	187
(b) Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts	188
(2) Stellungnahme	188
(a) Grammatikalische Auslegung	190
(b) Systematische Auslegung	193
(c) Historische Auslegung	196
(d) Teleologische Auslegung	197
(e) Langfristige Leistungsbeziehung	202
(f) Zusammenfassung	203
(3) Auswirkungen auf den Pflichtenumfang und das Haftungsrisiko des Geschäftsführers	204
(a) Maßgeblichkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung ...	204
(b) Vor- und Nachteile bei Maßgeblichkeit des Verpflichtungs- geschäfts	205
(c) Vor- und Nachteile bei Maßgeblichkeit des Verfügungs- geschäfts	205
(d) Abwägung	207
(e) Haftungsrechtliche Konsequenzen für den Geschäftsführer	208
(4) Zusammenfassung	209
cc) Erforderlicher Umfang der Vollwertigkeit	210
(1) Meinungsstand	210
(2) Stellungnahme	211
(a) Grammatikalische Auslegung	211

(b)	Systematische Auslegung	212
(c)	Historische Auslegung	215
(d)	Teleologische Auslegung	216
(e)	Differenzierung zwischen Vorliegen und Entstehung einer Unterbilanz nicht zielführend	217
(f)	Zusammenfassung	219
(3)	Auswirkungen auf den Pflichtenumfang und das Haftungsrisiko des Geschäftsführers	220
(a)	Umstrittene Rechtslage	220
(b)	Vor- und Nachteile des „Alles-oder-Nichts-Prinzips“	220
(c)	Vor- und Nachteile bei Maßgeblichkeit des abgeschriebenen Wertes	221
(d)	Abwägung	221
(e)	Haftungsrechtliche Konsequenzen für den Geschäftsführer	222
(4)	Zusammenfassung	224
dd)	Prinzip des Drittvergleichs bei Vollwertigkeitsprüfung	225
(1)	Reichweite des Drittvergleichs nach MoMiG	225
(a)	Grammatikalische Auslegung	228
(b)	Systematische Auslegung	228
(c)	Historische Auslegung	230
(d)	Teleologische Auslegung	232
(e)	Drittvergleich im Rahmen der Vollwertigkeitsprüfung auf- grund des Deckungsgebots	233
(f)	Zusammenfassung	236
(2)	Auswirkungen auf den Pflichtenumfang und das Haftungsrisiko des Geschäftsführers	237
(a)	Umstrittene Rechtslage	237
(b)	Vor- und Nachteile beim Erfordernis des Drittvergleichs	237
(c)	Vor- und Nachteile bei Nichtberücksichtigung des Drittver- gleichs	238
(d)	Abwägung	239
(e)	Haftungsrechtliche Konsequenzen für den Geschäftsführer	241
(3)	Zusammenfassung	241
ee)	Anforderungen nach der bilanziellen Betrachtung	242
(1)	Verzinsungspflicht	243
(a)	Verzinsung ist keine zwingende Voraussetzung für Vollwer- tigkeit	243
(b)	Keine Verzinsungspflicht aufgrund bilanzieller Betrach- tungsweise	243
(c)	Zusammenfassung	246

(d)	Auswirkungen auf den Pflichtenumfang und das Haftungsrisiko des Geschäftsführers	247
(aa)	Umstrittene Rechtslage	247
(bb)	Vor- und Nachteile der Handlungsalternativen	247
(cc)	Abwägung	247
(dd)	Haftungsrechtliche Konsequenzen für den Geschäftsführer	248
(e)	Verhältnis von Drittvergleich, Vollwertigkeit und Deckungsgebot	249
(f)	Zusammenfassung	250
(2)	Besicherungspflicht	251
(a)	Besicherung ist keine zwingende Voraussetzung für Vollwertigkeit	251
(b)	Keine Pflicht, fehlende Besicherung durch höhere Verzinsung „auszugleichen“	252
(c)	Auswirkungen auf den Pflichtenumfang und das Haftungsrisiko des Geschäftsführers	253
(aa)	Umstrittene Rechtslage	253
(bb)	Vor- und Nachteile der Handlungsalternativen	254
(cc)	Abwägung	254
(dd)	Haftungsrechtliche Konsequenzen für den Geschäftsführer	254
(d)	Zusammenfassung	255
(3)	Darlehensvergabe bei Unterbilanz	256
(a)	Voraussichtliche Solvenz des Schuldners allein maßgebliches Kriterium für Realisierbarkeit	256
(b)	Auswirkungen auf den Pflichtenumfang und das Haftungsrisiko des Geschäftsführers	256
(c)	Zusammenfassung	257
ff)	Wertverlust nach Vollzug des Erfüllungsgeschäfts	257
(1)	Keine Auswirkungen auf Zulässigkeit der Darlehensvaluierung	257
(a)	Keine ex tunc Verbotswidrigkeit einer ursprünglich zulässigen Leistung	257
(b)	Auswirkungen auf den Pflichtenumfang und das Haftungsrisiko des Geschäftsführers	258
(2)	Zeitlich nachgelagerte Handlungen stellen weitere Auszahlung dar	258
(a)	Stehenlassen des Darlehens	259
(b)	Auswirkungen auf den Pflichtenkreis und das Haftungsrisiko des Geschäftsführers	261
(c)	Verlängerung des Darlehens	262

(d) Auswirkungen auf den Pflichtenkreis und das Haftungsrisiko des Geschäftsführers	262
(3) Zusammenfassung	262
c) Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse zur kapitalerhaltungs- rechtlichen Privilegierung im faktischen Konzern	263
aa) Das Deckungsgebot	264
bb) Die Vollwertigkeitsprüfung	264
2. Vertragskonzern	268
a) Voraussetzungen des Konzernprivilegs	269
aa) Gründung eines Vertragskonzerns	269
bb) Leistungen bei Bestehen eines Unternehmensvertrags	270
c) Erfordernis der Vollwertigkeit des Verlustausgleichsanspruchs	271
(1) Keine Relevanz des MPS-Urteils	271
(2) Meinungsstand	272
(3) Stellungnahme	272
(a) Das Verhältnis von § 31 Abs. 1 GmbHG zu § 302 AktG (analog)	272
(b) Verhältnis von § 30 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GmbHG zu § 30 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GmbHG	274
(c) Auswirkungen auf das Erfordernis der Vollwertigkeit des Verlustausgleichsanspruchs	276
(4) Auswirkungen auf den Pflichtenumfang und das Haftungsrisiko des Geschäftsführers	279
(a) Umstrittene Rechtslage	279
(b) Vor- und Nachteile des Vollwertigkeitserfordernisses des Verlustausgleichsanspruchs	280
(c) Vor- und Nachteile des fehlenden Vollwertigkeitserfordernis- ses	280
(d) Abwägung	281
(e) Haftungsrechtliche Konsequenzen für den Geschäftsführer	282
(5) Zusammenfassung	283
b) Sonderfall: Verlustausgleich wird als Darlehen an Mutter zurückgewährt	285
aa) Kein generelles Verbot der darlehensweisen Rückgewähr	285
bb) Differenzierung nach Charakter der Darlehensvergabe	288
c) Auswirkungen auf den Pflichtenumfang und das Haftungsrisiko des Geschäftsführers	290
(1) Umstrittene Rechtslage	290
(2) Vor- und Nachteile des absoluten Rückgewährverbots	290
(3) Vor- und Nachteile eines relativen Rückgewährverbots	291
(4) Abwägung	291
(5) Haftungsrechtliche Konsequenzen für den Geschäftsführer	292

dd) Zusammenfassung	293
c) Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse zum Konzernprivileg	294
aa) Wirksamer Vertragskonzern	295
bb) Kein Erfordernis der Vollwertigkeit des Verlustausgleichsanspruchs	295
cc) Differenzierung nach Charakter der Darlehensvergabe bei Sonderfall der darlehensweisen Rückgewähr des Verlustausgleichs	296
IV. Auswirkungen des MoMiG auf die Haftungsrisiken des Geschäftsführers wegen Darlehensgewähr	297
1. Faktischer Konzern	298
a) Verschärfung der Haftungsrisiken gegenüber der Rechtslage nach dem November-Urteil	298
b) Vergleich der Haftungsrisiken nach MoMiG mit der Rechtslage vor dem November-Urteil	299
2. Vertragskonzern	302
a) Auswirkungen im Anwendungsbereich des November-Urteils	303
b) Verringerung der Haftungsrisiken außerhalb des Anwendungsbereichs des November-Urteils	306
c) Haftungsverschärfung für Sonderfall der darlehensweisen Rückgewähr des Verlustausgleichs	308
§ 8 Untersuchungsergebnisse zur Geschäftsführung in der darlehensgebenden GmbH	309
I. Rechtslage vor dem MoMiG	309
1. Rechtslage im faktischen Konzern	309
2. Haftungsrisiken des Geschäftsführers im faktischen Konzern	310
3. Rechtslage im Vertragskonzern	310
4. Haftungsrisiken des Geschäftsführers im Vertragskonzern	311
II. Die kapitalerhaltungsrechtlichen Anforderungen an die Vollwertigkeitsprüfung nach dem MoMiG gem. § 30 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GmbHG	312
1. Das Deckungsgebot	313
2. Die Vollwertigkeitsprüfung	313
III. Haftungsrisiken des Geschäftsführers im Rahmen der Vollwertigkeitsprüfung nach § 30 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GmbHG	315
IV. Die kapitalerhaltungsrechtlichen Anforderungen an das Konzernprivileg nach dem MoMiG gem. § 30 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GmbHG	317
1. Die Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GmbHG	318
2. Voraussetzungen des Sonderfalls der darlehensweisen Rückgewähr des Verlustausgleichs	319
V. Haftungsrisiken des Geschäftsführers im Rahmen des Konzernprivilegs nach § 30 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GmbHG	320
1. Haftungsrisiken beim Grundfall des Konzernprivilegs	320
2. Haftungsrisiken bei darlehensweiser Rückgewähr des Verlustausgleichs	321

VI. Auswirkungen des MoMiG auf die Haftungsrisiken des Geschäftsführers 321
 1. Faktischer Konzern 321
 2. Vertragskonzern 323
 VII. Fazit 326

Dritter Teil

GmbH als Darlehensnehmerin 329

§ 9 Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG 329
 I. Eigenkapitalersatzrecht 329
 1. Potentielle Gläubigerbenachteiligung durch Gesellschafterdarlehen 330
 2. Rechtsprechung des Reichsgerichts 331
 3. Rechtsprechungsregeln des BGH 332
 a) Anwendung auf Sanierungskredite 332
 b) Anwendung bei unmöglichem Krediterwerb zu marktüblichen Bedingungen 333
 c) Dreiecksfälle 333
 d) Anwendung bei stehen gelassenem Darlehen 334
 e) Kreditunwürdigkeit als maßgeblicher Zeitpunkt der Umqualifizierung 336
 f) Zusammenfassung 337
 4. Novellenregeln 337
 a) Forderungsnachrang nach § 32a GmbHG 337
 aa) Insolvenzrechtlicher Nachrang nach § 32a Abs. 1 GmbHG 337
 bb) Ausdehnung auf Dreiecksfälle nach § 32a Abs. 2 GmbHG 338
 cc) Erweiterung auf wirtschaftlich entsprechende Handlungen nach § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG 338
 dd) Kleinbeteiligten- und Sanierungsprivileg nach §§ 32a Abs. 3 S. 2 und 3 GmbHG 339
 b) Anfechtungsrecht nach § 135 InsO a.F. 339
 c) Erstattungsanspruch nach § 32b GmbHG 339
 5. Duales System 340
 a) Vergleich von Rechtsprechungs- und Novellenregeln 340
 aa) Tatbestandliche Unterschiede 340
 bb) Unterschiedliche Rechtsfolgen 341
 b) Fortgeltung der Rechtsprechungsregeln 342
 II. Haftungsrisiko des Geschäftsführers wegen Darlehensrückgewähr 344
 1. Faktischer Konzern 344
 a) Komplexität der Eigenkapitalersatzqualifikation 344
 b) Haftung nach § 43 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GmbHG 345
 aa) Erweiterung des Haftungstatbestandes 345

bb) Verschulden	346
cc) Kausaler Schaden	347
dd) Kein Haftungsausschluss bei Weisung	348
(1) § 43 Abs. 3 S. 3 GmbHG	348
(2) Keine Bindungswirkung bei unrechtmäßiger Weisung	348
ee) Risiken beim Kompensationsrückgriff	349
(1) Insolvenzzisiko des Gesellschafters	349
(2) Belastungen durch möglichen Prozess	350
ff) Zusammenfassung	350
2. Vertragskonzern	351
a) Suspendierung analog § 291 Abs. 3 AktG umfasst auch Eigenkapitalersatzrecht	351
b) Fortgeltung des Eigenkapitalersatzrechts im Vertragskonzern	352
c) Eigenkapitalersatzrechtliches Haftungsrisiko	354
aa) Haftung bei rechtswidriger Weisung	354
(1) Unzulässige Weisung	354
(2) Schädigung der abhängigen Gesellschaft	355
(3) Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters	355
bb) Haftung außerhalb von Weisungen	356
cc) Zusammenfassung	356
§ 10 Rechtslage nach Inkrafttreten des MoMiG	357
I. Insolvenzzrechtliche Neugestaltung und Abschaffung des Kapitalersatzrechts	357
1. Ausdrückliche gesetzliche Abschaffung	357
2. Nachrang der Insolvenzforderungen aus Gesellschafterdarlehen	357
a) Insolvenzzrechtlicher Nachrang nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO	357
b) Sanierungs- und Kleinbeteiligtenprivileg nach § 39 Abs. 4 S. 2 und Abs. 5 InsO	358
3. Neuregelung des Anfechtungsrechts	358
a) Krisenunabhängigkeit der Anfechtungstatbestände	359
b) Anfechtung der Forderungstilgung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO	360
c) Anfechtung der Drittbesicherung nach § 135 Abs. 2 InsO	360
d) Sanierungsprivileg nach §§ 135 Abs. 4, 39 Abs. 4 S. 2 und Abs. 5 InsO	360
II. Auswirkungen des MoMiG auf die Haftungsrisiken des Geschäftsführers wegen Darlehensrückgewähr	361
1. Faktischer Konzern	361
2. Vertragskonzern	362
§ 11 Untersuchungsergebnisse zur Geschäftsführung in der darlehensnehmenden GmbH	363
I. Rechtslage vor dem MoMiG	363
1. Rechtslage im faktischen Konzern	363

2. Haftungsrisiken des Geschäftsführers im faktischen Konzern	365
3. Rechtslage im Vertragskonzern	365
4. Haftungsrisiken des Geschäftsführers im Vertragskonzern	366
II. Rechtslage nach dem MoMiG	366
III. Haftungsrisiken des Geschäftsführers	368
1. Faktischer Konzern	368
2. Vertragskonzern	368
IV. Auswirkungen des MoMiG auf die Haftungsrisiken des Geschäftsführers wegen Darlehensrückgewähr	369
1. Faktischer Konzern	369
2. Vertragskonzern	369
V. Fazit	370

Exkurs

Auswirkungen auf die Geschäftsführung im Cash Pooling System	371
§ 12 Grundlagen des Cash Poolings	372
I. Erscheinungsformen	373
1. Virtuelles Cash Pooling	373
2. Physisches Cash Pooling	374
3. Zero Balancing und Conditional Balancing	374
II. Beweggründe	375
1. Zinsoptimierung	375
2. Liquiditätsbündelung	375
3. Nutzung von Synergieeffekten	376
III. Rechtliche Grundlagen	376
1. Konzerninterne Vereinbarungen	377
a) Rahmenvertrag als Geschäftsbesorgung	377
b) Vertragsinhalt	377
2. Konzernexterne Vereinbarungen	379
a) Giroverträge für Ziel- und Quellkonten	379
b) Rahmenvertrag als Geschäftsbesorgung	379
3. Risiken des Cash Poolings	381
a) Verlust finanzieller Unabhängigkeit	381
b) Vergemeinschaftung des Insolvenz- und Bonitätsrisikos	382
c) Haftungsgemeinschaft	383
d) Verstoß gegen Kapitalaufbringungs- oder Kapitalerhaltungsrecht	383

§ 13 GmbH als Darlehensgeberin	384
I. Faktischer Konzern	384
1. (Uneingeschränkte) Übertragbarkeit der kapitalerhaltungsrechtlichen Anforderungen des Einzeldarlehens auf den Cash Pool	385
2. Prüfungspflicht beim Einzeldarlehen und beim Cash Pool	386
3. Anforderungen an den Pflichten- und Haftungsumfang des Geschäftsführers	387
a) Kein originäres Prüfungsrecht des Geschäftsführers	388
b) Umfassendes vertraglich eingeräumtes Prüfungsrecht des Geschäftsführers	389
c) Installation eines Überwachungssystems	389
aa) Vertragliche Verankerung des Überwachungssystems	390
bb) Mögliche Ausgestaltung eines wirksamen Überwachungssystems ..	390
(1) Einbindung konzernaußenstehender Dritter	390
(2) Informationsbeschaffung, -aufarbeitung und -weitergabe	391
(3) Anknüpfung an Bewertungskriterien von Ratingagenturen	392
(4) Anknüpfung an Kennziffern von Financial Covenants	393
II. Vertragskonzern	395
§ 14 GmbH als Darlehensnehmerin	396
I. Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts umfasst auch Cash Pool	396
II. Keine Haftung für Darlehensrückzahlungen nach Kapitalerhaltungsrecht	397
1. Faktischer Konzern	397
2. Vertragskonzern	397
§ 15 Untersuchungsergebnisse zur Geschäftsführung im Cash Pool System	398
I. GmbH als Darlehensgeberin	398
1. Faktischer Konzern	398
2. Vertragskonzern	401
3. Haftungsrisiken des Geschäftsführers	401
II. GmbH als Darlehensnehmer	402
1. Faktischer Konzern	402
2. Vertragskonzern	403
III. Fazit	403
§ 16 Schlussbetrachtung	405
I. Ökonomische und rechtliche Grundlagen der Geschäftsführung im abhängigen GmbH-Konzernunternehmen im Rahmen konzerninterner Darlehen	406
II. Kapitalerhaltungsrechtliche Auswirkungen des MoMiG auf die Vergabe aufsteigender konzerninterner Darlehen	407
1. Rechtslage vor dem MoMiG im faktischen Konzern	407
2. Rechtslage vor dem MoMiG im Vertragskonzern	408
3. Rechtslage im faktischen Konzern nach Inkrafttreten des MoMiG	409

4. Rechtslage im Vertragskonzern nach Inkrafttreten des MoMiG	411
5. Auswirkungen des MoMiG auf die Haftungsrisiken des Geschäftsführers im faktischen Konzern	412
6. Auswirkungen des MoMiG auf die Haftungsrisiken des Geschäftsführers im Vertragskonzern	413
III. Kapitalerhaltungsrechtliche Auswirkungen des MoMiG auf die Rückgewähr absteigender konzerninterner Darlehen	415
1. Rechtslage im faktischen Konzern vor Inkrafttreten des MoMiG	415
2. Haftungsrisiken des Geschäftsführers im faktischen Konzern	415
3. Rechtslage im Vertragskonzern	415
4. Haftungsrisiken des Geschäftsführers im Vertragskonzern	416
5. Rechtslage nach Inkrafttreten des MoMiG	416
6. Auswirkungen des MoMiG auf die Haftungsrisiken des Geschäftsführers im faktischen Konzern	416
7. Auswirkungen des MoMiG auf die Haftungsrisiken des Geschäftsführers im Vertragskonzern	417
IV. Kapitalerhaltungsrechtliche Anforderungen des MoMiG an auf- und absteigende Darlehen im Rahmen des Cash Poolings	417
1. GmbH als Darlehensgeberin im faktischen Konzern	417
2. GmbH als Darlehensgeberin im Vertragskonzern	419
3. Haftungsrisiken des Geschäftsführers	419
4. GmbH als Darlehensnehmerin im faktischen Konzern	420
5. GmbH als Darlehensnehmerin im Vertragskonzern	420
6. Haftungsrisiken des Geschäftsführers	421
Literaturverzeichnis	422
Stichwortverzeichnis	443

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz; Absätze
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
AnfG	Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens
Anh.	Anhang
ArbRB	Der Arbeits-Rechts-Berater (Zeitschrift)
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BC	Zeitschrift für Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling (Zeitschrift)
Bd.	Band
Beck.	Beck'sches; Beck'scher
BeckOK	Beck'scher Online Kommentar
Begr.	Begründung
Beschl.	Beschluss
BetriebskostenV	Verordnung über die Aufstellung von Betriebskosten
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band und Seite)
Bilanzkomm.	Bilanzkommentar
BilMoG	Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (Zeitschrift)
BR-Drucks.	Drucksache des deutschen Bundesrats (Wahlperiode, Nummer und Seite)
BT-Drucks.	Drucksache des deutschen Bundestags (Wahlperiode, Nummer und Seite)
ca.	circa
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf
d.	des
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
Der Konzern	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Bilanzrecht und Rechnungslegung der verbundenen Unternehmen (Zeitschrift)
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DM	Deutsche Mark
DrittelbG	Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)

EBIT	Earnings Before Interest and Taxes
EBITDA	Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization
EFZG	Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGGmbHG	Einführungsgesetz zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
EGHGB	Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
Einl.	Einleitung
Erbbaurecht	Gesetz über das Erbbaurecht
EUR	Euro
f.	folgende (Einzahl)
ff.	folgende (Mehrzahl)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GesetzE	Gesetzesentwurf
GesR	Gesellschaftsrecht; Gesellschaftsrechts
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung; Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
Großkomm.	Großkommentar
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
Hdb.	Handbuch
HeizkostenV	Verordnung über die verbrauchsabhängige Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten
HGB	Handelsgesetzbuch
hrsg.	herausgegeben
IAS	International Accounting Standards
IFRS	International Financial Reporting Standards
InsO	Insolvenzordnung
IntGesR	Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht
IStR	Internationales Steuerrecht (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JW	Juristische Woche
K.	Karsten
Kap.	Kapitel
KapAEG	Gesetz zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Konzerne an Kapitalmärkten und zur Erleichterung der Aufnahme von Gesellschafterdarlehen
KapGesR	Kapitalgesellschaftsrecht
KG	Kammergericht

KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KO	Konkursordnung
Komm.	Kommentar
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht (Zeitschrift)
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
LG	Landgericht
LPartG	Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft
MAH	Münchener Anwaltshandbuch
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
Mio.	Millionen
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
Münch.	Münchener
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht (Zeitschrift)
ÖGesAusG	Gesellschafter-Ausschlussgesetz
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PartGG	Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe
ProdHaftG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte
ProstG	Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift (Zeitschrift)
S.	Satz; Seite
Schlussanh.	Schlussanhang
SpruchG	Gesetz über das gesellschaftsrechtliche Spruchverfahren
StGB	Strafgesetzbuch
Tsd.	Tausend
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge
u.a.	unter anderem
Ubg	Die Unternehmensbesteuerung
UmwandlungsR	Umwandlungsrecht
UmwG	Umwandlungsgesetz
Urt.	Urteil
v.	von; vom
Var.	Variante
VbVG	Gesetz über die Vergütung von Vormündern und Betreuern
VerglO	Vergleichsordnung

VersAusglG	Gesetz über den Versorgungsausgleich
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung; Vorbemerkungen
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift)
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
z.	zum
z. B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht bis 1933: Zentralblatt für Handelsrecht (Zeitschrift)
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (Zeitschrift)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, bis 1982 Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (Zeitschrift)
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung

§ 1 Einleitung

In der Finanz- und Wirtschaftskrise hat die Bonität vieler Konzerne gelitten. Eine effiziente Konzerninnenfinanzierung hat dadurch nicht nur unter betriebswirtschaftlichen Aspekten hinsichtlich der finanziellen Konkurrenzfähigkeit an Bedeutung gewonnen. Die rechtliche Absicherung dieser Finanzierungssysteme stellt insbesondere in insolvenznahen Szenarien eine entscheidende Grundlage dar, um dauerhaft von den konzerninternen Finanzflüssen zu profitieren und bewahrt die Geschäftsführer vor persönlicher Haftung.

Die Darlehensvergabe zwischen Konzerngesellschaften, insbesondere zwischen der Konzernmutter und ihren Konzerntöchtern, stellt einen festen Bestandteil der Konzerninnenfinanzierung dar. Die betriebswirtschaftlichen Vorteile für den Gesamtkonzern kollidieren dabei jedoch traditionell mit den Interessen der Gläubiger (und der Minderheitsgesellschafter) der Konzerngesellschaften. Die entgegenstehenden Interessen treten dabei besonders häufig im Kapitalerhaltungsrecht zutage, so dass es nicht verwundert, dass der Rechtsprechung zur kapitalerhaltungsrechtlichen Zulässigkeit der Darlehensvergabe zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern häufig Konzernsachverhalte zugrunde liegen. Hält man sich darüber hinaus vor Augen, dass fast 50 % der GmbH in einen Konzernverbund integriert sind, verdeutlicht dies die Bedeutsamkeit, welche die kapitalerhaltungsrechtliche Zulässigkeit der konzerninternen Darlehensvergabe zwischen der Konzernmutter und ihren Tochtergesellschaften einnimmt.

Mit steigender Bedeutung des Cash Managements ist auch die konzerninterne Darlehensvergabe mehr und mehr in den Fokus der Finanzierungsoptimierung gerückt. Zur Optimierung der konzernweiten Liquidität wurde dabei insbesondere das Cash Pooling entwickelt. Dies basiert auf einem System der strukturierten konzerninternen Darlehensvergabe, nach dem die konzernweite Liquidität bei einer Konzerngesellschaft gebündelt wird und die übrigen Gesellschaften von dieser lediglich bei Bedarf mit Liquidität ausgestattet werden.

Die wirtschaftliche Praxis entwickelte sich dabei so rasant, dass die Jurisdiktion häufig gläubigerschützend eingreifen musste. Hierzu griff die Rechtsprechung vornehmlich auf das Kapitalerhaltungsrecht zurück. Die gesetzlichen Regelungen waren auf die jüngsten Entwicklungen in der Praxis jedoch nicht zugeschnitten, so dass sich die Rechtsprechung häufig der Rechtsfortbildung bedienen musste.

Für aufsteigende konzerninterne Darlehen verwarf der BGH mit dem November-Urteil¹ die bilanzielle Betrachtungsweise, so dass die Darlehensvergabe fortan kapitalerhaltungsrechtswidrig war, wenn durch den Vermögensabfluss (Darlehensvaluation ohne Berücksichtigung des Rückgewähranspruchs) eine Unterbilanz entstand oder vertieft wurde. Dieses Urteil stieß in der Praxis auf massive Kritik.² Es herrschte insbesondere extreme Unsicherheit darüber, ob das November-Urteil auch Leistungen im Cash Pool erfasse und diesem in der Praxis somit die rechtliche Grundlage entzogen sei.³

Für die Fälle absteigender Darlehen entwickelte der BGH⁴ hingegen die Rechtsfigur des eigenkapitalersetzenden Darlehens, auf welche er die Kapitalerhaltungsvorschriften entsprechend anwendete. Ein eigenkapitalersetzendes Darlehen lag demnach vor, wenn ein Gesellschafter einer konkursreifen GmbH ein Darlehen gewährte, anstatt ihr eine Kapitaleinlage zur Verfügung zu stellen.⁵ Darüber hinaus erweiterte der BGH die Anwendbarkeit und die Voraussetzungen des Eigenkapitalersatzrechts stetig.⁶ Durch das Hinzutreten der Novellenregeln⁷ entwickelte sich eine kaum mehr zu überblickende Rechtslage.⁸ Hieraus erwuchsen den Geschäftsführern enorme Haftungsrisiken, da ihnen die Prüfung des Eigenkapitalersatzcharakters des Darlehens oblag. Dies stieß in der Praxis auf enorme Kritik.⁹

Der aufkommenden Kritik versuchte der Gesetzgeber mit dem MoMiG¹⁰ entgegenzutreten. Hierzu ordnete er ausdrücklich die Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise an und schaffte das Eigenkapitalersatzrecht zugunsten einer in-

¹ BGH Urt. v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = NJW 2004, 1111 – November-Urteil.

² *Cahn*, Der Konzern 2004, 235; 238 ff. *Bähr/Haas*, GmbHR 2004, 304, 305; *Fuhrmann*, NZG 2004, 552; *Schilmar*, DB 2004, 1411; *J. Vetter*, ZGR 2005, 788, 821 ff.; *Wessels*, ZIP 2004, 793, 795.

³ Vgl. *Fuhrmann*, NZG 2004, 552; *Helmreich*, GmbHR 2004, 457, 462; *Altmeyden*, NZG 2010, 361, 362.

⁴ Siehe etwa BGH, Urt. v. 14. 12. 1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258 = NJW 1960, 285; BGH, Urt. v. 29. 11. 1971 – II ZR 121/69 = WM 1972, 74; BGH, Urt. v. 27. 9. 1976 – II ZR 162/75, BGHZ 67, 171 = NJW 1977, 104; BGH, Urt. v. 26. 11. 1979 – II ZR 104/77, BGHZ 75, 334 = NJW 1980, 592; BGH, Urt. v. 24. 3. 1980 – II ZR 213/77, BGHZ 76, 326 = NJW 1980, 1524.

⁵ *Haas/Hossfeld*, in: Gottwald, Hdb. Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2010, § 92, Rn. 358; *Schwaiger*, in: Beck. Hdb. GmbH, § 7, Rn. 1; *Bayer/Graff*, DStR 2006, 1654.

⁶ Siehe etwa BGH, Urt. v. 29. 11. 1971 – II ZR 121/69 = WM 1972, 74 – Deckenputz-Entscheidung; BGH, Urt. v. 27. 9. 1976 – II ZR 162/75, BGHZ 67, 171 = NJW 1977, 104; BGH, Urt. v. 26. 11. 1979 – II ZR 104/77, BGHZ 75, 334 = NJW 1980, 592; BGH, Urt. v. 24. 3. 1980 – II ZR 213/77, BGHZ 76, 326 = NJW 1980, 1524.

⁷ Gesetz zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften, BGBl. I, 836 v. 4. 7. 1980.

⁸ Vgl. etwa *Mayer>Weiler*, in: Beck. Notar-Hdb., 5. Aufl. 2009, 977.

⁹ Vgl. etwa *Niesert/Hohler*, NZI 2009, 345, 346; *Gehrlein*, BB 2011, 5; *ders.*, BB 2008, 846; *Bayer/Graff*, DStR 2006, 1654, 1655.

¹⁰ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, BGBl. I, 2026 v. 23. 10. 2008.

solvenzrechtlichen Neugestaltung vollkommen ab. Dennoch verbleiben auch nach der Reform weitere Unklarheiten, die häufig unmittelbar die Geschäftsführungsmaßnahmen des Geschäftsführers betreffen und somit sein Haftungsrisiko erhöhen.

I. Fragestellung

Die Leistungsbeziehungen zwischen Konzernunternehmen können leicht einen Umfang erreichen, der die wirtschaftlichen Verhältnisse der Geschäftsführer um ein Vielfaches übersteigt, so dass die Haftungsrisiken durchaus existenzbedrohende Ausmaße annehmen können. Diese Unsicherheiten wirken sich letztlich auch auf die Gläubiger aus, da diese das Solvenzrisiko des Geschäftsführers tragen, wenn dieser der Gesellschaft den entstandenen Schaden nicht ersetzen und die Gesellschaft aufgrund dieses Ausfalls ihre Verbindlichkeiten nicht bedienen kann. Eine rechtssichere und klare Grundlage der konzerninternen Darlehensvergabe ist darüber hinaus für die Gesellschafter (die Konzernmutter) von elementarer Bedeutung, da diese für den kapitalerhaltungsrechtswidrigen Leistungsempfang persönlich haften und mit ihren Darlehensforderungen gegen ihre Gesellschaft aufgrund der insolvenzrechtlichen Nachrangigkeit ausfallen können. Letztlich liegt es daher im Interesse aller Beteiligten, dass die kapitalerhaltungsrechtliche Zulässigkeit von konzerninternen Darlehen rechtssicher geregelt und dem Geschäftsführer ein klarer und angemessener Prüfungsrahmen auferlegt wird.

In dieser Arbeit sollen die kapitalerhaltungsrechtlichen Anforderungen an konzerninterne Darlehen erarbeitet werden, die durch das MoMiG normiert worden sind. Hieran anknüpfend wird untersucht, welche Pflichten und Haftungsrisiken aus der Neuregelung für die Geschäftsführer erwachsen. Anschließend werden diese mit den Pflichten und Haftungsrisiken der Geschäftsführer vor dem MoMiG verglichen. Ausgehend hiervon werden die Auswirkungen des MoMiG auf die kapitalerhaltungsrechtlichen Haftungsrisiken beleuchtet und die Neuregelungen bewertet.

Im Wege eines Exkurses wird abschließend der Frage nachgegangen, ob die kapitalerhaltungsrechtlichen Anforderungen an Einzeldarlehen uneingeschränkt auf Leistungen in einem Cash Pool übertragen werden können und welche Auswirkungen die besondere Strukturierung der Darlehensvergabe für die kapitalerhaltungsrechtlichen Prüfungspflichten des Geschäftsführers hat.

Das Ziel der Untersuchung ist es, einen Beitrag zu den kapitalerhaltungsrechtlichen Anforderungen an konzerninterne Darlehen nach dem MoMiG zu leisten und ihre Auswirkungen auf die Pflichten und Haftungsrisiken der Geschäftsführer im abhängigen GmbH-Konzernunternehmen aufzuzeigen.