Recklinghäuser Beiträge zu Recht und Wirtschaft

Fachhochschule Gelsenkirchen

ReWir

Nr. 2/2010

Fachbereich Wirtschaftsrecht

Hrsg. von Prof. Dr. Bernhard Bergmans und Prof. Dr. Ralf-Michael Marquardt ISSN

Auswirkungen des MoMiG auf die Kapitalerhaltung in der GmbH unter besonderer Berücksichtigung des Cash Pooling

Diplom-Wirtschaftsjurist (FH) Henning STEMMER

1. Einleitung

Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) trat am 1.11.2008 in Kraft und hatte weitreichende Auswirkungen auf die Kapitalaufbringung und -erhaltung in der GmbH. Da die Änderungen im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung bereits in zahlreichen Veröffentlichungen dargestellt wurden, beschäftigt sich die folgende Abhandlung mit den Neuregelungen zur Kapitalerhaltung.

Die Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbH-Gesetzes sollen das einmal eingezahlte Stammkapital schützen. Zusammen bilden die Regelungen zur Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung ein *„Kernstück des GmbH-Rechts“*[1]. Erst durch die Gewährleistung der Stammkapitalerhaltung ist auch die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen gerechtfertigt.[2] Die Modifizierung der Kapitalerhaltungsregeln hat enorme Auswirkungen auch auf Konzernfinanzierungsgestaltungen. Vor allem das verbreitete Cash Pooling (bei welchem die Salden auf den Konten der Konzerngesellschaften täglich an ein Zentral-Konto abgeführt und negative Salden auf den Konten dabei vom Zentral-Konto ausgeglichen werden) wurde nach dem „November-Urteil“ des BGH beeinträchtigt und stand damit auf einer nicht gesicherten Grundlage.

Im Folgenden soll dargestellt werden, welche Veränderungen für die Kapitalerhaltung durch das Inkrafttreten des MoMiG resultieren. Dazu wird zuerst ein Überblick über die wichtigsten Kapitalerhaltungsregeln des GmbH-Gesetzes gegeben, um anschließend die alte und die neue Rechtslage gegenüberzustellen. Besondere Bedeutung dieser Abhandlung soll dabei den Auswirkungen auf Konzernfinanzierungen und insbesondere dem Cash Pooling zukommen.

---

1 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 170, Rdn. 1; *Schmolke,* Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 6, Rdn. 1 ff.

2 *Müller / Winkeljohann / Jung / Otto*, Beck´sches Handbuch der GmbH, S. 444, Rdn. 1; *Schmolke*, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 7, Rdn. 2.

2. Das Auszahlungsverbot der §§ 30, 31 GmbHG

2.1 Einleitung

Grundsätzlich besteht für die Gesellschaft nur nach §§ 58 ff GmbHG die Möglichkeit, im Rahmen einer Kapitalherabsetzung dem Gesellschafter teilweise seinen gezahlten Anteil am Stammkapital zurückzuzahlen.[3] Darüber hinaus sollen (insbesondere verdeckte) Rückzahlungen zwecks Erhaltung des Stanmmkapitals unterbunden werden.

Die Kapitalerhaltungsregeln, normiert durch § 30 ff GmbHG, werden streng ausgelegt.[4] *„Auch ihrem Wortlaut nach nicht betroffene Umgehungsgeschäfte werden daher [von § 30 GmbHG] erfasst“*[5]. Es darf weder eine offene noch eine verdeckte Auszahlung des Stammkapitals an Gesellschafter erfolgen. Hierbei steht die Zahlung an Dritte der Zahlung an den Gesellschafter gleich, wenn diese auf Veranlassung des Gesellschafters z. B. an Familienangehörige erfolgt.[6]

Neben dem „Auszahlungs“-Begriff ist zu konkretisieren, ab wann Auszahlungen unterlassen werden sollen. Auszahlungen sind nur dann unzulässig und können gegen § 30 Abs. 1 GmbHG verstoßen, *„wenn das vorhandene Reinvermögen der GmbH die Stammkapitalziffer nicht mehr deckt, oder wenn das Reinvermögen durch die Auszahlung unter die Stammkapitalziffer absinkt.“*[7] Die Höhe des Stammkapitals ist in der Satzung festgelegt und muss im Handelsregister eingetragen werden. Das Reinvermögen einer Gesellschaft wird ermittelt, indem alle Aktiva, aber auch werthaltige Einlageforderungen, um die Verbindlichkeiten einschließlich der Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten, vermindert werden. Es wird also das Nettoaktivvermögen geschützt.[8]

Das Kapitalerhaltungsgebot verpflichtet die Gesellschafterjeedoch nicht dazu, das Gesellschaftsvermögen wieder aufzufüllen, wenn zuvor Auszahlungen nicht gegen das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG verstoßen haben.[9]

2.2 Alte Rechtslage

Die Kapitalerhaltung der §§ 30 ff GmbHG wurde historisch als *„bilanzieller Schutzmechanismus“*[10] angesehen. Die Auszahlung musste unter bilanziellen Vorgaben neutral vollzogen werden, d. h. sie musste durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch substituiert werden. Ein Darlehen an einen Gesellschafter war nur dann zulässig, wenn der Rückgewähranspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter vollwertig war. Es lag dann ein reiner Aktivtausch vor, der eine Vermögensminderung in der Bilanz verhinderte.

Ebenfalls historisch gewachsen war die Ansicht, dass im Falle eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags die Kapitalerhaltungsregeln nicht zur Anwendung kamen. Dieses resultierte aus der analogen Anwendung von aktienrechtlichen Vor-

---

3 *Müller / Winkeljohann / Jung / Otto* , Beck´sches Handbuch der GmbH, S. 444, Rdn. 1.

4 *Müller / Winkeljohann / Jung / Otto*, Beck´sches Handbuch der GmbH, S. 445, Rdn. 3.

5 *Schmolke,* Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 7, Rdn. 2; *Roth / Altmeppen / Roth,* GmbHG ,§ 30, Rdn. 1.

6 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 191, Rdn. 79.

7 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 187, Rdn. 64; auch *Schmolke,* Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 22, Rdn. 46.

8 *Schmolke*, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 25, Rdn. 52.

9 *Schmolke*, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 9, Rdn. 8.

10 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 171, Rdn. 6.

schriften. Da die GmbH einer wenig strengen Kapitalbindung unterliegt, müssen die Suspendierungsvorschriften für die Kapitalerhaltung bei der GmbH erst recht gelten, wenn diese schon bei der AG Anwendung finden.[11] Die überwiegende Literaturauffassung folgte diesem vom BGH dargelegten obiter dictum[12]. Dieser hatte die analoge Anwendung der §§ 291 ff. AktG im GmbH-Vertragskonzern für entsprechend anwendbar erklärt.[13]

Am 24.11.2003 entschied der BGH dann jedoch[14], dass eine Darlehensvergabe aus gebundenem Vermögen unzulässig ist, selbst wenn der Rückgewähranspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter vollwertig sein sollte. Dieses „November-Urteil" führte zu großer Verunsicherung bei Gesellschaftern und Geschäftsführern. Der BGH hatte zwar Kriterien für eine mögliche Ausnahme offen gelegt, aber nicht dazu Stellung genommen, ob überhaupt eine Ausnahme von dem seit diesem Zeitpunkt geltenden strengeren Grundsatz der Kapitalerhaltung zulässig sein sollte.[15] Insgesamt verabschiedete sich der BGH damit von der bis dahin bestehenden bilanziellen Betrachtungsweise.[16] Hauptargument für die Abkehr war die nicht sachgerechte Substituierung liquider Haftungsmasse gegen einen zeitlich hinausgeschobenen schuldrechtlichen Rückgewähranspruch.[17] Der damalige Vorsitzende Richter des II. Senats des BGH, *Wulf Goette*, nahm jedoch zu dem November-Urteil Stellung und relativierte die Aussagekraft erheblich. Danach sollte die Darlehensgewährung nur dann problematisch sein, wenn die GmbH bei Auszahlung bereits eine Unterbilanz aufgewiesen hat.[18] Hiermit wurde im Prinzip schon eine vorsichtige Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise proklamiert. Das IDW hatte sich *Goette* schnell angeschlossen und unterstützte dessen Aussage.[19] Das MoMiG kehrt nun vollständig zu dieser Betrachtungsweise zurück.[20]

2.3 Neue Rechtslage

2.3.1 Überblick

§ 30 GmbHG n.F. stellt wieder darauf ab, ob die Leistung an die Gesellschafter durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gedeckt ist.[21] Durch die Ergänzung des § 30 Abs. 1 GmbHG um den Satz 2, 2. Alt. wird nun explizit darauf hingewiesen, dass zur bilanziellen Betrachtungsweise zurückgekehrt wird. Wird ein Darlehen an einen Gesellschafter gegeben und erhält die Gesellschaft im Gegenzug einen vollwertigen Rückgewähranspruch, so liegt ein reiner Aktivtausch vor, der keine

---

11 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 172, Rdn. 8 f.

12 BGH v. 14.12.1987, II ZR 170/87, BGHZ 103, 1, abgedruckt in: NJW, 1988, S. 1326.

13 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein.*, Hdb. GmbHR, S. 172, Rdn. 8.

14 BGH v. 24. 11. 2003, II ZR 171/01, BGHZ 157, 72, abgedruckt in DStR 2004, S. 427.

15 S. für alle *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 173, Rdn. 12; *Blasche. / König*, GmbHR, 2009, S. 898; *Brocker / Rockstroh*, BB, 2009, S. 730; *Schmolke*, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 38 f., Rdn. 91; *Reidenbach*, WM, 2004, S. 1423 f.

16 *Eusani, G.*, GmbHR, 2009, S. 795; *Brocker / Rockstroh*, BB, 2009, S. 730; *Blasche / König*, GmbHR, 2009, S. 897 f.

17 *Reidenbach*, WM, 2004, S. 1422; *Winter*, DStR, 2007, S. 1486; *Birle. / Diehl*, Praxishandbuch der GmbH, S. 221, Rdn. 1521.

18 *Goette,* DStR 2006, S. 768.

19 HFA Verlautbarung, FN-IDW Nr. 8/2006, S. 546.

20 S. für alle *Birle / Diehl*, Praxishandbuch der GmbH, S. 221, Rdn. 1521.

21 S. § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG.

Vermögensminderung nach sich zieht. Damit wird das bis zum Novemberurteil praktizierte Recht gesetzlich normiert.[22]

Nach § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG darf also das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden. Betrachtet man aber die Situation im Cash Pool, so wird man feststellen, dass es nicht unbedingt dem Sinn und Zweck eines solchen Cash Managements entspricht, der jeweiligen Gesellschaft die liquiden Mittel in Höhe ihres Stammkapitals zu belassen.[23] Denn es kann und wird in der Regel auch auf die Stammkapitalvermögen der Untergesellschaften zugegriffen. Würde nun keine Ausnahmeregelung bestehen, so wäre jede Zahlung einer Untergesellschaft an die Betreibergesellschaft nach § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbH zu beurteilen und wäre somit dann als verbotene Rückzahlung der Einlage zu qualifizieren. Das Darlehen müsste folglich sofort zurückgezahlt werden.[24] Dieses würde tatsächlich das Cash Pooling hemmen und eine ökonomisch sinnvolle Konzernfinanzierung verhindern. Das November-Urteil behandelte nicht explizit einen Fall des Cash Pooling. Dennoch bestand Einigkeit darüber, dass kein Sonderrecht für Cash Pools bestehen könne. Auch hier seien die grundsätzlichen Aussagen des BGH und folglich auch die Entschärfungen von Prof. *Wulf Goette* anzuwenden.[25] Also konnte auch hier eine Auszahlung – Darlehensvergabe - an Gesellschafter erfolgen, solange keine Unterbilanz bei der Gesellschaft bestand. Auch musste der Rückgewähranspruch der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter vollwertig sein. Dieses führte zwar zu einer tatsächlichen Entschärfung, war jedoch bis dato noch nicht geschriebenes Gesetz und wurde erst jetzt mit dem MoMiG kodifiziert.[26]

2.3.2 Auszahlung

Ein Verstoß gegen das Kapitalerhaltungsgebot gem. § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG liegt nur vor, wenn eine Auszahlung erfolgt und dadurch das Vermögen der Gesellschaft geschmälert wird. Eine Auszahlung ist nicht nur eine tatsächlich in Geld bestehende Leistung, sondern geht weit darüber hinaus.[27] Mit dem Begriff „Auszahlung“ ist jede Art der dauerhaften Vermögensminderung oder auch nur der vorübergehenden Vermögensbeeinträchtigung erfasst. Bei Austauschverhältnissen kann es somit zu einer Auszahlung kommen, wenn eine nicht marktgerechte Gegenleistung erbracht wird.

i) Leistungen aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses

Hierunter zu subsumieren sind vor allem Leistungen, die auf dem Gewinnbezugsrecht basieren. Es wurden in diesem Zusammenhang bereits Leistungen auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses (z.B. bei Gewinnausschüttungen, Vorabausschüttungen, verdeckten Gewinnausschüttungen, Abfindungen, Entnahmerechten) angenommen. Diese Leistungen können demnach Auszahlungen gem. § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG sein.[28]

---

22 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 175; *Mülbert / Leuschner*, NZG 2009, S. 282.

23 *Bormann / Urlichs*, DStR 2009, S. 643.

24 *Bäuml*, GmbHR, 2009, S. 633; *Bäuml*, StuB 2009, S. 638.

25 *Wolf,* BBK 2009, S. 551, m.w.N..

26 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 216 f., Rdn. 197.

27 H*eckschen / Heidinger / Heidinger,* Die GmbH, S. 596 f., Rdn. 4 ff.; *Römermann / Schröder*, MAH GmbH-Recht, S. 361, Rdn. 7.

28 *Römermann / Schröder*, MAH GmbH-Recht, S. 362, Rdn. 11 f.

ii) Drittgeschäfte

Bei Drittgeschäften mit Gesellschaftern liegt keine Auszahlung vor, wenn bei derartigen Geschäften Leistung und Gegenleistung gleichwertig sind. Ein Drittvergleich, also die Prüfung, ob auch die Leistung von einem Dritten zu gleichen Konditionen zu erlangen gewesen wäre, ist hier zwingend notwendig.[29] Eine Auszahlung liegt demnach z.B. bei der Zahlung überhöhter Bezüge für den Gesellschafter-Geschäftsführer, bei Zahlung überhöhter Pachtzinsen und bei unentgeltlicher Überlassung von Personal vor.

Sonstige Drittgeschäfte (Leistungen an Nicht-Gesellschafter) stellen nur dann eine Auszahlung gem. § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG dar, wenn die Leistung dem Gesellschafter zuzurechnen ist, entweder also eine mittelbare Leistung an den Gesellschafter erfolgt oder der Dritte in einem engen persönlichen oder wirtschaftlichen Näheverhältnis steht.[30]

iii) Begründung einer Verbindlichkeit

Die Auszahlung kann grundsätzlich erst mit der Erfüllung einer Verbindlichkeit bejaht werden. Die Eingehung einer Verbindlichkeit selbst stellt noch keine Auszahlung im Sinne des § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG dar. Sollte jedoch von Anfang an deutlich erkennbar sein, dass durch die Erfüllung der Gesellschaft ein Verlust entstehen würde, so muss bereits mit Eingehung der Verbindlichkeit eine Auszahlung angenommen werden.[31]

iv) Bestellung von Sicherheiten

Mit Einführung des MoMiG änderte sich auch die Behandlung der „aufsteigenden" Sicherheiten (upstream securities oder auch upstream guarantees). Hierbei stellt die GmbH für eine Verbindlichkeit ihres Gesellschafters eine Sicherheit.[32] Diese Sicherheitenstellung kann als Auszahlung im Sinne von § 30 Abs. 1 GmbHG zu qualifizieren sein und damit gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften verstoßen, wenn bei Entstehung der Verbindlichkeit noch nicht klar ist, ob tatsächlich ein Vermögensabfluss stattfinden wird.[33]

Diese upstream securities spielen auch im Rahmen von Cash Pool-Systemen eine Rolle.[34] Ob ein Verstoß gegen das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG vorliegt, ist nicht von der Art der Sicherheit abhängig. Sowohl dingliche, als auch schuldrechtliche Sicherheiten sind hiervon betroffen.[35] Fraglich bei solchen Sicherhei-

---

[29] *Schmolke,* Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 60, Rdn. 146.

[30] *Römermann / Schröder*, MAH GmbH-Recht, S. 362 f., Rdn. 13 ff.; *Schmolke,* Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 50 ff., Rdn. 119 ff.

[31] *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 186, Rdn. 58; *Römermann / Schröder*, MAH GmbH-Recht, S. 364 , Rdn. 21; a.A. *Schmolke*, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 58, Rdn. 140.

[32] S. für alle *Kollmorgen / Santelmann / Weiß*, BB 2009, S. 1818.

[33] *Müller / Winkeljohann / Jung / Otto*, Beck´sches Handbuch der GmbH, S. 455, Rdn. 28; *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 332, Rdn. 5.76a; *Schmolke*, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 43, Rdn. 101; *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 219 f., Rdn. 214 ff.; *Komo*, GmbHR, 2010, S. 231; *Winter*, DStR 2007, S. 1488; *Kollmorgen / Santelmann / Weiß*, BB 2009, S. 1818, m.w.N. (Fn. 3); *Heckschen / Heidinger / Heidinger*, Die GmbH, S. 608, Rdn. 46.

[34] Andere praxisrelevante Anwendungsfälle sind z. B. die Akquisitions- oder Projektfinanzierung und auch die in den letzten Jahren häufig verwendete „leveraged buy out-Methode": *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 219, Rdn. 214; *Schmolke*, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 43, Rdn. 101; *Halberkamp / Blunk*, Zu den Auswirkungen des MoMiG auf die Upstreamfinanzierung im Konzern, 2008, S. 2 f.

[35] *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 219, Rdn. 215.

ten ist, ob schon die Bestellung der Sicherheit eine Auszahlung darstellt.[36] Entscheidend ist somit der relevante Zeitpunkt für die eventuelle Qualifizierung als Auszahlung.[37]

Die h. M. hatte vor der November-Entscheidung des BGH eine Auszahlung erst dann angenommen, wenn die gestellte Sicherheit tatsächlich verwertet wurde oder verwertet werden sollte oder aber bei Bestellung der Sicherheit schon mit einer Inanspruchnahme sicher zu rechnen war.[38] Diese Sicht verfolgte die rein bilanzielle Sichtweise. Eine Sicherheit ist im Vorfeld, also bei Bestellung und unter der Prämisse, dass die Sicherheit nicht verwertet wird, unter der Bilanz auszuweisen, hat aber keine direkten Auswirkungen auf die Bilanz (§§ 251, 268 Abs. 7 HGB).[39] Die Gegenmeinung[40] nahm eine Auszahlung bereits bei Bestellung einer Sicherheit an. Sollte also eine Sicherheit bestellt werden, durfte dafür nicht auf das gebundene Vermögen zurückgegriffen werden. Im Zuge des November-Urteils erfuhr die Gegenmeinung Unterstützung durch den BGH, der herausstellte, dass selbst in dem Fall eines vollwertigen Rückgriffsanspruch der GmbH gegen die Gesellschaft, für die die Sicherheit bestellt wurde, bereits in der Bestellung der Sicherheit eine Auszahlung und damit ein Verstoß gegen das Kapitalerhaltungsgebot des § 30 Abs. 1 GmbHG vorliege.[41] Mit dem MoMiG kehrte der Gesetzgeber jedoch wieder ganzheitlich zur bilanziellen Betrachtungsweise zurück.

Die grundsätzliche Streitfrage des relevanten Zeitpunktes wurde durch das MoMiG nicht geklärt.[42] Aufgrund von Entscheidungen[43], die der BGH nach dem November-Urteil traf, sollte jedoch der vor dem November-Urteil h. M. gefolgt werden.[44] Hiernach liegt nur eine Auszahlung im Sinne von § 30 Abs. 1 GmbHG vor, wenn die Sicherheit tatsächlich verwertet wird, oder die Inanspruchnahme der Sicherheit bei Bestellung schon sicher ist.[45] Die hier genannte Auszahlung ist jedoch auch ausnahmsweise erlaubt, wenn eine der Ausnahmen aus § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG greift. *„Hat die Gesellschaft die Sicherheit zugunsten des Gesellschafters für einen – einem Gesellschafter nicht gleichzustellenden – Dritten als Sicherungsnehmer bestellt, liegt in entsprechender Anwendung des Abs. 1 S. 2 2. Alt. auch bei Verwendung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens für die Sicherheitenbestellung keine nach Abs. 1 S. 1 verbotene Auszahlung vor, wenn der Gesellschaft zur Kompensation des Ausfallrisikos ein – im Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung – bilanziell vollwertiger Freistellungs- oder Rückgriffsanspruch gegen den Gesellschafter zusteht,*

---

36 *Winter*, DStR 2007, S. 1488; *Schmolke.*, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 43, Rdn. 102; *Kiefner. /Theusinger,* NZG 2008, S. 804 ff.; *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein.*, Hdb. GmbHR, S. 221, Rdn. 221 ff., m.w.N. (Fn. 307).

37 S. für alle *Komo*, GmbHR 2010, S. 232 ff.

38 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein.*, Hdb. GmbHR, S. 221, Rdn. 222; *Winter*, DStR 2007, S. 1488; *Schmolke*, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 44, Rdn. 102; m.w.N., (Fn. 360); *Komo*, GmbHR 2010, S. 232 ff.

39 *Meyer*, Bilanzierung nach Handels- und Steuerrecht, S. 123.

40 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 221, Rdn. 222; *Schmolke*, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 44, Rdn. 102; m.w.N., (Fn. 361).

41 S. BGH v. 24. 11. 2003, II ZR 171/01, BGHZ 157, 72, abgedruckt in DStR 2004, S. 427; *Tillmann*, NZG 2008, S. 401 & 402.

42 *Winter*, DStR 2007, S. 1488.

43 S. BGH v. 18. 6. 2007, II ZR 86/06, abgedruckt in NZG 2007, S. 704 ff.

44 S. für alle *Altmeppen*, ZIP, 2009 [Upstream Loans], S. 52; a. A. *Kollmorgen / Santelmann / Weiß*, BB, 2009, S. 1819, m. w. N. (Fn. 10) diese sehen in der Ansicht, dass schon die Bestellung der Sicherheit als entscheidender Zeitpunkt für die Qualifizierung als Auszahlung gilt, die h. M..

45 *Tillmann*, NZG 2008, S. 404.

so dass bei Inanspruchnahme der Sicherheit lediglich ein Aktivtausch vorläge.“[46] Der Gesetzgeber hatte hier besonders die Problematik der „special purpose vehicle“[47] („SPV“) im Auge. Auch hier muss die Vollwertigkeit im Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung vorliegen. Eine spätere Verschlechterung schadet auch hier nicht.

Fraglich bleibt auch, ob dem Sicherungsgeber eine Risikovergütung zusteht und gezahlt werden muss. Teilweise wird mit Bezug auf das Deckungsgebot eine solche Vergütung gefordert.[48] Sollte die Verwertung der gestellten Sicherheit tatsächlich erfolgen und würde die Erfüllung dieser gestellten Sicherheit zu einem Verstoß gegen das Auszahlungsverbot nach § 30 Abs. 1 GmbHG führen, so muss die GmbH zunächst ein Leistungsverweigerungsrecht geltend machen.[49] Sollte die Sicherheit für den Gesellschafter selbst gestellt worden sein, sollte die Durchsetzung des Leistungsverweigerungsrechts kein Problem darstellen.[50] Jedoch wird die Durchsetzung dieser Verweigerung gegenüber einem Dritten, der nicht kollusiv mit dem Gesellschafter zusammengewirkt hat, nicht möglich sein.[51] Wird trotz des angezeigten Leistungsverweigerungsrechts die Sicherheit verwertet, kann die GmbH zuerst Rückgriff bei dem Gesellschafter nehmen, zu dessen Gunsten die Sicherheit bestellt worden war.[52] Tritt tatsächlich der Fall ein, dass durch Verwertung der Sicherheit das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG betroffen ist, so ist der entsprechende Gesellschafter auch gem. § 31 GmbHG zur Erstattung verpflichtet. Ist jedoch der Rückgriffsanspruch gegen den Gesellschafter vollwertig, so liegt ein Aktivtausch vor und folglich ist kein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG gegeben. Die GmbH kann dann in vollem Umfang, also in Höhe der Inanspruchnahme, Rückgewähr vom Gesellschafter verlangen.[53]

Wird die von der GmbH bestellte Sicherheit in Anspruch genommen, ist der Gesellschaftervermutlich nicht mehr liquide. Folglich ist dann wohl auch der Erstattungsanspruch, der zustande kommt, wenn die Sicherheit doch verwertet wird und damit gegen das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG verstoßen wird, nicht mehr vollwertig. Der Vermögensabfluss durch Verwertung der Sicherheit kann dann nicht mehr durch einen Rückgriff beim Gesellschafter kompensiert werden. Hier kann ein vertragliches Vollstreckungsverbot („limitation language“) Abhilfe schaffen[54]. Der Kreditgeber verpflichtet sich darin, von der Verwertung der Sicherheit abzusehen,

---

46 *Schmolke, K. U.*, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 45, Rdn. 105.

47 D. h. eine mit geringen Mitteln ausgestattete Erwerbsgesellschaft.

48 *Eusani, G.*, GmbHR, 2009, S. 799; *Winter, M.*, DStR, 2007, S. 1488; wohl auch *Altmeppen, H.*, ZIP, 2009 [Upstream Loans], S. 52; *Halberkamp, T. / Blunk, A.*, Zu den Auswirkungen des MoMiG auf die Upstreamfinanzierung im Konzern, 2008, S. 2.

49 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein, F.*, Hdb. GmbHR, S. 222, Rdn. 227; *Müller / Winkeljohann / Jung, B. / Otto, S.J.*, Beck´sches Handbuch der GmbH, S. 460, Rdn. 40.

50 *Hueck, G. / Fastrich, L.*, in *Baumbach / Hueck* (Hrsg.), GmbH-Gesetz, § 30 Kapitalerhaltung, Rdn. 28; *Roth / Altmeppen / Roth, G.*, GmbHG ,§ 30 Kapitalerhaltung, Rdn. 102.

51 BGH v. 19. 3. 1998, IX ZR 22/97, BGHZ 138, 291, abgedruckt in NZG 1998, S. 427; *Hueck, G. / Fastrich, L.*, in *Baumbach / Hueck* (Hrsg.), GmbH-Gesetz, § 30 Kapitalerhaltung, Rdn. 28; *Roth / Altmeppen / Roth, G.*, GmbHG, § 30 Kapitalerhaltung, Rdn. 103.

52 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 223, Rdn. 230.

53 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 223, Rdn. 231; *Komo, D.*, GmbHR, 2010, S. 231 ff.

54 S. für alle *Kollmorgen / Santelmann / Weiß*, BB 2009, S. 1821; *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein, F.*, Hdb. GmbHR, S. 223, Rdn. 232 f.

wenn diese Verwertung bei der GmbH zu einem Verstoß gegen das Auszahlungsverbot des § 30 Abs.1 GmbHG führen würde.[55]

2.3.3 Ausnahmen

In bestimmten Ausnahmefällen greift das Auszahlungsverbot nicht:

2.3.3.1 Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag

Um das Auszahlungsverbot an einen Gesellschafter zu vermeiden reicht das Vorliegen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag aus. Das Gesetz stellt nur auf das Bestehen eines solchen Vertrages ab, nicht jedoch darauf, dass die Leistung aufgrund dieses Vertrages erfolgt.[56] Im Gesetzgebungsverfahren standen verschiedene Optionen zur Diskussion. Letztendlich hat sich der Gesetzgeber für die Formulierung *„bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag"* entschieden.[57] Durch diese Wortwahl ist nun auch klar, dass der Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag nicht unbedingt mit der Betreibergesellschaft bestehen muss.[58] Durch die Einfügung dieser Ausnahme ins Gesetz wird die bislang vorherrschende Meinung, die die entsprechenden Regelungen für die AG analog anwendete, kodifiziert.[59]

Beherrschungs- oder Gewinnabführungsverträge sind in § 291 Abs. 1 Satz 1 AktG legaldefiniert.[60] Der Vertrag muss wirksam zustande gekommen sein und für die beherrschte GmbH im Handelsregister eingetragen werden. Ob die Eintragung auch bei der herrschenden GmbH erfolgen kann, ist umstritten.[61] Solche Konstellationen kommen jedoch tatsächlich nur im Vertrags-Konzern vor. Normalerweise beinhaltet ein solcher Vertrag Verlustausgleichspflichten u.ä..[62]

Ganz ohne Schwierigkeiten kommt jedoch auch diese Ausnahme nicht aus. Sollten Anzeichen dafür bestehen, dass die herrschende Gesellschaft einen möglichen Verlust der beherrschten Gesellschaft nicht ausgleichen kann und wird dieses schon zum Auszahlungszeitpunkt erkennbar, so sollte der auszahlende Geschäftsführer der beherrschten Gesellschaft besondere Vorsicht walten lassen. Auch ist an eine dauerende Überwachung zu denken, damit im Falle einer offensichtlichen Verschlechterung der Finanzlage der herrschenden Gesellschaft das Darlehen frühzeitig zurückgefordert werden kann.[63] Leistungen, die vom beherrschten Unternehmen auf Veranlassung des herrschenden Unternehmens getätigt werden, fallen ebenso unter den Anwendungsbereich.[64] *„Ganz anders verhält es sich demgegenüber bei Cash Pooling-Systemen innerhalb von faktischen Konzernen, d. h. abhängigen Gesellschaf-*

---

55 *Tillmann,* NZG 2008, S. 403, mit Fn. 33; *Halberkamp / Blunk,* Zu den Auswirkungen des MoMiG auf die Upstreamfinanzierung im Konzern, 2008, S. 3; ausführlich dazu *Diem,* Akquisitionsfinanzierungen, S. 213, Rn. 78 ff.; *Kollmorgen / Santelmann / Weiß*, BB 2009, S. 1821; *Komo,* GmbHR 2010, S. 234 ff.

56 *Schmolke, K. U.*, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 70, Rdn. 170.

57 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 218, Rdn. 205.

58 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 196, Rdn. 103.

59 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 195, Rdn. 94; *Schmolke,* Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 68 f., Rdn. 166 f.

60 S. § 291 AktG; § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG verweist ebenfalls explizit auf § 291 AktG.

61 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 196, Rdn. 103.

62 *Rohde / Schmidt*, NWB 2008 S. 3788; *Bäuml*, GmbHR 2009, S. 634.

63 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 196, Rdn. 102.

64 *Schmolke*, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 71, Rdn. 172; Vgl. *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 190 f., Rdn. 76 ff.; *Birle / Diehl*, Praxishandbuch der GmbH, S. 226, Rdn. 1560.

ten, die nicht durch einen Beherrschungsvertrag inklusive Verlustübernahmeverpflichtung mit dem herrschenden Unternehmen verbunden sind.“[65] Hier fehlt es an einem Beherrschungsvertrag und somit bleiben grundsätzlich die allgemeinen Kapitalerhaltungsregeln erhalten.

2.3.3.2 Vollwertiger Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch

i) Allgemeines

Ebenfalls suspendiert werden die Kapitalerhaltungsregeln, wenn die GmbH einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch erhält (§ 30 Abs. 1 Satz 2., 2. Alt. GmbHG). Ob der Anspruch vollwertig ist, bestimmt sich nach den allgemeinen Bilanzierungsgrundsätzen.[66]

Ein Gegenleistungsanspruch kommt dann zustande, wenn die Gesellschaft mit dem Gesellschafter Geschäfte betreibt und in diesem Zuge ein Liquidationsverlust bei der GmbH vorliegt, der aber durch einen Gegenleistungsanspruch gedeckt ist. Es reicht nicht aus, dass sich ein von der GmbH gelieferter Gegenstand und der dann erhaltene Gegenleistungsanspruch entsprechen. Denn wenn der Gesellschafter nicht solvent ist, muss eine sofortige Abschreibung auf die Forderung erfolgen.[67]

Der Rückgewähranspruch spielt in diesem Kontext eine größere Rolle. Die Literatur behandelt die Gegenleistungsansprüche nicht explizit, wendet sich aber den Rückgewähransprüchen umso ausführlicher zu. Die Gegenleistungsansprüche sind jedoch vom Deckungsgebot umfasst. [68] Das Deckungsgebot zielt nämlich darauf ab, die Marktwerte anzusetzen und verbietet es, geringere Buch- oder Abschreibungswerte in der Bilanz auszuweisen.[69]

Sowohl der Rückgewähranspruch, als auch der Gegenleistungsanspruch müssen, wie der Wortlaut des Gesetzes ausgibt, vollwertig sein. Ob jedoch auch bei der Kapitalerhaltung das Alles-oder-Nichts-Prinzip gilt, also die Vollwertigkeit nur gegeben ist, wenn der Anspruch tatsächlich 100%ig vollwertig ist, ist in der Literatur nicht eindeutig geklärt.[70] Neben der Vollwertigkeit des Anspruches muss, wie die Gesetzesbegründung deutlich macht, auch das Deckungsgebot beachtet werden.[71] Hierdurch soll gewährleistet werden, dass der Anspruch dem Marktwert und nicht geringeren

---

65 *Rohde / Schmidt*, NWB 2008, S. 3789.

66 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 198, Rdn. 112; *Schmolke,* Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 40, Rdn. 96; *Brocker / Rockstroh*, BB,2009, S. 731.

67 *Birle / Diehl*, Praxishandbuch der GmbH, S. 227, Rdn. 1561; hierzu auch *Kallmeyer*, DB 2007, S. 2757.

68 S. *Birle / Diehl*, Praxishandbuch der GmbH, S. 227, Rdn. 1561; *Schmolke*, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 40, Rdn. 95 f.; *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 198 f., Rdn. 112 ff.; *Müller / Winkeljohann / Vogt*, Beck´sches Handbuch der GmbH, S. 1443 f., Rdn. 321; *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 531, Rdn. 5.76a; *Blasche / König*, GmbHR 2009, S. 899; *Bäuml* , StuB 2009, S. 638; *Wilhelmi*, WM 2009, S. 1922; *Wolf,* BBK 2009, S. 551; *Hirte,* WM 2008, S. 1430; *Bode / Herzing,* BRZ 2009, S. 230; *Kallmeyer*, DB 2007, S. 2757; schon früher *Goette,* Die GmbH, S. 75 f., Rdn. 30 ff.; *Morsch*, NZG 2003, S. 104.

69 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 199, Rdn. 114; *Müller / Winkeljohann / Vogt*, Beck´sches Handbuch der GmbH, S. 1443 f., Rdn. 321.

70 Für die vergleichbare Behandlung des Vollwertigkeitskriteriums bei Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 198, Rdn. 112; wohl zustimmend *Rohde / Schmidt*, NWB 2008 S. 3791; a. A. *Wilhelmi*, WM 2009, S. 1922; *Wirsch*, Der Konzern 2009, S. 444.

71 S. Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 25.5.2007, BR-Drucks 354/07, S. 94.

Abschreibungswerten oder Buchwerten entsprechen muss.[72] Entscheidender Zeitpunkt für die Bestimmung der Vollwertigkeit und Deckung des Anspruches ist der Zeitpunkt der Auszahlung oder bei einem Gegenleistungsanspruch der Zeitpunkt der Übertragung des Vermögensgegenstandes.[73] Ändert sich an der Vollwertigkeit nach der Auszahlung etwas und war dies bei Auszahlung noch nicht abzusehen, so führt dies nachträglich nicht zu einer unerlaubten Auszahlung. Den Geschäftsführern kommt allerdings hier eine Überwachungsfunktion zu. Unterlassen sie die Einforderung des Darlehens, obwohl sich die Lage der Schuldnerin verschlechtert, so können Haftungsrisiken auf sie zukommen.[74]

Auch bei der Kapitalerhaltung ist im Rahmen der Vollwertigkeit[75] eines Anspruches die Verzinsung zu betrachten. Eine herrschende Meinung bzgl. dieser Problematik ist nicht zu erkennen, da sowohl für die Verzinsungspflicht[76], als auch gegen diese Pflicht[77] entsprechend viele Meinungen in der Literatur existieren. Am 1.12.2008 hatte der BGH in einem Urteil darauf hingewiesen, dass zumindest im Falle länger- bzw. langfristig gewährter Kredite eine angemessene Verzinsung erforderlich sei.[78] Zwar betraf der BGH-Fall einen Sachverhalt mit Kontakt zum Recht der Aktiengesellschaft, aber aufgrund des gleichen Wortlautes in § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG und § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG ist eine direkte Übernahme der vorzufindenden Ausführungen möglich.[79]

Diejenige Meinung, die eine Verzinsung als obligatorisch ansieht, stellt darauf ab, dass der Anspruch nur dann als vollwertig in der Bilanz ausgewiesen werden kann, wenn dieser auch mit dem Nennwert anzusetzen ist. Fehlt aber die Abzinsung, so ist ein voller Ansatz nicht möglich. Außerdem soll dieser Meinung nach auch der Drittvergleich weiterhin anzuwenden sein. Hierdurch müssten dann auch Konditionen für die Darlehen zugrunde liegen, die einem Dritten gegenüber gelten würden.

Die andere Meinung sieht in der Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise nicht nur eine Rückkehr, sondern eine Veränderung. Der Gesetzgeber wolle eben nicht mehr den Drittvergleich fordern.

Letztendlich ist aber wohl der Meinung zuzustimmen, die die Verzinsungspflicht befürwortet. Dementsprechend sind Darlehen, die an einen Gesellschafter gegeben

---

72 S. Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 25.5.2007, BR-Drucks 354/07, S. 94; *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 199, Rdn. 114; *Schmolke,* Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 37, Rdn. 89; *Wolf,* BBK 2008, S. 1018; *Kiefner /Theusinger,* NZG 2008, S. 804; *Winter*, DStR 2007, S. 1486; *Rohde / Schmidt*, NWB 2008 S. 3790.

73 Hierzu s. *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein,* Hdb. GmbHR, S. 199, Rdn. 118; *Bode / Herzing*, BRZ 2009, S. 230; *Bäuml*, StuB 2009, S. 638; *Schmolke*, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 41, Rdn. 97; *Müller / Winkeljohann / Vogt*, Beck´sches Handbuch der GmbH, S. 1443, Rdn. 321.

74 *Schmolke*, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 41, Rdn. 97.

75 *Brocker / Rockstroh*, BB 2009, S. 732 f.

76 *Eusani*, GmbHR 2009, S. 795 ff.; *Rotte*, NWB 2008, S. 3779; *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 331, Rdn. 5.76a; *Wilhelmi,* WM 2009, S. 1917 ff.; *Wirsch,* Der Konzern 2009, S. 450; *Brocker / Rockstroh*, BB 2009, S. 731 ff.; *Kiefner /Theusinger,* NZG 2008, S. 804; *Schmolke*, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 41, Rdn. 97 jedoch grds. die Verzinsung wie auch den Drittvergleich im Rahmen der § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG ablehnend und nur aus bilanziellen Gesichtspunkten zustimmend; Der Verzinsungspflicht zustimmen *Winter,* DStR 2007, S. 1487 f.

77 *Bäuml,* GmbHR 2009, S. 633 f.; *Blasche / König*, GmbHR 2009, S. 899 f.; Altmeppen, ZIP 2009, S. 55; *Drygala / Kremer*, ZIP 2007, S. 1289; *Rohde / Schmidt*, NWB 2008 S. 3784.

78 BGH v. 1.12.2008, II ZR 102/07, u. a. abgedruckt in DStR 2009, S. 234.

79 *Brocker / Rockstroh*, BB 2009, S. 731; siehe eben auch § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG und § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG.

werden, mit einer Verzinsungspflicht zu versehen, damit auch dem Unternehmen, welches das Darlehen gewährt, kein Nachteil durch Zinsverluste entsteht.

Ähnlich gestaltet sich auch die Problematik der Besicherung von an Gesellschafter gegebenen Darlehen. Hier ist eine Lösung einfacher zu finden: Ist die Bonität des Gesellschafters, der das Darlehen erhält, nicht zweifelhaft, so muss auch keine Abwertung des Rückgewähranspruches stattfinden. Ist die Bonität zweifelhaft, kann eine bestehende Sicherheit über diesen Mangel hinweghelfen und die Forderung trotz allem vollwertig sein und angesetzt werden. Auch kann durch die Besicherung der erforderliche Zinssatz verringert werden.[80] Eine Besicherung ist somit nur teilweise notwendig und sinnvoll.

ii) Anwendung auf Cash Pooling

Die Regelung des § 30 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt GmbHG hat vor allem Auswirkungen auf das Cash Pooling.

Mit der Einführung des MoMiG und dem Satz 2 in Abs. 1 des § 30 GmbHG wurde nun eine gesetzliche Normierung der „Besserstellung“ des Cash Pooling realisiert. Die Kapitalerhaltungsregeln aus § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG sind nicht anzuwenden, wenn ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag vorliegt oder aber der Rückzahlungsanspruch vollwertig ist. Beim Cash Pool ist jedoch der ersten Alternative des § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG kaum Bedeutung zuzuerkennen, da stets auf die Vollwertigkeit des Rückgewähranspruches abzustellen ist.[81] Hatte *Goette*[82] nach dem November-Urteil noch darauf verwiesen, dass eine Auszahlung nur dann verboten wäre, wenn die auszahlende Gesellschaft bereits eine Unterbilanz aufweist, so ist dieses im Rahmen der neuen Regelung nicht mehr einschlägig. Ist der Rückgewähranspruch vollwertig, so kann sogar eine Auszahlung erfolgen, wenn bereits eine Unterbilanz vorliegt.[83] Die Vollwertigkeit des Rückgewähranspruches wird zwar zum Zeitpunkt der Auszahlung bewertet. Im Cash Pool ist der Moment des Ausgleiches des Unterkontos der entscheidende Zeitpunkt; jedoch hat der Geschäftsführer der am Cash Pool teilnehmenden GmbH fortwährend die Werthaltigkeit des Rückforderungsanspruches gegen den Cash Pool zu überwachen. Hier kann sogar die Einrichtung eines Frühwarnsystems erforderlich werden. Hierdurch sollen dem Darlehensgeber kurzfristige Kündigungsmöglichkeiten und weitreichende Informationsrechte zugerechnet werden. Sollte ein Darlehen trotz Bonitätsverschlechterung des Darlehensnehmers bestehen bleiben oder verlängert werden, kann dies zu einer nachträglich verbotenen Auszahlung und zu Haftungsrisiken für die Geschäftsführer führen.[84] Sollte es klare Anzeichen dafür geben, dass die Betreibergesellschaft Liquiditätsanfragen der Konzerngesellschaft nicht mehr befriedigen kann, so darf der Geschäftsführer keine

---

80 *Wirsch,* Der Konzern 2009, S. 447 f.; *Blasche / König*, GmbHR 2009, S. 900; *Rohde / Schmidt,* NWB 2008 S. 3785.

81 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ulrich,* Hdb. GmbHR, S. 585, Rdn. 83; *Schmolke,* Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 42, Rdn. 100.

82 Anm. *Goette* zu BGH Urteil vom 16.1.2006, II ZR 76/04, DStR, 2006, S. 768; auch schon früher *Goette,* Die GmbH, S. 69, Rdn. 17.

83 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 218, Rdn. 206; *Winter*, DStR 2007, S. 1491; Winter übernehmend *Hein / Suchan / Geeb,* DStR 2008, S. 2292.

84 *Müller / Winkeljohann / Vogt*, Beck´sches Handbuch der GmbH, S. 1444, Rdn. 322; *Schmolke,* Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 43, Rdn. 100; *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 218, Rdn. 207; *Wolf,* BBK,2009, S. 551; *Bäuml*, GmbHR 2009, S. 633; *Bäuml,*, StuB 2009, S. 638; *Rohde / Schmidt,* NWB 2008 S. 3790.

weiteren Zahlungen in den Cash Pool abführen. Er muss, falls nichts anderes möglich ist, seine GmbH aus dem Cash Pool-Verbund herauslösen.[85]

Die hier getroffenen Aussagen finden jedoch nur auf die Situation Anwendung, in der die Untergesellschaft liquide Mittel an den Cash Pool abführt, es sich also um Upstream Loans handelt.[86]

Nehmen jedoch die Untergesellschaften Gelder aus dem Cash Pool in Anspruch, so liegen Gesellschafterdarlehen (Darlehen des Gesellschafters an die Gesellschaft) vor. Bei diesen Downstream Darlehen handelt es sich normalerweise nicht um eine Problematik im Sinne von § 30 Abs. 1 GmbHG, da es hier schon an der Gesellschafterstellung der Untergesellschaft in Beziehung zur Obergesellschaft fehlt. Somit kann auch kein Vermögen an Gesellschafter zurückgezahlt werden, was § 30 Abs. 1 GmbHG zu verhindern versucht. Bei den Downstream Loans sind vor allem die neuen Anfechtungsrisiken zu beachten.

Die Vollwertigkeit der Rückgewähransprüche im Rahmen des Cash Pools unterliegt den gleichen Anforderungen wie außerhalb des Cash Pools. Anwendungsfragen sind vor allem die Verzinsung und die Besicherung der Rückgewähransprüche.

Oben wurde bereits auf die Verzinsung und die Besicherung von Darlehen, die als Ausnahme von der strengen Kapitalerhaltung nach § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG gegeben werden durften, eingegangen. Im Cash Pool ist von den gleichen Grundsätzen auszugehen. Lediglich die Frage, ob auch Darlehen, die eine Laufzeit von weniger als einem Jahr aufweisen, verzinst werden müssen, damit die Vollwertigkeit des Rückgewähranspruches besteht, kommt hinzu. Im Cash Pool werden häufig nur kurzfristige Darlehen (d.h. ohne wirkliche Laufzeit) vergeben, da nicht sicher ist, wann die Mittel aus dem Cash Pool von der darlehengebenden Gesellschaft überhaupt in Anspruch genommen werden. Vor allem dadurch, dass den Konzerngesellschaften kein Nachteil durch die Hingabe ihrer liquiden Mittel in den Cash Pool entstehen soll, ist auf eine angemessene Verzinsung nicht zu verzichten. *Altmeppen*[87] führt hier als Argument für den Verzicht auf die Verzinsung den „Mythos“[88] der Konzernvorteile an. Hierfür müssten jedoch der gebenden Gesellschaft tatsächlich Vorteile zukommen. Es müsste sich schon um sehr konkrete Vorteile handeln, die nicht nur durch eine verbesserte betriebswirtschaftliche Gesamtsituation dargestellt werden.[89] Nur daraus, dass unter besonderen Umständen - vor allem aus Vereinfachungsgründen - auf die Verzinsung bei kurzfristigen Darlehen verzichtet werden kann, folgt nicht, dass im Cash Pool grundsätzlich eine solche Verzinsung unterbleiben darf. Durch die Anwendung von EDV gesteuerten Cash Pool-Systemen ist auch das Argument des Verzichts aufgrund von Vereinfachung nicht mehr haltbar.[90]

Eine Besicherung wird im Cash Pool in den allermeisten Fällen nicht erfolgen, da dieses dem Sinn und Zweck des Cash Pooling zuwider laufen würde.

---

85 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 218, Rdn. 208.

86 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ulrich,* Hdb. GmbHR, S. 585, Rdn. 84.

87 *Altmeppen*, ZIP 2009 [Upstream Loans], S. 52; ausführlich letztendlich aber entkräftend *Eusani,* GmbHR 2009, S. 798; ebenfalls ausführlich *Wirsch,* Der Konzern 2009, S. 448 ff.

88 *Eusani*, GmbHR 2009, S. 798.

89 *Küting / Weber*, Handbuch der Rechnungslegung, §253, Rdn. 44, m.w.N.; Hierzu auch BFH v. 26. 2. 1975, I R 72/73, abgedruckt in BStBl. II 1976, 13.

90 *Eusani*, GmbHR 2009, S. 797 f.

2.3.3.3 Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen

Eine weitere Ausnahme von der Anwendung des Kapitalerhaltungsgrundsatzes nach § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gilt für *„die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich gleichstehen"* (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG). Diese Änderung bzw. die Einfügung des 3. Satzes geht einher mit der Abschaffung der Rechtsprechungsregeln für eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen.[91] Durch die Abschaffung dieses Konstrukts soll eine Vereinfachung herbeigeführt werden, die auch an Übersichtlichkeit im Vergleich zur früheren Rechtslage gewinnen sollte.[92] Die Rückzahlung von an die GmbH gewährten Gesellschafterdarlehen darf und kann nun „nicht mehr unter Berufung auf die analoge Anwendung des § 30 GmbH verweigert werden"[93]. Nach der alten Rechtslage wurden Darlehen, die von Gesellschaftern gegeben wurden, als die Gesellschaft in einer Krise stand, umqualifiziert. Die mit Fremdkapitalcharakter gegebenen Darlehen wurden demnach wie Eigenkapital behandelt und durften § 30 Abs. 1 GmbHG entsprechend nicht an den Gesellschafter zurückgezahlt werden. Auch Tilgungsleistungen fielen damit unter dieses Auszahlungsverbot.[94]

Neben normalen Darlehen sind auch das unechte Factoring, die Finanzierung einer Einzelmaßnahme durch einen Gesellschafter, ein Konsortialkredit und auch ein partiarisches Darlehen unter die 1. Alternative des § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG zu subsumieren.[95] Einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechend (§ 30 Abs. 1 Satz 3, 2. Alt. GmbHG) sind u .a. ein Darlehen, für welches der Gesellschafter eine Sicherheit bestellt, eine zusätzliche stille Beteiligung eines Gesellschafters, Stundungen, nicht rechtzeitig geltend gemachte Ansprüche und auch sale and lease back-Konstruktionen[96].

2.3.4 Rechtsfolgen

Durch § 31 GmbHG werden Verstöße gegen § 30 Abs. 1 GmbHG sanktioniert, der durch das MoMiG nicht verändert wurde. Liegt ein Verstoß gegen das Auszahlungsverbot nach § 30 Abs. 1 GmbHG vor und findet keine der Ausnahmen aus § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG Anwendung, so statuiert § 31 Abs. 1 GmbHG, dass die *„Zahlungen, welche den Vorschriften des § 30 zuwider geleistet sind, [..] der Gesellschaft erstattet werden [müssen]"* (§ 31 Abs. 1 GmbHG). Hierdurch entsteht also ein Erstattungsanspruch der GmbH gegen den begünstigten Gesellschafter.[97] Die Mitgesellschafter müssen, falls die Erstattung von dem begünstigten Gesellschafter nicht zu erhalten ist, gem. § 31 Abs. 3 GmbHG einspringen (sog. Ausfallhaftung).[98]

Der Umfang der Erstattungspflicht umfasst die volle Rückgewähr der gegen § 30 Abs. 1 GmbHG verstoßenden Leistung. Bestand schon vor der Auszahlung eine

---

91 Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum MoMiG vom 25.7.2007, BT-Drucks 16/6140, S. 42.

92 *Schmolke,* Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 74, Rdn. 182.

93 Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum MoMiG vom 25.7.2007, BT-Drucks 16/6140, S. 42.

94 *Schmolke*, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 74 f., Rdn. 182 ff.; *Wolf,* BBK 2009, S. 542 f.

95 Bor*mann / Kauka / Ockelmann / Hollstein,* Hdb. GmbHR, S. 201, Rdn. 127.

96 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 201, Rdn. 129.

97 *Schmolke*, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 100 f., Rdn. 9 f. & S. 106, Rdn. 25 ff.; *Müller / Winkeljohann / Jung / Otto*, Beck´sches Handbuch der GmbH, S. 462, Rdn. 47.

98 *Schmolke*, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 77, Rdn. 190 & S. 103, Rdn. 19; *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein,* Hdb. GmbHR, S. 210 f., Rdn. 165 ff.; *Hirte,* Kapitalgesellschaftsrecht, S. 340, Rdn. 5.93.

Unterbilanz, so entsteht ein Erstattungsanspruch in Höhe des gesamten an den begünstigten Gesellschafter ausgezahlten Betrags. Wird durch die verbotene Auszahlung eine Unterbilanz herbeigeführt, so ist richtigerweise nur der Betrag, der die Unterbilanz verursacht hat, zu erstatten. Eine Auszahlung oberhalb der Unterbilanz ist erlaubt und kann demnach nicht zu einem Erstattungsanspruch führen.[99] Der Anspruch ist sofort fällig und darf nicht gestundet werden.[100] Selbst wenn ein vollwertiger Erstattungsanspruch vorliegt, muss dieser sofort geltend gemacht werden. Sollte die Unterbilanz zwischenzeitlich (zwischen Entstehung und Erstattung durch den Gesellschafter) anderweitig ausgeglichen werden, besteht der Erstattungsanspruch weiter fort. Die Rechtsprechung des BGH zur Zweckerreichung wurde ausdrücklich aufgegeben.[101] Die Verjährung des Erstattungsanspruches gegen den begünstigten Gesellschafter beträgt 10 Jahre (§ 31 Abs. 5 Satz1, 1. Hs GmbHG). Ansprüche, die wegen des Ausfalls des begünstigten Gesellschafters gegen die Mitgesellschafter geltend gemacht werden müssen, verjähren gem. § 31 Abs. 5 Satz 1, 2. Hs GmbHG nach 5 Jahren.[102]

3. Gesellschafterdarlehen

3.1 Einleitung

Die Kapitalerhaltung erschöpft sich nicht in der Erhaltung des zu Anfang eingezahlten Stammkapitals, sondern geht darüber hinaus und nimmt weiterhin die Gesellschafter in die Pflicht. Sie sollen dafür Sorge tragen, dass „ihr“ Unternehmen, falls es in eine Krise gerät, ordnungsgemäß liquidiert wird und den Gläubigern genügend Masse zur Befriedigung zur Verfügung steht oder dem Unternehmen neues frisches Kapital zugeführt wird.

Darlehen des Gesellschafters an die GmbH (Gesellschafterdarlehen), sind ein beliebtes und weit verbreitetes Instrument, um ein Unternehmen zu finanzieren. Gegenüber anderen Finanzierungsmaßnahmen bestehen in der Hingabe von Gesellschafterdarlehen durchaus Vorteile.[103] Besonders hervorzuheben ist an dieser Stelle, dass für die Hingabe von Darlehen, anders als z. B. bei einer Kapitalerhöhung, ein formloses Verfahren ausreicht und des Weiteren auch keine Veröffentlichung erforderlich ist.

3.2 Alte Rechtslage

Im Zusammenhang mit Gesellschafterdarlehen traten vor Einführung des MoMiG vielerlei Probleme auf. In der Krise war es für den Gesellschafter häufig sinnvoller, ein Gesellschafterdarlehen zu geben, als z. B. eine Kapitalerhöhung durchzuführen. Da der Gesellschaft hierdurch Fremdkapital zugeführt wurde, konnte der Gesellschafter im Falle einer Insolvenz dieses Gesellschafterdarlehen, gleichberechtigt wie andere Gesellschaftsgläubiger, zurückverlangen. Schon früh verneinte die Rechtsprechung jedoch die Geltendmachung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz durch

---

99 *Schmolke*, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, S. 109, Rdn. 31; *Müller / Winkeljohann / Jung, / Otto,* Beck´sches Handbuch der GmbH, S. 465, Rdn. 57.

100 *Müller / Winkeljohann / Jung / Otto,* Beck´sches Handbuch der GmbH, S. 471, Rdn. 78.

101 Vgl. BGH v. 29. 5. 2000, II ZR 118/98, BGHZ 144, 336, abgedruckt in NZG 2000, S. 883; zur Entwicklung *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 338, Rdn. 5.89, m.w.N. (Fn. 139).

102 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Hollstein*, Hdb. GmbHR, S. 212, Rdn. 173 f.

103 *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 344 f., Rdn. 5.102; *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ockelmann,* Hdb. GmbHR, S. 458, Rdn. 30.

analoge Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG und qualifizierte diese Darlehen in haftendes Eigenkapital um.[104]

Die Umqualifizierung wurde gerechtfertigt durch die sog. Finanzierungsfolgenverantwortung[105]. Diese gebietet es, die Gesellschaft trotz Krise mit Eigenkapital anstatt Fremdkapital weiterzuführen, wenn die Liquidation der Gesellschaft nicht durchgeführt werden soll.[106] Hieraus resultierte auch das Rückzahlungsverbot für diese Darlehen, die bis zur Behebung der Krise gem. § 30 Abs. 1 GmbHG a. F. nicht zurückgezahlt werden durften.[107] Wurde ein Gesellschafterdarlehen umqualifiziert, so durfte eine Auszahlung bzw. Rückzahlung dieses Darlehens an die Gesellschafter nicht erfolgen. Geschah dieses dennoch, wurde eine Rückerstattung gem. § 31 GmbHG nötig.[108] Auch wenn vor dem Eintritt einer Krise ein Gesellschafterdarlehen gegeben und dieses bei Eintritt der Krise nicht abgezogen wurde, fand eine Umqualifizierung dieses Darlehens in haftendes Eigenkapital statt (sog. „Stehenlassen“).[109] In den folgenden Jahren wurde dann die Rechtsprechung in das Gesetz mit aufgenommen. Hieraus resultierten die „Novellenregeln“. Die §§ 32a, 32b GmbHG, die §§ 39 Abs. 1 Nr. 5 und 135 InsO, sowie der § 6 AnfG bildeten somit zusammen mit den Rechtsprechungsregeln die Grundlage für das sog. Eigenkapitalersatzrecht.[110]

Der entscheidende Zeitpunkt nach dem alten Recht war die „Krise“. Diese lag vor, wenn die Gesellschaft insolvenzreif oder kredit- bzw. überlassungsunwürdig war. Der Gesellschafter musste dann die Finanzierungsentscheidung treffen. Er hatte so die Möglichkeit zu entscheiden, ob er die Gesellschaft weiter finanzieren möchte, sei es durch neues Kapital oder auch durch „Stehenlassen“ von bereits gegebenen Darlehen. Er war jedenfalls durch die Novellenregelungen daran gehindert, im Insolvenzverfahren Ansprüche auf Rückzahlung der Gesellschafterdarlehen neben den Ansprüchen anderer Gläubiger geltend zu machen. Diese konnten nur nachrangig geltend gemacht werden. Wurden die Gesellschafterdarlehen bereits zurückgezahlt, so konnte der Insolvenzverwalter diese Leistungen auf Gesellschafterdarlehen anfechten und zurückfordern.[111]

Unter Gesellschafterdarlehen wurden auch vom Gesellschafter bestellte Sicherheiten zu Gunsten der Gesellschaft subsumiert. Damit waren die bereits oben angesproche-

---

[104] Vor allem BGH v. 26. 3. 1984, II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, abgedruckt in NJW 1984, S. 1893; BGH v. 14. 12. 1959, II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, abgedruckt in NJW 1960, S. 285; *Goette*, Die GmbH, S. 88, Rdn. 2.

[105] Begriff geprägt von *Wiedemann*, ZIP 1986, S. 1297, aufgenommen u.a. von *Birle / Diehl*, Praxishandbuch der GmbH, S. 223, Rdn. 1526; *Krolop, K.*, GmbHR, 2009, S. 398; BGH v. 7. 11. 1994, II ZR 270/93, BGHZ 127, 336, abgedruckt in GmbHR 1995, S. 41; *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ockelmann*, Hdb. GmbHR, S. 459, Rdn. 35; *Goette,* Die GmbH, S. 88, Rdn. 2, m.w.N. (Fn. 5); *Römermann / Selzner / Leuering,* MAH GmbH-Recht, S. 390, Rdn. 6 f.

[106] *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ockelmann,* Hdb. GmbHR, S. 459, Rdn. 35.

[107] *Römermann / Selzner / Leuering*, MAH GmbH-Recht, S. 390, Rdn. 6.

[108] *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ockelmann*, Hdb. GmbHR, S. 465, Rdn. 58; *Hirte,* Kapitalgesellschaftsrecht, S. 345, Rdn. 5.103; *Lurati*, in: Das neue GmbH-Recht, S. 135, Rdn. 4.2.1; *Goette,* Die GmbH, S. 91, Rdn. 8.

[109] Grundlegend BGH v. 26.11. 1979, II ZR 104/77, BGHZ 75, 334, abgedruckt in NJW 1980, S. 592; Siehe auch *Bayer / Graff*, DStR 2006, S. 1654, m.w.N. (Fn. 9); *Heckschen / Heidinger / Heckschen,* Die GmbH, S. 661, Rdn. 138.

[110] *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 345, Rdn. 5.104; . *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ockelmann,* Hdb. GmbHR, S. 458, Rdn. 33; BGH v. 26. 3. 1984, II ZR 14/84, BGHZ 90, 370, abgedruckt in NJW 1984, S. 1891; *Haas*, DStR 2009, S. 976; *Altmeppen*, NJW 2008, S. 3601; *Birle / Diehl*, Praxishandbuch der GmbH, S. 246, Rdn. 1703.

[111] *Römermann / Selzner / Leuering*, MAH GmbH-Recht, S. 393, Rdn. 13 f.

nen Konzernfinanzierungsmöglichkeiten (zentral wie dezentral) beeinträchtigt. Bei der zentralen Konzernfinanzierung wurden formal gesehen Gesellschafterdarlehen vom Gesellschafter an die Gesellschaft gegeben.[112] Geriet die Gesellschaft dann in die Insolvenz, so konnte die kreditgebende Bank den Darlehensvertrag kündigen und das Darlehen zurückfordern. Hatte der Gesellschafter nicht die Möglichkeit, eine Finanzierungsentscheidung zu treffen (plötzliche Insolvenz), so kam es auch zu keiner Umqualifizierung des Gesellschafterdarlehens in Eigenkapital. Dem Gesellschafter stand folglich eine einfache Insolvenzforderung zu. [113] Waren auch für das absteigende Darlehen Sicherheiten zu Gunsten des Gesellschafters bestellt, so konnte der Gesellschafter diese absondern und sich hieraus befriedigen. Die Masse des Konzerns wurde somit nicht erheblich geschmälert und eine Rückzahlung des Kredites an die Bank war durchaus wahrscheinlich.

Handelte es sich um keine plötzliche Insolvenz der Untergesellschaft, so war eine Finanzierungsentscheidung nötig und auch möglich. Der Gesellschafter - die Obergesellschaft - konnte das Darlehen kündigen. Hierdurch hatte der Gesellschafter die Möglichkeit das Stehenlassen des Darlehens und damit eine Verstrickung zu verhindern. Durch die Entscheidung, die Finanzmittel (das Darlehen) abzuziehen, wurde auch keine Umqualifizierung in Eigenkapital angenommen und dem Gesellschafter stand eine einfache Insolvenzforderung zu. In Anbetracht der Tatsache, dass im Falle der Insolvenz der Untergesellschaft wohl nicht mehr viel Liquidität im Unternehmen zur Verfügung stand, war die einfache Insolvenzforderung per se nicht von großer Bedeutung, da eine Befriedigung hieraus in der Regel nicht erfolgen konnte. Jedoch konnte der Gesellschafter dann die Sicherheiten, die bestellt wurden, ohne Nachrang verwerten. Hierdurch wurde die Haftungsmasse des Konzerns insgesamt nicht geschmälert und die Kreditrückzahlung an die Bank war normalerweise ohne Probleme möglich.[114]

Bei der dezentralen Konzernfinanzierung bestand das Problem der Gesellschafterdarlehen in der Sicherheitenbestellung. Der Gesellschafter bestellte zu Gunsten eines Fremdkapitalgebers (absteigende) Sicherheiten. Hierbei war nach alter Rechtslage § 32 a Abs. 2 GmbHG a.F. einschlägig.[115] Der Fremdkapitalgeber, der in einer bereits vorhandenen Krise das Darlehen gegeben hatte, musste sich vorrangig an den Gesellschafter halten, der für die Rückgewähr des Darlehens zu Gunsten des Fremdkapitalgebers eine Sicherheit bestellt hatte. Streitig war die Problematik, wenn sowohl der Gesellschafter, als auch die Gesellschaft ihrerseits Sicherheiten gestellt hatten. War die Darlehensgewährung bereits vor dem Eintritt der Krise erfolgt, so war es dem Gesellschafter möglich, ein Stehenlassen der Sicherheit zu vermeiden. Der Gesellschafter musste dann den Sicherheitenbestellungsvertrag kündigen und auf Ablösung bestehen.[116] War dieses erfolgreich, so konnte der Fremdkapitalgeber versuchen, sich aus den Sicherheiten, die von der Untergesellschaft selbst gestellt worden waren, zu befriedigen. Eine vorrangige Verwertung der Sicherheiten der Obergesellschaft blieb somit aus. Die Obergesellschaft war somit nicht primär betroffen und musste auch nicht um die eigene Masse bangen.

---

112 *Burg / Westerheide*, BB 2008, S. 63.

113 *Burg / Westerheide,* BB 2008, S. 64.

114 *Burg / Westerheide*, BB 2008, S. 64; *Bäuml,* StuB 2009, S. 640.

115 *Heckschen / Heidinger / Heckschen*, Die GmbH; S. 664, Rdn. 152.

116 S. BGH v. 18.11. 1991, II ZR 258/90, abgedruckt in NJW 1992, S. 1170; BGH v. 11.12. 1995, II ZR 128/94, abgedruckt in BB 1996, S. 341.

3.3 Neue Rechtslage

3.3.1 Überblick

Nach dem Inkrafttreten des MoMiG verbleibt dem Gesellschafter nicht mehr die Finanzierungsentscheidung;[117] er ist von der Finanzierungsfolgeverantwortung entbunden.[118] Ihm ist es nicht möglich, schon gegebene Darlehen im Falle einer Verschlechterung der Lage der Gesellschaft (Krise) abzuziehen. Wurde nach dem früher geltenden Recht eine Umqualifizierung in funktionales Eigenkapital zum Zeitpunkt des Eintritts einer Krise getätigt, so ist dies heute nicht mehr möglich. Nach dem MoMiG sind alle Gesellschafterdarlehen bei Eintritt der Insolvenz des Unternehmens nachrangig zu befriedigen (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO). Es besteht nun die unwiderlegbare Vermutung des missbräuchlichen Charakters der Darlehensgewährung durch den Gesellschafter. Auch soll hierin der Preis dafür gesehen werden, dass der Gesellschafter eine Gesellschaftsform mit Beschränkung der persönlichen Haftung gewählt hat.[119]

Der gesamte Komplex des ehemaligen Eigenkapitalersatzrechts ist jedoch nicht ersatzlos verschwunden. Grundsätzlich wurde zwar das Eigenkapitalersatzrecht aufgegeben, jedoch sind entsprechende Regelungen in geänderter Fassung in der Insolvenzordnung zu finden (so wurden in den einschlägigen Normen z.B. die Worte „Krise“ und „kapitalersetzendes Darlehen“ gestrichen). Somit gibt es nur noch „normale“ Gesellschafterdarlehen. Nach der neuen Gesetzeslage ist für die Anfechtungsmöglichkeit nur noch entscheidend, wann die Darlehensrückzahlung stattgefunden hat. Grundsätzlich sind Darlehensrückzahlungen für Gesellschafterdarlehen bis zu einem Jahr ab Eintritt der Insolvenz des Unternehmens gem. § 135 Abs. 1 und 2 InsO anfechtbar. Insgesamt *„werden Rückzahlungen auf Gesellschafterdarlehen [somit] überhaupt erst ein Jahr vor und in der Insolvenz kritisch.“*[120]

3.3.2 Zentrale Konzernfinanzierung und absteigende Darlehen

Im Zusammenhang mit der Konzernfinanzierung, vor allem auch im Rahmen von Cash Pool-Systemen, ergeben sich große Probleme.

Bei Konzernfinanzierungskonstellationen, bei denen die Obergesellschaft als alleinige Gesellschaft gegenüber Fremdkapitalgebern auftritt, können in diesem Zusammenhang Probleme, sogar existenzgefährdende Situationen, auftreten.[121] Hierbei erhält die Obergesellschaft Darlehen von einem Kreditgeber. Diese Darlehen werden teilweise an Untergesellschaften weitergeleitet. Würde nun die Untergesellschaft in die Insolvenz geraten, wäre das Darlehen der Obergesellschaft nur als nachrangige Forderung zu befriedigen. Nach neuem Recht - § 39 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG - bleibt dem Gesellschafter nämlich nicht die Möglichkeit, die Finanzierungentscheidung zu treffen, da gar nicht mehr auf dieses Merkmal abgestellt wird und diese Entscheidung nicht nötig ist, um das Darlehen als nachrangige Insolvenzforderung zu qualifizieren.[122] Somit ist

---

117 *Krolop*, GmbHR 2009, S. 405.

118 *Gehrlein*, BB 2008, S. 849; *Römermann / Selzner / Leuering*, MAH GmbH-Recht, S. 397, Rdn. 25 ff.; *Fedke*, NZG 2009, S.929; *Krolop*, GmbHR 2009, S. 398 f.; *Hölzle*, ZIP 2009, S. 1939 ff.; a. A. *Bork*, ZGR 2007, S. 257; den Meinungsstand nahezu komplett darstellend *Schmidt*, GmbHR 2009, S. 1012 ff.

119 *Gehrlein,* BB 2008, S. 849; *Altmeppen*, NJW 2008, S. 3602.

120 *Müller / Winkeljohann / Jung / Otto*, Beck´sches Handbuch der GmbH, S. 512, Rdn. 199.

121 S. das Beispiel bei *Burg / Westerheide*, BB 2008, S. 63 f. zur zentralen Konzernfinanzierung; *Bäuml*, StuB 2009, S. 640.

122 *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 347, Rdn. 5.107.

unerheblich, ob eine plötzliche Insolvenz eintritt oder nicht, da Gesellschafterdarlehen nun immer nachrangig befriedigt werden.

Da auch von *„Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen"* (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG), die Rede ist, werden u. a. auch gestellte Sicherheiten als nachrangig behandelt.[123] Selbst wenn die Untergesellschaft Sicherheiten gestellt haben sollte, fehlt der Obergesellschaft aufgrund der Nachrangigkeit ein diesbezügliches Absonderungsrecht.[124] Der Kreditgeber könnte unter Umständen (entsprechend den Kreditbedingungen) den Kredit kündigen.[125] Die Obergesellschaft müsste dementsprechend den Kreditbetrag zurückzahlen.

Beachtet man jedoch, dass das Gesellschafterdarlehen an die Untergesellschaft evtl. einen erheblichen Umfang hat bzw. nahezu das gesamte vom externen Kreditgeber ausgegebene Darlehen umfasst, erst nachrangig zu befriedigen ist, so wird deutlich, dass nach der Untergesellschaft nun auch die Obergesellschaft in Zahlungsnot geraten, eine Insolvenz folgen kann und damit der gesamte Konzern vor einer drohenden Insolvenz steht.[126]

Mit dem MoMiG bleibt dem Gesellschafter nämlich die einfache Insolvenzforderung verwehrt. Selbst wenn das Darlehen sofort gekündigt wird, ordnet § 39 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG an, dass diese Forderung auf Rückgewähr des Gesellschafterdarlehens nur nachrangig zu befriedigen ist. Gleiches gilt dementsprechend dann auch für die bestellte Sicherheit, die nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG ebenfalls nur nachrangig verwertet werden darf.[127]

Aus dem hier Dargestellten folgt eine Schlechterstellung der Gesellschafter, die keine Chance mehr haben, einer nachrangigen Geltendmachung ihrer Forderungen zu entgehen. Die nachrangige Befriedigung der Gesellschafter hängt nun nur noch von einer einfachen zeitlichen Komponente ab und stellt eben nicht mehr auf eine Krise ab.[128] Die Konsequenz könnte sein, dass von solchen durchaus geläufigen Konzernfinanzierungsmaßnahmen in Zukunft Abstand genommen wird.

3.3.3 Dezentrale Konzernfinanzierung und absteigende Sicherheiten

Auch diese Art der Konzernfinanzierung ist vom MoMiG betroffen. In dieser Konstellation tritt die Untergesellschaft selbst an Fremdkapitalgeber heran und erhält Kredite. Diese Kredite werden aber durch Sicherheiten und Bürgschaften der Obergesellschaft abgesichert (downstream securities / downstream guarantees).[129] Neben den Sicherheiten der Obergesellschaft stellt normalerweise auch die Untergesellschaft selbst Sicherheiten zu Gunsten des Fremdkapitalgebers zur Verfügung.

Nach der neuen Rechtslage ist hier jedoch möglicherweise eine Verschärfung und eine insolvenzgefährdende Veränderung eingefügt worden. Der neue § 44a InsO führt nun dazu, dass sich der Fremdkapitalgeber in den oben geschilderten Situationen nicht

---

[123] *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ockelmann,* Hdb. GmbHR, S. 458, Rdn. 33, m.w.N. (Fn. 204).

[124] S. hierzu BGH v. 26.11. 1979, II ZR 104/77, BGHZ 75, 334, abgedruckt in NJW 1980, S. 592; BGH v. 13.7. 1981, II ZR 1256/79, BGHZ 81, 252, abgedruckt in GmbHR 1982, S. 19; BGH v. 19.9. 1996, IX ZR 249/95, BGHZ 133, 298, abgedruckt in BB 1996, S. 2317.

[125] Vgl. für alle *Bäuml,* StuB 2009, S. 641.

[126] S. das Beispiel bei *Burg / Westerheide*, BB 2008, S. 63 f. zur zentralen Konzernfinanzierung; *Bäuml,* StuB 2009, S. 640.

[127] *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 347, Rdn. 5.107.

[128] *Gehrlein*, BB 2008, S. 849.

[129] *Maier-Reimer*, in Handbuch der Konzernfinanzierung, Rnd. 16.12; *Wolf*, BBK 2009, S. 544.

direkt aus der Insolvenzmasse der Untergesellschaft befriedigen kann. Dem Gesellschafter wird die Möglichkeit genommen, den Sicherheitenvertrag zu kündigen, da auf das Merkmal der Krise im § 39 InsO verzichtet wurde und somit nicht mehr das Treffen einer Finanzierungsentscheidung notwendig ist.[130] Die Problematik der Doppelbesicherung[131], welche schon vor dem MoMiG vorhanden war, ist eine theoretische Auseinandersetzung. Fraglich ist hier, welche Sicherheit, wenn sowohl von der Obergesellschaft, als auch von der Untergesellschaft Sicherheiten bestellt wurden, zuerst vom Gläubiger in Anspruch zu nehmen ist oder ob ein Wahlrecht für den Gläubiger besteht.

Eine Literaturmeinung liest in § 44a InsO hinein, dass auch im Falle einer Doppelbesicherung (*Gesellschafter*sicherheiten und *Gesellschafts*sicherheiten bestehen nebeneinander), zuerst die Sicherheiten des Gesellschafters in Anspruch zu nehmen sind.[132] Eine andere Auffassung geht davon aus, dass der Gesellschaftsgläubiger bei sog. Doppelbesicherung ein Wahlrecht ausüben kann. [133]

Gleich welcher Meinung letztendlich der Vorrang eingeräumt wird, beide führen zu gravierenden Ergebnissen.

Folgt man der erstgenannten Meinung, so besteht ein erhöhtes Risiko für eine auf die Insolvenz der Untergesellschaft folgende Insolvenz der Obergesellschaft. Dadurch, dass sich der Gläubiger primär an die Obergesellschaft halten muss, kann es dazu kommen, dass der Obergesellschaft nicht genügend Mittel zur Verfügung stehen und hierdurch eine Insolvenz der Obergesellschaft droht. Das heißt, erst nachdem die Obergesellschaft in Anspruch genommen wurde und möglicherweise in die Insolvenz geraten ist, kann der Gläubiger Befriedigung aus den Sicherheiten der Untergesellschaft suchen.

§ 44a InsO statuiert der hier dargestellten Meinung folgend, dass sich der Gläubiger erst aus den Sicherheiten des Gesellschafters befriedigen muss und nur soweit er hier mit seinen Forderungen ausgefallen ist, wird es ihm möglich, aus der Sicherheit der Untergesellschaft Befriedigung zu erhalten.[134] Es würden somit sowohl die Untergesellschaft, als auch die Obergesellschaft in erhebliche finanzielle Probleme geraten.[135] Die Obergesellschaft könnte zwar immer noch einen Erstattungsanspruch wegen Inanspruchnahme der Sicherheit gegen die Untergesellschaft geltend machen, jedoch sollte klar sein, dass aufgrund der Insolvenz wohl kaum noch Mittel zur Verfügung

---

130 Vgl. *Bäuml,* StuB 2009, S. 641.

131 S. *Bartsch / Weber*, DStR 2008, S. 1884.

132 S. für eine Übersicht der Meinungen *Dahl / Schmitz*, NZG 2009, S. 328, m.w.N. (Fn. 38); *Bartsch / Weber*, DStR 2008, S. 1884, m.w.N. (Fn. 5).

133 *Dahl / Schmitz*, NZG 2009, S. 328; *Bartsch / Weber*, DStR 2008, S. 1885; zustimmend *Wolf,* BBK 2009, S. 544; zur früheren h. M. siehe *Dahl / Schmitz,* NZG 2009, S. 328, m.w.N. (Fn. 37); BGH v. 19.11. 1984, II ZR 84/84, abgedruckt in NJW 1985, S. 858; BGH v. 14.10. 1985, II ZR 280/84, abgedruckt in NJW, 1986, S. 430; BGH v. 9.12. 1991, II ZR 43/91, abgedruckt in DStR 1992, S. 261.

134 *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 356, Rdn. 5.136; *Heckschen / Heidinger /Heckschen*, Die GmbH, S. 664, Rdn. 152; Diese Ansprüche sind nach einer Meinung (*Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 356, Rdn. 5.136; *Schönfelder*, WM 2009, S. 1406 f.) nicht nachrangig zu befriedigen, sondern stehen einer einfachen Insolvenzforderung gleich. Eine andere Meinung (*Heckschen / Heidinger / Heckschen,* Die GmbH; S. 664, Rdn. 153; *Gehrlein*, BB 2008, S. 852) jedoch sieht auch diese Forderung, die der Gläubiger im Endeffekt noch gegen die Masse der Untergesellschaft geltend machen kann, als eine solche an, die nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nachrangig zu befriedigen ist. Verfolgt man die Begründung und auch den Zweck der Regelung, wird man wohl kaum dem Drittgläubiger die einfache Insolvenzforderung verweigern können. Denn § 44a InsO soll wohl nicht den Nachrang für Drittgläubiger bedeuten.

135 *Bode / Herzing*, BRZ 2009, S. 232; *Burg / Westerheide*, BB 2008, S. 64; *Bäuml*, StuB 2009, S. 641.

stehen werden. Außerdem ist dieser Erstattungsanspruch wieder nach Maßgabe des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nur als nachrangige Insolvenzforderung geltend zu machen. Die Obergesellschaft ginge somit wohl leer aus und eine Insolvenz der Obergesellschaft wäre evtl. nicht mehr vermeidbar.

Folgt man der anderen Meinung, kann durch die Inanspruchnahme der Sicherheit der (Unter-)Gesellschaft selbst eine schwierige Situation für die Obergesellschaft nicht vermieden werden. Denn hat der Gläubiger versucht, sich direkt aus den Sicherheiten der Gesellschaft zu befriedigen, können die von der Untergesellschaft an den Gläubiger erfolgten Leistungen angefochten und zurückgefordert werden.[136] Dies normiert § 135 Abs. 2 InsO. Hierdurch kann die Leistung in Form der Verwertung der Sicherheiten der Gesellschaft angefochten werden, wenn die Leistung innerhalb der Fristen aus § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO erfolgt. Damit vollzog sich die Leistungsgewährung voraussichtlich nach dem Insolvenzantrag und ist folglich gem. § 135 Abs. 2 InsO anfechtbar. Allerdings hat hier nicht der Gläubiger die Leistung zurückzuerstatten, sondern der Gesellschafter, der eine Sicherheit zu Gunsten des Gläubigers bestellt hatte.[137] § 143 Abs. 3 InsO besagt, dass der Gesellschafter solche Leistungen, die an den Dritten von der Gesellschaft geleistet werden, vom Gesellschafter an die Insolvenzmasse der Gesellschaft zu erstatten sind.[138] Voraussetzung dafür ist die Verbürgung oder die Sicherheitenstellung für die Forderung, für die die Leistung getätigt wurde. Damit wird zwar nicht direkt vom Gläubiger die Masse des Gesellschafters gemindert, jedoch im Anschluss durch Erstattung an die Gesellschaft. Der Gesellschafter kann dann wieder nur seinen Erstattungsanspruch gegen die Insolvenzmasse aufgrund der Inanspruchnahme der Sicherheit und hier nur nachrangig gem. § 39 InsO geltend machen.[139] Im Ergebnis gelangt man somit zu ähnlichen Ergebnissen.

Der BGH hatte im Rahmen der alten Rechtslage entschieden, dass ein Wahlrecht zu Gunsten des Gläubigers besteht.[140] Wie auch *Dahl / Schmitz* zutreffend feststellen, wusste der Gesetzgeber um die Schwierigkeiten in diesem Zusammenhang, hatte jedoch keine ausdrückliche Regelung im Gesetz eingefügt, so dass davon auszugehen sein könnte, dass die getroffene Entscheidung über das Wahlrecht nicht geändert werden sollte und damit weiter fortbesteht. Jedoch muss auch festgehalten werden, dass durch § 44a InsO gerade eine Kollision zwischen dem Dritten und den anderen Gesellschaftsgläubigern vermieden werden soll, um eine Benachteiligung dieser durch Schmälerung der Haftungsmasse zuvorzukommen. Der früher schon h. M., nach welcher weiterhin ein Wahlrecht besteht, ist aufgrund der starken Argumentation und der Untätigkeit der Gesetzgebers der Vorrang einzuräumen.

Trotz des Wahlrechts besteht aber insgesamt die Problematik, dass der Gesellschafter nicht die Möglichkeit hat, eine Finanzierungsentscheidung zu treffen. Vielmehr ist nun auch jede Sicherheitenbestellung für Untergesellschaften zu Gunsten Drittgläubiger

---

136 *Bartsch / Weber*, DStR 2008, S. 1885; *Wolf*, BBK 2009, S. 544.

137 *Bartsch / Weber,* DStR,2008, S. 1885; *Wolf*, BBK 2009, S. 544; *Altmeppen*, NJW 2008, S. 3607; *Römermann / Selzner / Leuering*, MAH GmbH-Recht, S. 408, Rdn. 63; *Bork / Gehrlein*, Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung, S. 170, Rdn. 652.

138 *Altmeppen*, NJW 2008, S. 3607; *Schmidt*, BB 2008, S. 1969; *Bartsch / Weber*, DStR 2008, S. 1885; *Wolf,* BBK 2009, S. 545; *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ockelmann*, Hdb. GmbHR, S. 488, Rdn. 144.

139 *Hirte,* Kapitalgesellschaftsrecht, S. 356, Rdn. 5.136.

140 S. BGH v. 19. 11. 1984, II ZR 84/84, abgedruckt in NJW 1985, S. 858; BGH v. 14. 10. 1985, II ZR 280/84, abgedruckt in NJW 1986, S. 430; BGH v. 9.12. 1991, II ZR 43/91, abgedruckt in DStR 1992, S. 261.

eine risikobehaftete Angelegenheit. Hier ist eine tatsächliche Schlechterstellung der Konzernfinanzierung zu erkennen, welche dazu führen könnte, dass solche grundsätzlich sinnvollen Maßnahmen nicht weiter betrieben werden.

Eine solche Anfechtung nach der Insolvenzordnung ist jedoch nur in einem eröffneten Insolvenzverfahren gegeben.

§ 135 InsO setzt voraus, dass ein Insolvenzverfahren auch tatsächlich eröffnet wurde und im Zuge dieses Verfahrens die Anfechtung stattfindet (§ 129 InsO).[141] Wird aber, häufig wegen Masselosigkeit, die Insolvenz erst gar nicht eröffnet, so stehen den Gläubigern die §§ 6, 6a InsO zur Verfügung.[142] Durch Anwendung dieser Anfechtungsmöglichkeiten kann der Gläubiger versuchen, seine Forderungen zu befriedigen. Dabei entsprechen die anfechtbaren Rechtshandlungen jenen innerhalb der Insolvenz.[143] Auch im Rahmen des Anfechtungsgesetzes wird nach dem MoMiG auf das Merkmal der Kapitalersatzfunktion verzichtet.[144]

Neben der Anpassung der Norm an die neue Rechtslage wurde auch eine Verlängerung der Anfechtungsfrist eingefügt. Nun knüpft der Beginn der Frist aus § 6 AnfG nicht mehr an die tatsächliche Geltendmachung der Anfechtung an, sondern bezieht sich auf die Erlangung des vollstreckbaren Schuldtitels gegen die Gesellschaft.[145] Dieses ist sachgerecht, da es häufig eine erhebliche Zeit in Anspruch nimmt, bis der Gläubiger diesen Titel erwirkt hat. „Für den Fall, dass ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens allein mangels Masse nach § 26 InsO abgewiesen worden ist, bevor der Gläubiger den Vollstreckungstitel erlangt hat, ist dieser Zeitpunkt für ihn der Günstigere. Nach § 6 Abs. 1 Satz 2 ist in diesem Fall entsprechend der Regelung des § 135 InsO der Zeitpunkt des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens maßgebend, da die Anfechtbarkeit bei einem grundsätzlich begründeten Insolvenzantrag für die Fälle des Fehlens und des Vorhandenseins ausreichender Masse nicht divergieren sollte.“[146] Allerdings wird als Gegenstück zu der verlängerten Anfechtungsfrist die Geltendmachung der Anfechtung durch § 6 Abs. 2 Satz 1 AnfG beschränkt. Nun ist eine Ausschlussfrist vorhanden, die drei Jahre ab dem Schluss des Jahres läuft, in dem der Gläubiger den vollstreckbaren Titel erlangt hat.[147]

Durch diese Anfechtungsmöglichkeit haben die jeweiligen Gläubiger auch eine Chance, befriedigt zu werden, wenn das Insolvenzverfahren abgelehnt wird.

---

141 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ockelmann*, Hdb. GmbHR, S. 474, Rdn. 91.

142 *Birle / Diehl*, Praxishandbuch der GmbH, S. 262, Rdn. 1851; *Gehrlein,* BB 2008, S. 854; *Willemsen / Rechel,* BB 2009, S. 2218; *Poepping,* BKR 2009, S. 156; *Lurati.*, in: Das neue GmbH-Recht, S. 140 f., Rdn. 4.2.3; *Altmeppen,* NJW 2008, S. 3606.

143 *Klinck / Gärtner*, NZI 2008, S. 461; *Willemsen / Rechel*, BB 2009, S. 2218.

144 *Lurati*, in: Das neue GmbH-Recht, S. 140 f., Rdn. 4.2.3; *Gehrlein*, BB 2008, S. 854; *Müller / Winkeljohann / Jung / Otto*, Beck´sches Handbuch der GmbH, S. 514 f., Rdn. 204; *Altmeppen*, NJW 2008, S. 3606.

145 *Lurati*, in: Das neue GmbH-Recht, S. 140 f., Rdn. 4.2.3; *Gehrlein*, BB 2008, S. 854; *Müller / Winkeljohann / Jung / Otto*, Beck´sches Handbuch der GmbH, S. 514 f., Rdn. 204; *Altmeppen*, NJW 2008, S. 3606.

146 S. Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 25.5.2007, BR-Drucks 354/07, S. 133.

147 S. für alle *Willemsen / Rechel,* BB 2009, S. 2218; *Birle / Diehl*, Praxishandbuch der GmbH, S. 263, Rdn. 1852; *Heckschen / Heidinger / Heckschen*, Die GmbH; S. 665, Rdn. 156.

3.3.4 Auswirkungen auf das Cash Pooling

Besondere Auswirkungen haben die Veränderungen des Eigenkapitalersatzrechtes auf Cash Pool-Systeme. Hierbei geben die Konzerngesellschaften grundsätzlich jegliche eigenständige Beziehung (Fremdkapitalaufnahme) zu Externen – meist Kreditinstituten – auf. Nur die Betreibergesellschaft tritt gegenüber Fremdkapitalgebern auf.

Ein besonderes Augenmerk im Rahmen des Cash Pooling ist im Zusammenhang mit den Anfechtungsrisiken bei Gesellschafterdarlehen und den nachrangigen Gesellschafterdarlehen auf die auf- und absteigenden Darlehen zu legen.[148]

Dass die absteigenden Darlehen von den Regelungen des ehemaligen Eigenkapitalersatzrechts erfasst sind, ist ohne Probleme zu verstehen und nachzuvollziehen. Diese Darlehen entstehen dadurch, dass Sollsalden auf den Unterkonten der Untergesellschaften durch den Cash Pool ausgeglichen werden. Da die Betreibergesellschaft häufig die Muttergesellschaft oder eine dieser zuzurechnenden Gesellschaft ist, fließen Gelder als Darlehen an die Untergesellschaft und sind somit als Gesellschafterdarlehen zu qualifizieren. Erfüllt werden diese Downstream Darlehen durch Verrechnung mit Upstream Darlehen auf dem Master Account.[149]

Aufgrund der Verrechnung auf dem Master-Account ist hier neben den normalen Anfechtungsregelungen der §§ 129 ff. InsO auch die Verrechnung auf dem Cash Pool-Verrechnungskonto insolvenzrechtlich zu beurteilen. Die Wirksamkeit der vorgenommenen Verrechnungen auf dem Master Account kann nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gem. § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO entfallen.[150] Dafür müssten die Verrechnungen auf einer anfechtbar erlangten Aufrechnungslage beruhen.[151] Um zu klären, inwieweit die Verrechnungen anfechtbar sind, muss festgestellt werden, welchen Anfechtungstatbestand die aufsteigenden Darlehen erfüllen.[152] Das Cash Pooling könnte durch die neuen Regelungen sehr hart getroffen werden.[153] Im schlimmsten Falle wäre in der Insolvenz einer Untergesellschaft „jede einzelne Verrechnung im Cash Pool eine „anfechtbare“ Rückzahlung auf ein Gesellschafterdarlehen“[154]. Dann müssten alle nach „oben“ an den Master Account gezahlten Leistungen im Falle einer Insolvenz von der Betreibergesellschaft an die Gesellschaft zurückerstattet werden. Beachtet man die Vielzahl der Zahlungen, die sowohl absteigend, als auch aufsteigend durch täglichen Saldenausgleich erfolgen, so entsteht für die Betreibergesellschaft ein erhebliches, nicht zu beeinflussendes Risiko, wenn eine Tochtergesellschaft in die Insolvenz gerät.

Fraglich ist zunächst, wie die Upstream Loans der Tochtergesellschaft zu qualifizieren sind. Denn je nachdem, ob diese Leistungen als „Sicherung“ oder als „Befriedigung“

---

148 S. hierzu die unterschiedlichen Auffassungen in *Klinck / Gärtner*, NZI 2008, S. 457 ff.; *Willemsen / Rechel* BB 2009, S. 2215 ff.; *Hamann*, NZI 2008, S. 667 ff.; *Müller / Winkeljohann / Vogt*, Beck´sches Handbuch der GmbH, S. 1448, Rdn. 324; *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ulrich*, Hdb. GmbHR, S. 585, Rdn. 84; *Hamann*, Die Behandlung des Cash pooling vor und nach dem MoMiG, S. 1 ff.

149 *Klinck / Gärtner*, NZI,2008, S. 457; *Hamann H.*, NZI 2008, S. 667; *Hamann*, Die Behandlung des Cash pooling vor und nach dem MoMiG, S. 14; *Willemsen / Rechel*, BB 2009, S. 2215.

150 *Bork / Gehrlein,* Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung, S. 123, Rdn. 488.

151 S. BGH v. 12.7. 2007, IX ZR 120/04, BGHZ 169, 158, abgedruckt in NJW 2007, S. 78.

152 *Müller / Winkeljohann / Vogt*, Beck´sches Handbuch der GmbH, S. 1448, Rdn. 324; ausführlich *Klinck / Gärtner*, NZI 2008, S. 459 f.

153 *Willemsen / Rechel*, BB 2009, S. 2215, auch *Klinck / Gärtner*, NZI 2008, S. 457 ff.; *Burg / Westerheide,* BB 2008, S. 62 ff.; *Bäuml*, StuB 2009, S. 637 ff.; *Bode / Herzing*, BRZ 2009, S. 232; *Halberkamp / Blunk*, Zu den Auswirkungen des MoMiG auf die Upstreamfinanzierung im Konzern, 2008, S. 2 f.

154 *Willemsen / Rechel*, BB 2009, S. 2215.

qualifiziert werden, entscheidet sich, ob eine zehnjährige (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO) oder eine einjährige (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO) Anfechtungsfrist zum Tragen kommt.

In der Literatur wird diesbezüglich nicht einheitlich argumentiert.

Eine Meinung stellt darauf ab, dass durch die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens nicht automatisch das Downstream Darlehen getilgt wird. Es wird davon ausgegangen, dass erst zu einem späteren Zeitpunkt eine Verrechnung erfolgt und sich der Gesellschafter hierdurch letztendlich befriedigen kann, so dass hierin nicht etwa eine „Befriedigung, sondern vielmehr eine „Sicherung“ zu sehen ist.[155] Das hieße, dass eine Anfechtungsfrist von zehn Jahren gem. § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO gelten würde.

Eine andere Auffassung sieht in dem aufsteigenden Darlehen eine „Befriedigung“ und lässt somit nur § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO zur Anwendung kommen. Das Hauptargument der zweiten Auffassung ist, dass Aufrechnungen und Verrechnungshandlungen nur zur Befriedigung führen können.[156] Hiermit würde einhergehen, dass eine Anfechtungsfrist von einem Jahr bestünde.

Tatsächlich ist der Meinung, die eine „Befriedigung“ in den Leistungen sieht, zuzustimmen. Zwar werden die Begriffe „Sicherung“ und „Befriedigung“ weit ausgelegt, jedoch stellt eine Auslegung dahingehend, dass eine Besicherung vorliegt, eine wohl zu formalistische und zu sehr konstruierte Annahme dar.[157]

Selbst wenn demnach „lediglich“ die einjährige Anfechtungsfrist angenommen wird, entsteht für das Cash Pooling und vor allem für die Betreibergesellschaft ein erhebliches Risiko, bei Insolvenz einer Tochtergesellschaft alle Zahlungen, die von der Tochtergesellschaft an den Cash Pool innerhalb des letzten Jahres vor der Insolvenz getätigt wurden, zurückzahlen zu müssen.[158] Eine insolvenzfeste Absicherung ist hier nicht möglich, denn auch ein sofortiger Ausschluss der Tochtergesellschaft aus dem Cash Pool kann die Anfechtung nicht verhindern. Nur wenn die Tochtergesellschaft ein Jahr nach dem Ausschluss aus dem Cash Pool die Insolvenz anmelden würde, könnte eine Anfechtung verhindert werden.[159]

In der Literatur wird vermehrt die Meinung vertreten, dass durch die Anwendung des Bargeschäftsprivilegs (§ 142 InsO) eine Abmilderung der Problematiken im Cash Pool herbeizuführen ist.[160] Durch das Bargeschäftsprivilieg gem. § 142 InsO werden bestimmte Rechtshandlungen von der insolvenzrechtlichen Anfechtbarkeit ausgeschlossen. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass für die Leistung eine unmittelbare Gegenleistung gewährt wird.[161] Im Falle des Cash Pooling müsste somit für die anfechtbare Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens eine kongruente Gegenleis-

---

155 *Klinck / Gärtner*, NZI 2008, S. 459, m.w.N. (Fn. 23).

156 *Willemsen / Rechel*, BB 2009, S. 2219, m.w.N. (Fn. 54); *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ockelmann*, Hdb. GmbHR, S. 475, Rdn. 94, m.w.N. (Fn. 171); zum gleichen Ergebnis nach Auslegung des § 135 Abs. 1 InsO kommt auch *Hamann*, NZI 2008, S. 669; s. auch *Hamann*, Die Behandlung des Cash pooling vor und nach dem MoMiG, S. 14.

157 *Hamann*, NZI 2008, S. 669.

158 Für alle Vgl. *Müller / Winkeljohann / Vogt*, Beck´sches Handbuch der GmbH, S. 1448, Rdn. 324.

159 *Klinck / Gärtner*, NZI 2008, S. 460.

160 *Willemsen / Rechel*, BB 2009, S. 2218; *Hamann,* Die Behandlung des Cash pooling vor und nach dem MoMiG, S. 11; wohl auch *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ockelmann,* Hdb. GmbHR, S. 492 f., Rdn. 159 ff.; *Lurati,* in: Das neue GmbH-Recht, S. 142, Rdn. 4.2.5; *Römermann / Römermann.*, MAH GmbH-Recht, S. 980, Rdn. 228; zum Bargeschäftsprivilg gem. § 142 InsO *Bork / Gehrlein*, Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung, S. 115 ff., Rdn. 453 ff., gegen die Anwendung *Henkel*, ZInsO, 2009, S. 1577 ff.

161 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ockelmann*, Hdb. GmbHR, S. 492 f., Rdn. 159.

tung gewährt werden. Diese Gegenleistung ist in den absteigenden Darlehen der Muttergesellschaft an die Tochtergesellschaft zu sehen.[162] Weiteres Tatbestandsmerkmal des § 142 InsO ist die Unmittelbarkeit der Gegenleistung.[163] Da jedoch (durch den durchaus zulässigen Vergleich) in einem Kontokorrentverhältnis zu einem Kreditinstitut die Unmittelbarkeit der Gegenleistung „binnen ein oder zwei Wochen" ausreichend ist, kann auch beim Cash Pool auf dieses Gegenleistungsmerkmal verwiesen werden.[164] Innerhalb dieser Zeit muss somit als Gegenleistung für das aufsteigende Darlehen auch ein absteigendes Darlehen gewährt worden sein. Die Gleichwertigkeit, die ebenfalls gefordert wird, ist gewährleistet, wenn das gegebene absteigende Darlehen das aufsteigende Darlehen betragsmäßig übersteigt.[165] Ob das absteigende Darlehen jedoch vor oder nach dem aufsteigenden Darlehen erfolgte, ist nicht ausschlaggebend, wie auch bereits der BGH entschied.[166] Ob das Bargeschäftsprivileg mit Inkrafttreten des MoMiG auch auf Anfechtungen nach § 135 InsO anwendbar ist, bleibt abzuwarten.

Da jedoch die Voraussetzungen des § 142 InsO vom Cash Pool und den gegenseitigen Ansprüchen unter Umständen erfüllt werden, sollte grundsätzlich das Bargeschäftsprivileg auf das Cash Pooling anzuwenden sein und könnte somit entsprechend die Anfechtungsrisiken abmildern.[167] Beachtenswert ist, dass das Bargeschäftsprivileg nur greifen kann, wenn die Gegenleistung innerhalb der ein- bis zweiwöchigen Frist des § 142 InsO gewährt wird. Sollte eine Gegenleistung nicht erfolgen, sind also nur aufsteigende Darlehen vorhanden, so liegt keine Problematik des Gesellschafterdarlehens/der Anfechtung vor, sondern es stellt sich die Frage, ob die Darlehen gem. § 30 GmbHG aus dem gebundenen Vermögen der GmbH ausgezahlt werden durften oder nicht. Wurde die Gesellschaft direkt aus dem Cash Pool ausgeschlossen und erfolgen trotzdem noch Verrechnungen auf dem Master Account, ohne der ausgeschlossenen Gesellschaft die Möglichkeit zu geben durch absteigende Darlehen ihren negativen Saldo auf ihrem Konto auszugleichen, kann das Bargeschäftsprivileg nicht angewendet werden, da es ebenso an der kongruenten Gegenleistung fehlt.[168]

Besonders hervorzuheben ist die Möglichkeit der Gläubigeranfechtung gem. § 6 AnfG.[169] § 6 AnfG entspricht dem Wortlaut des § 135 InsO. Wird jedoch nicht das Insolvenzverfahren eröffnet oder wird es wegen Masselosigkeit abgelehnt, so kommt nicht § 135 InsO zur Anwendung, da diese Norm ein Insolvenzverfahren voraussetzt. Durch § 6 AnfG soll dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben werden, Zahlungen zur Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen anzufechten und hieraus Befriedigung zu erlangen. Im Zusammenhang mit dem Cash Pooling ist darauf zu verweisen, dass im

---

162 *Klinck / Gärtner*, NZI 2008, S. 460.

163 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ockelmann,* Hdb. GmbHR, S. 492 f., Rdn. 159.

164 *Willemsen / Rechel*, BB 2009, S. 2218; *Klinck / Gärtner*, NZI 2008, S. 460.

165 Siehe BGH v. 7. 3. 2002, IX ZR 223/01, abgedruckt in BB 2002, S. 960; *Hamann*, Die Behandlung des Cash pooling vor und nach dem MoMiG, S. 11, m.w.N. (Fn. 99).

166 S. BGH v. 25.2. 1999, IX ZR 353/98, abgedruckt in NJW 1999, S. 3264; BGH v. 7.3. 2002, IX ZR 223/01, abgedruckt in BB 2002, S. 960.

167 *Huber / Habersack*, BB 2006, S. 1; *Habersack*, ZIP 2007, S. 2150; *Hirte*, ZInsO, 2008, S. 694; *Hamann,* Die Behandlung des Cash pooling vor und nach dem MoMiG, S. 11.

168 *Willemsen / Rechel*, BB 2009, S. 2218, übernommen von *Klinck / Gärtner*, NZI 2008, S. 460.

169 *Gehrlein*, BB 2008, S. 854; *Poepping*, BK, 2009, S. 155; *Willemsen / Rechel*, BB 2009, S. 2218; *Klinck / Gärtner*, NZI 2008, S. 461; zum § 6 AnfG a.F. weitestgehend übertragbar *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ockelmann*, Hdb. GmbHR, S. 469, Rdn. 69 ff.

Rahmen des AnfG kein Bargeschäftsprivileg vorhanden ist.[170] Somit wären ggf. alle innerhalb des letzten Jahres geleisteten Upstream Darlehen vom Gläubiger anfechtbar.

Da zur Zeit noch nicht geklärt ist, ob das Bargeschäftsprivileg gem. § 142 InsO im Cash Pool Anwendung findet und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass eine Gläubigeranfechtung gem. § 6 AnfG in Betracht kommt, ist die Höhe der tatsächlich anfechtbaren Leistungen zu ermitteln.

Hier kann die Rechtsprechung des BGH zu Kontokorrentverrechnungen fruchtbar gemacht werden.[171] Demnach „soll alleine der Saldo der Gesamtein- und -ausgänge [...] und nicht jede Einzelverrechnung isoliert [anfechtbar sein].“[172] Der BGH führte aus, dass es „für die Anfechtung der Rückführung eines Kontokorrentkredits […] auf den Betrag an[kommt], um den die verrechneten Einzahlungen die berücksichtigungsfähigen Auszahlungen im Anfechtungszeitraum übersteigen.“[173] Das heißt, es wäre nur der Betrag anfechtbar, den die GmbH an den Master Account als Upstream-Darlehen gezahlt hat und die Downstream-Darlehen der Betreibergesellschaft der Höhe nach überschreitet. Hierdurch wird wenigstens erreicht, dass ein kalkulierbarer Anhaltspunkt über die Höhe der wohlmöglich anfechtbaren Rückführungen vorhanden ist.

Hamann geht davon aus, dass *„nur das höchste im letzten Jahr gewährte aufsteigende Darlehen […] als Deckung i.S.v. § 143 I 1 InsO-E „erlangt“ und ggf. zurückzugewähren [ist].“*[174] Er begründet seine Ansicht damit, dass durch die Hingabe von Darlehen und dem Stehenlassen von Negativsalden jedes Mal eine Finanzierungsentscheidung der Obergesellschaft getroffen wird. Anzunehmen ist dabei, dass die Untergesellschaft dann unmittelbar insolvent wird. Hierdurch wäre auch das höchste aufsteigende Darlehen als Rückführung eines bestehenden Gesellschafterdarlehens verstrickt und somit anfechtbar.[175]

Grundsätzlich gibt es also durchaus Hoffnung, dass die Anfechtbarkeit der Zahlungen begrenzt ist, selbst wenn das Bargeschäftsprivileg nicht greifen sollte. Da das Bargeschäftsprivileg bei einer Anfechtung außerhalb der Insolvenz nicht zur Anwendung kommt und hier eine Begrenzung der anfechtbaren Zahlungen umso wichtiger ist, verbleibt diesbezüglich jedoch Unsicherheit, da bisher nicht über einen solchen Fall entschieden wurde.

3.3.5 Gesellschafterdarlehen in der Überschuldungsbilanz

Gem. § 16 InsO muss für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ein Eröffnungsgrund gegeben sein. Dies ist vor allem bei Überschuldung gegeben.

Eine Überschuldung liegt gem. § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Als Verbindlichkeiten sind grundsätzlich auch Darlehen anzugeben. Der Gesetzestext des MoMiG wurde erneut durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG) geändert.[176] Der Überschuldungsbegriff des § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO wurde den schwierigen Verhältnissen auf den Finanzmärkten angepasst, um eine Insolvenzwelle zu verhindern.[177] Nach § 19

---

170 *Willemsen / Rechel*, BB 2009, S. 2218; *Klinck / Gärtner*, NZI 2008, S. 461.

171 *Willemsen / Rechel*, BB 2009, S. 2219.

172 *Willemsen / Rechel*, BB 2009, S. 2219.

173 BGH v. 15.11. 2007, IX ZR 212/06, abgedruckt in ZInsO 2008, S. 159.

174 *Hamann*, Die Behandlung des Cash pooling vor und nach dem MoMiG, S. 16.

175 *Hamann, H.*, Die Behandlung des Cash pooling vor und nach dem MoMiG, S. 16.

176 BGBl 2008, Teil I, Nr. 46, S. 1982.

177 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ockelmann*, Hdb. GmbHR, S. 453, Rdn. 17.

Abs. 2 InsO ist ein Insolvenzantrag nicht notwendig, wenn die Fortführung des Unternehmens nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.[178] Hierdurch sollte vermieden werden, dass durch die erheblichen Wertverluste bei gewissen Aktiva eine Überschuldung eintritt und ein Insolvenzantrag notwendig geworden wäre.[179] Der neue Überschuldungsbegriff gilt bis zum 31.12.2013, danach - ab dem 1.1.2014 - gilt der eigentlich mit dem MoMiG veränderte § 19 InsO.[180]

Die beiden Regelungen unterscheiden sich jedoch nur hinsichtlich des Absatzes 2. Hierin ist jeweils (wortgleich) geregelt: *„Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Absatz 2 zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Absatz 1 Nummer 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen“* (§ 19 Abs. 2 InsO). Voraussetzung für die Nichtberücksichtigung dieser Forderungen im Rahmen der Verbindlichkeiten ist die Vereinbarung eines qualifizierten Rangrücktritts.[181] Erst durch diesen Rangrücktritt, in welchem Gläubiger und Schuldner sich darauf verständigen, dass der Gläubiger hinter die in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO genannten Forderungen zurücktritt, kann eine Überschuldung, die durch die Hingabe von Gesellschafterdarlehen entstanden wäre, abgewendet werden.[182] Die Rangrücktrittsvereinbarung muss bestimmte Kriterien erfüllen.[183] Sollte trotz dieser Vereinbarung ein Gesellschafterdarlehen zurückgezahlt werden, so bleibt auch hier nur die Insolvenzanfechtung gem. § 135 InsO und § 6 AnfG.[184] Wird ein Rangrücktritt nicht vereinbart, so sind auch die entsprechenden Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens in der Überschuldungsbilanz unter den Verbindlichkeiten auszuweisen.[185]

3.3.6 Ausnahmen von der nachrangigen Behandlung

Die Anfechtungsregeln des § 135 InsO gelten gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nicht bei allen von Gesellschaftern gestellten Darlehen.[186] Nach § 39 Abs. 4 und 5 InsO gibt es zwei Ausnahmetatbestände.[187] Liegt eine dieser Ausnahmen vor, sind die gewährten Darlehen nicht nachrangig zu behandeln. Die Regelungen sind aus dem GmbHG in die Insolvenzordnung übertragen worden und sind damit rechtsformneutral ausgestaltet.

---

178 S. hierzu ausführlich *Hecker / Glozbach*, BB 2009, S. 1545 f.; mit Darstellungen *Pape*, NWB 2009, S. 55 ff.; *Wackerbarth*, NZI 2009, S. 145 ff.

179 S. Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum Finanzmarktstabilisierungsgesetz vom 14.10.2008, BT-Drucks 16/10600, S. 12.

180 Beschluss über das Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 10.9.2009, BR-Drucks 718/09, S. 1.

181 Kritisch hierzu *Haas*, DStR 2009 [Überschuldungsbilanz], S. 327; *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ockelmann*, Hdb. GmbHR, S. 455, Rdn. 19; *Heckschen*, Das MoMiG in der notariellen Praxis, 2009, Rdn. 727; *Neumann*, GmbH-StB 2009, S. 192 ff.

182 *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 349, Rdn. 5.123.

183 *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 349, Rdn. 5.123; *Lurati,* in: Das neue GmbH-Recht, S. 139, Rdn. 4.2.3; mit Muster zur Rangrücktrittsvereinbarung *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ockelmann,* Hdb. GmbHR, S. 455 f., Rdn. 20.

184 *Hirte,* Kapitalgesellschaftsrecht, S. 349, Rdn. 5.123.

185 *Haas,* DStR 2009 [Überschuldungsbilanz], S. 326; *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 349 f., Rdn. 5.124.

186 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ockelmann,* Hdb. GmbHR, S. 481, Rdn. 115.

187 *Heckschen / Heidinger / Heckschen,* Die GmbH, S. 670, Rdn. 188; *Bork / Gehrlein*, Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung, S. 169, Rdn. 645.

Beachtlich ist, dass zwar die Freistellung den § 135 InsO betrifft, jedoch nicht auf die anderen Anfechtungstatbestände ausstrahlt. [188]

Die Privilegierungen sind im Rahmen des Cash Pooling jedoch von untergeordneter Relevanz. Das Kleinbeteiligtenprivileg scheitert zumeist schon daran, dass die Beteiligungsstruktur der am Cash Pool beteiligten Gesellschaften in der Regel eine Beteiligungshöhe von über zehn Prozent aufweist.[189] Auch das Sanierungsprivileg hat im Rahmen eines Cash Pools nahezu keine Bedeutung. Selbst wenn Gesellschafter in dieser Form der Konzernfinanzierung aktiv werden sollten, werden diese nicht mit in das Cash Pooling-Verfahren aufgenommen.[190]

3.3.6.1 Sanierungsprivileg

Das Sanierungsprivileg (§ 39 Abs. 4 Satz 2 InsO, vorher § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG a.F.) besagt folgendes: Erwirbt ein Darlehensgeber bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder bei Überschuldung Geschäftsanteile zum Zwecke der Sanierung, führt dies für seine bestehenden oder neu gewährten Kredite bis zur nachhaltigen Sanierung nicht zur Anwendung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Hierdurch soll die Möglichkeit bestehen, Sanierungen innerhalb und außerhalb des Insolvenzverfahrens durchzuführen.

i) Tatbestand

Der Tatbestand erfordert den Erwerb einer Beteiligung an einer zum Sanierungsfall gewordenen Gesellschaft zum Zwecke der Sanierung.[191]

(a) Sanierungsfall: Die Gesellschaft, an der sich der Gesellschafter beteiligt, muss einer Zahlungsunfähigkeit oder einer Überschuldung sehr nahe sein. Es muss mithin ein Sanierungsfall vorliegen.[192]
(b) Sanierungsgesellschafter: Das Privileg gilt nicht für Altgesellschafter oder solche Personen, die einem Gesellschafter gleichzustellen sind. Es wird nur der Anteilserwerb eines Neugesellschafters privilegiert.[193]
(c) Beteiligungserwerb: Der Kreditgeber muss einen Geschäftsanteil erwerben.[194] Der Erwerb kann im Rahmen einer Kapitalerhöhung, aber auch durch die Veräußerung eines bestehenden Anteils eines Altgesellschafters durchgeführt werden.[195]
(d) Sanierungszweck: Der Beteiligungserwerb muss zum Zwecke der Sanierung erfolgen. Die Sanierung der Gesellschaft muss zum Zeitpunkt des Anteilserwerbs aus Sicht eines Dritten objektiv möglich sein. Weiterhin muss die Sanierungskreditvergabe überhaupt geeignet sein, den Sanierungszweck zu erfüllen.[196] Folglich

---

188 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ockelmann,* Hdb. GmbHR, S. 481, Rdn. 115.

189 *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 132.

190 *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 132 f.

191 *Römermann / Selzner / Leuering*, MAH GmbH-Recht, S. 416, Rdn. 101.

192 *Römermann / Selzner / Leuering*, MAH GmbH-Recht, S. 416, Rdn. 102; *Poepping*, BKR 2009, S. 155; *Wissmann*, Das neue GmbH-Recht, S. 114, Rdn. 32; *Bork / Gehrlein*, Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung, S. 169, Rdn. 645; zur Problematik des neuen Überschuldungsbegriffs, eingeführt durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz *Schönfelder,* WM 2009, S. 1404 f.

193 *Römermann / Selzner / Leuering*, MAH GmbH-Recht, S. 416, Rdn. 103; *Poepping,* BKR 2009, S. 155; a. A. *Bork / Gehrlein*, Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung, S. 169, Rdn. 645.

194 *Hirte,* Kapitalgesellschaftsrecht, S. 359, Rdn. 5.152; *Bork / Gehrlein*, Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung, S. 169, Rdn. 645.

195 *Römermann / Selzner / Leuering,* MAH GmbH-Recht, S. 41, Rdn. 104.

196 *Heckschen / Heidinger / Heckschen*, Die GmbH, S. 671, Rdn. 192; *Römermann / Selzner / Leuering*, MAH GmbH-Recht, S. 41, Rdn. 105; *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ockelmann,* Hdb. GmbHR, S.

muss der Darlehensgewährung eine positive Fortführungsprognose zu Grunde liegen.[197]

ii) Rechtsfolgen

Das Sanierungsprivileg gem. § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO führt zu einer Freistellung von der gesetzlichen Nachrangigkeit des Gesellschafterdarlehens.[198] Hiervon sind sowohl neu gewährte Darlehen, als auch bereits vorher gegebene Darlehen betroffen. Im Insolvenzverfahren sind diese Darlehen demnach nicht gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nachrangig zu befriedigen, sondern wie eine einfache Insolvenzforderung neben den Forderungen der anderen Gläubigern geltend zu machen.

3.3.6.2 Kleinbeteiligtenprivileg

Das sog. Kleinbeteiligtenprivileg wurde aus dem GmbHG entfernt und in die Insolvenzordnung eingefügt. Dorf findet es sich in nahezu unveränderter Form in § 39 Abs. 5 InsO wieder.[199] In der Vergangenheit konnten durch die Nutzung dieses Privilegs zahlreiche Gesellschaften vor der Insolvenz bewahrt werden. Durch die Privilegierung der Kleinbeteiligten waren und sind diese weiterhin bereit, Darlehen zur Verfügung zu stellen und dadurch finanzielle Engpässe zu überwinden. Hierbei soll der nicht geschäftsführende Gesellschafter nicht nachrangig aus seinen Gesellschafterdarlehen befriedigt werden, wenn dessen Anteil an der Haftungsmasse der Gesellschaft eine Beteiligung von zehn Prozent nicht übersteigt.[200]

i) Tatbestand

(a) Kein geschäftsführender Gesellschafter: Das Privileg kann nur ein Gesellschafter in Anspruch nehmen, der nicht geschäftsführend in dieser Gesellschaft tätig ist.[201] Unter den Begriff „geschäftsführend“ sind aber nicht nur tatsächlich bestellte Geschäftsführer zu subsumieren, sondern auch faktische Gesellschafter-Geschäftsführer, Prokuristen mit unechter Gesamtvertretungsbefugnis und Handlungsbevollmächtigte oder Prokuristen (sofern diese Quasi-Geschäftsführungsaufgaben erfüllen).[202]

(b) Bestimmung der Beteiligungsquote: Die Bestimmung der 10 %-Beteiligung, bei der das Kleinbeteiligtenprivileg nach § 39 Abs. 5 InsO Anwendung findet, bezieht sich auf das gezeichnete Kapital.[203] Es wird dabei tatsächlich auf die Kapitalbeteiligung und nicht auf ein davon abweichendes Stimmgewicht abgestellt.[204] Auch eine Zusammenrechnung von Beteiligungen verbundener Unternehmen kommt für die Bestimmung der Beteiligungsquote in Betracht. Es kommt somit auf die „durchgerechnete“ Beteiligung an.[205]

(c) Zeitlicher Anwendungsbereich: Die Voraussetzungen des Kleinbeteiligtenprivilegs müssen zum Zeitpunkt der Kreditvergabe gegeben sein. Die wohl herrschende Meinung geht davon aus, dass die Voraussetzungen nicht während der gesamten Dauer des Darlehensverhältnisses vorliegen müssen.[206] Anerkannt ist jedoch auch,

---

482, Rdn. 118; Rechtsprechung hierzu: Siehe BGH v. 21.11. 2005, II ZR 277/03,BGHZ 165, 106, abgedruckt in GmbHR 2006, S. 311; *Schönfelder*, WM 2009, S. 1406.

197 *Vollmer / Smerdka*, DB 2000, S. 757.

198 *Römermann / Selzner / Leuering*, MAH GmbH-Recht, S. 417, Rdn. 106; *Bork / Gehrlein,* Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung, S. 169, Rdn. 645.

199 *Römermann / Selzner / Leuering*, MAH GmbH-Recht, S. 417, Rdn. 107; *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ockelmann,* Hdb. GmbHR, S. 483, Rdn. 122; *Hirte,* Kapitalgesellschaftsrecht, S. 360, Rdn. 5.154.

200 *Heckschen / Heidinger / Heckschen,* Die GmbH, S. 671 f., Rdn. 197 f.

dass durch eine Verringerung der Beteiligung oder Aufgabe der Geschäftsführung eine Inanspruchnahme des Kleinbeteiligtenprivilegs nicht in Frage kommt. Wird die Beteiligung jedoch erhöht oder übernimmt der entsprechende Kreditgeber die Geschäftsführung, so verliert der zuvor privilegierte Kreditgeber für seine Darlehen den Anspruch auf das Kleinbeteiligtenprivileg.[207]

ii) Rechtsfolgen

Das Kleinbeteiligtenprivileg suspendiert die nachrangige Befriedigung der Gesellschafterdarlehen.[208] Der darlehensgewährende Gesellschafter erhält hier ebenfalls eine einfache Insolvenzforderung und kann diese neben den anderen Gläubigern gleichrangig geltend machen.[209]

4. Zusammenfassung

Durch die Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise konnte die Kapitalerhaltung tatsächlich vereinfacht werden. Eine Auszahlung aus dem gebundenen Vermögen führt nicht automatisch zu einer vom Verbot des § 30 GmbHG erfassten Auszahlung. Ist der Rückgewähranspruch vollwertig und jederzeit fällig oder besteht ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag, so ist eine Auszahlung nicht verboten.

Die Auswirkungen der Kapitalerhaltung auf das Cash Pooling sind erheblich. Durch die Neuregelung des § 30 GmbHG sind auch aufsteigende Darlehen oder aufsteigende Sicherheiten aus dem gebundenen Vermögen an Gesellschafter im Rahmen eines Cash Pools zulässig, wenn ein vollwertiger Rückgewähranspruch vorliegt. Damit kann grundsätzlich die Cash-Pool-Problematik als entschärft bezeichnet werden.[210]

Durch die Verortung des Eigenkapitalersatzrechts in die Insolvenzordnung wird die Thematik der nachrangig zu befriedigenden Gesellschafterdarlehen erheblich überschaubarer. Geschäftsführer und auch Gesellschafter haben nun einen klaren Handlungsrahmen für den Umgang mit Gesellschafterdarlehen. Hiernach sind alle Gesellschafterdarlehen, die im letzten Jahr vor der Insolvenz der Gesellschaft zur Verfügung gestellt wurden, nachrangig zu befriedigen bzw. sind schon getätigte Leistungen auf diese Gesellschafterdarlehen nach § 135 InsO oder § 6 AnfG

---

201 *Bayer / Graff*, DStR 2006, S. 1658; *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ockelmann*, Hdb. GmbHR, S. 483, Rdn. 123; *Römermann / Selzner / Leuering*, MAH GmbH-Recht, S. 418 f., Rdn. 109.

202 *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ockelmann,* Hdb. GmbHR, S. 483, Rdn. 123; auch den Vorstand mit einbeziehend *Römermann / Selzner / Leuering,* MAH GmbH-Recht, S. 418 f., Rdn. 109, m. w. N. (Fn. 294).

203 *Römermann / Selzner / Leuering,* MAH GmbH-Recht, S. 418, Rdn. 107; zum Begriff „Haftkapital" ausführlich *Gehrlein,* BB 2008, S. 851.

204 *Bork / Gehrlein*, Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung, S. 169, Rdn. 647; *Hirte,* Kapitalgesellschaftsrecht, S. 361, Rdn. 5.155.

205 *Römermann / Selzner / Leuering,* MAH GmbH-Recht, S. 419, Rdn. 110; *Heckschen / Heidinger / Heckschen,* Die GmbH, S. 672, Rdn. 199; *Bormann / Kauka / Ockelmann / Ockelmann,* Hdb. GmbHR, S. 484, Rdn. 126.

206 *Römermann / Selzner / Leuering*, MAH GmbH-Recht, S. 419, Rdn. 111; *Hirte,* WM 2008, S. 1433; a. A. *Bork / Gehrlein,* Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung, S. 169, Rdn. 648.

207 *Heckschen / Heidinger / Heckschen,* Die GmbH, S. 672, Rdn. 198; *Gehrlein,* BB 2008, S. 852 f.; *Römermann / Selzner / Leuering,* MAH GmbH-Recht, S. 419, Rdn. 111; *Hirte*, WM 2008, S. 1433; *Poepping*, BKR 2009, S. 155.

208 *Bork / Gehrlein,* Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung, S. 169, Rdn. 647.

209 *Römermann / Selzner / Leuering*, MAH GmbH-Recht, S. 419 f., Rdn. 112.

210 *Rohde / Schmidt*, NWB 2008, S. 3792.

anfechtbar. Auch wurde die Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Überschuldungsbilanz kodifiziert. Hieraus folgt auch weiterhin die Notwendigkeit eines qualifizierten Rangrücktritts des Gesellschafters, damit die Bilanzierung des Gesellschafterdarlehens unterbleiben darf.

Die Anfechtungsrisiken im Rahmen der Gesellschafterdarlehen spielen eine große Rolle bei Konzernfinanzierungen und vor allem beim Cash Pooling, sodass in diesem Punkt darauf hingewiesen werden muss, dass das Inkrafttreten des MoMiG ein erhebliches Risiko darstellt und die Problematik sogar verschärft wird. Durch den Wegfall des Tatbestandsmerkmals „Krise“ verbleibt dem Gesellschafter nicht die Chance, Darlehen abzuziehen oder Gesellschaften rechtzeitig vom Cash Pool auszuschließen.

Die Ungewissheit darüber, in welcher Höhe Verrechnungen im Cash Pool möglicherweise bei einer Insolvenz einer Untergesellschaft anfechtbar sind, stellt ein erhebliches und nicht kalkulierbares Risiko dar. Eine Abhilfe könnte hier durch das Bargeschäftsprivileg geschaffen werden. Diesbezüglich ist jedoch noch keine richterliche Entscheidung getroffen worden, sodass es hier gilt, abzuwarten.

Literaturverzeichnis

Altmeppen, Holger, Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis, NJW 2008, S. 3601 (zit.: *Altmeppen*, NJW 2008)

—, Upstream-loans, Cash Pooling und Kapitalerhaltung nach neuem Recht, ZIP 2009, S. 49 (zit.: *Altmeppen*, ZIP 2009 [Upstream Loans])

Anwaltverein, Deutscher, DeutscherAnwaltverein (DAV), Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Handelsrechtsausschuss zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), 05. 09 2007, http://anwaltverein.de /downloads/stellungnahmen/2007-43.pdf (Zugriff am 02. 02 2010)

Bartsch, Andreas, und Gunila Weber, Doppelbesicherung durch Gesellschafts- und Gesellschaftersicherheiten nach dem MoMiG: Hat der Gesellschaftsgläubiger weiterhin ein Wahlrecht?, DStR 2008, S. 1884 (zit.: *Bartsch / Weber*, DStR 2008)

Bäuml, Swen O., Gesellschafterdarlehen nach MoMiG, (Steuer-) Rechtliche Beratungsschwerpunkte in der Krise, GmbHR 2009, S. 632 (zit.: *Bäuml*, GmbHR 2009)

—, GmbH-Konzernfinanzierungen im Krisenfall nach MoMiG und FMStG, Steuer- und Bilanzpraxis (StuB) 2009, S. 637 (zit.: *Bäuml*, StuB 2009)

Bayer, Walter, und Simone Graff, Das neue Eigenkapitalersatzrecht nach dem MoMiG, DStR 2006, S. 1654 (zit.: *Bayer / Graff*, DStR 2006)

Birle, Jürgen P., und Klaus Diehl, Praxishandbuch der GmbH,. 2. Auflage, Herne 2009 (zit.: *Birle / Diehl*, Praxishandbuch der GmbH)

Blasche, Sebastian, und Mirko König, Upstream-Darlehen vor dem Hintergrund des neuen § 30 Abs. 1 GmbHG, GmbHR 2009, S. 897 (zit.: *Blasche / König*, GmbHR 2009)

Bode, Christoph, und Erwin Herzing, Praxiserfahrungen zur Kapitalaufbringung und -erhaltung nach der GmbH-Reform, BRZ 2009, S. 227 (zit.: *Bode / Herzing*, BRZ 2009)

Bork, Reinhard, Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zugunsten des Insolvenzrechts?, ZGR 2007, S. 250 (zit.: *Bork*, ZGR 2007)

Bork, Reinhard, und Markus Gehrlein, Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung, 11. neu überarbeitete Auflage, Köln 2009 (zit.: *Bork / Gehrlein*, Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung)

Bormann, Michael, und Marc Urlichs, Kapitalerhöhungen im Cash Pooling - welche Erleichterungen bringt das MoMiG tatsächlich?, DStR 2009, S. 641 (zit.: *Bormann / Urlichs*, DStR 2009)

Bormann, Michael, Kauka, Ralf und Ockelmann, Jan (Hrsg.), Handbuch GmbH-Recht, Münster 2009 (zit.: Bormann / Kauka / Ockelmann / Bearbeiter, Hdb. GmbHR)

Brocker, Moritz, und Maria Rockstroh, Upstream-Darlehen und Cash-Pooling in der GmbH nach der Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise, Betriebs-Berater 2009, S. 730 - 733 (zit.: *Brocker / Rockstroh*, BB 2009)

Burg, Michael, und Stefan Westerheide, Praktische Auswirkungen des MoMiG auf die Finanzierung von Konzernen, Betriebs-Berater 2008, S. 62 (zit.: *Burg / Westerheide*, BB 2008)

Dahl, Michael, und Jan Schmitz, Eigenkapitalersatz nach dem MoMiG aus insolvenzrechtlicher Sicht, NZG 2009, S. 325 (zit.: *Dahl / Schmitz*, NZG 2009)

Diem, Andreas, Akquisitionsfinanzierungen - Kredite für Unternehmenskäufe, 2. Auflage, München 2009 (zit.: *Diem*, Akquisitionsfinanzierungen)

Drygala, Tim und Thomas Kremer, Alles neu macht der Mai – Zur Neuregelung der Kapitalerhaltungsvorschriften im Regierungsentwurf zum MoMiG, ZIP 2007, S. 1289 (zit.: *Drygala / Kremer*, ZIP 2007)

Eusani, Guido, Darlehensverzinsung und Kapitalerhaltung beim Cash Pooling nach dem MoMiG, GmbHR 2009, S. 795 (zit.: *Eusani*, GmbHR 2009)

Faßbender, Karl-Josef, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, Berlin 2004 (zit.: *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern)

Fedke, Tibor, Konzernfinanzierung nach dem MoMiG in insolvenznahen Szenarien, NZG 2009, S. 928 (zit.: *Fedke*, NZG 2009)

Gehrlein, Markus, Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG, Betriebs-Berater 2008, S. 846 (zit.: *Gehrlein*, BB 2008)

Goette, Wulf, Die GmbH, 2. Auflage, München 2002 (zit.: *Goette*, Die GmbH)

—, Anmerkung Goette zu BGH, 16.01.2006 - II ZR 76/04, DStR 2006, S. 767 (zit.: *Goette*, DStR 2006)

Goette, Wulff und Habersack, Matthias (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, München 2008 (zit.: *Bearbeiter*, in *Goette / Habersack* (Hrsg.), MüKo AktG)

Haas, Ulrich, Die Passivierung von gesellschafterdarlehen in der Überschuldungsbilanz nach MoMiG und FMStG, DStR 2009, S. 326 (zit.: *Haas*, DStR 2009 [Überschuldungsbilanz])

—, Eigenkapitalersatzrecht und Übergangsrecht, DStR 2009, S. 976 (zit.: *Haas*, DStR 2009)

Habersack, Matthias, Gesellschafterdarlehen nach MoMiG: Anwendungsbereich, Tatbestand und Rechtsfolgen der Neuregelung, ZIP 2007, S. 2145 (zit.: *Habersack*, ZIP 2007)

Halberkamp, Thomas, und Andreas Blunk, Zu den Auswirkungen des MoMiG auf die Upstreamfinanzierung im Konzern, Gesellschaftsrecht / M&A, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, 17. Dezember 2008 (zit.: *Halberkamp / Blunk*, Zu den Auswirkungen des MoMiG auf die Upstreamfinanzierung im Konzern, 2008)

Hamann, Hanjo, Die Behandlung des Cash pooling vor und nach dem MoMiG, Norderstedt 2008 (zit.: *Hamann*, Die Behandlung des Cash pooling vor und nach dem MoMiG)

—, Aufsteigende Darlehen im Cash Pool im System des § 135 InsO - Replik auf Klinck/Gärtner, NZI 2008, 457, NZI 2008, S. 667 (zit.: *Hamann*, NZI 2008)

Hecker, Andreas, und Pierre Glozbach, Offene Fragen zur Anwendung des gegenwärtigen Überschuldungsbegriffs, Betriebs-Berater 2009, S. 1544 (zit.: *Hecker / Glozbach*, BB 2009)

Heckschen, Heribert, Das MoMiG in der notariellen Praxis, München 2009 (zit.: *Heckschen, H.*, Das MoMiG in der notariellen Praxis)

Heckschen, Heribert und Heidinger, Andreas, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, München 2009 (zit.: *Heckschen / Heidinger / Bearbeiter*, Die GmbH)

Hein, Oliver, Stefan Suchan, und Christoph Geeb, MoMiG auf der Schnittstelle von Gesellschafts- und Steuerrecht, DStR 2008, S. 2289 (zit.: *Hein / Suchan / Geeb,* DStR 2008)

Henkel, Andreas, Das Bargeschäftsprivileg gilt nicht im Rahmen von § 135 Abs. 1 InsO, ZInsO 2009, S. 1577 (zit.: *Henkel*, ZInsO 2009)

Hirte, Heribert, Die Neuregelung des Rechts der (früher: kapitalersetzenden) Gesellschafterdarlehen durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), WM 2008, S. 1429 (zit.: *Hirte*, WM 2008)

—, Neuregelungen mit Bezug zum gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz und im Insolvenzrecht durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), ZInsO 2008, S. 689 (zit.: *Hirte*, ZInsO 2008)

—, Kapitalgesellschaftsrecht, 6. Aufl., Köln 2009 (zit.: *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht)

Hölzle, Gerrit, Gibt es noch eine Finanzierungsfolgenverantwortung im MoMiG?, ZIP 2009, S. 1939 (zit.: *Hölzle*, ZIP 2009)

Huber, Ulrich, und Matthias Habersack, GmbH-Reform: Zwölf Thesen zu einer möglichen Reform des Rechts der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, Betriebs-Berater 2006, S. 1 (zit.: *Huber / Habersack*, BB 2006)

Hueck, Götz, und Lorenz Fastrich, in: *Adolf Baumbach und Alfred Hueck* (Hrsg.), Beck´scher Kurz-Kommentar GmbH-Gesetz, München 2006 (zit.: *Hueck / Fastrich*, in *Baumbach / Hueck* (Hrsg.), GmbHG)

Kallmeyer, Harald, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung nach dem MoMiG: Änderungen für die GmbH-Beratungspraxis, Der Betrieb 2007, S. 2755 (zit.: *Kallmeyer*, DB 2007)

Kiefner, Alexander, und Ingo Theusinger, Aufsteigende Darlehen und Sicherheitenbegebung im Aktienrecht nach dem MoMiG, NZG 2008, S. 801 (zit.: *Kiefner / Theusinger*, NZG 2008)

Klinck, Fabian, und Matthias Gärtner, Versetzt das MoMiG dem Cash-Pooling den Todesstoß?, NZI 2008, S. 457 (zit.: *Klinck / Gärtner,* NZI 2008)

Kollmorgen, Alexander, Matthias Santelmann, und Olaf Weiß, Upstream-Besicherung und Limitation Language nach Inkrafttreten des MoMiG, Betriebs-Berater 2009, S. 1818 (zit.: *Kollmorgen, A. / Santelmann / Weiß*, BB 2009)

Komo, Daniel, Vermeidung von Haftungsrisiken für Geschäftsführer bei Gewährung von Upstream Securities, GmbHR 2010, S. 230 (zit.: *Komo*, GmbHR 2010)

Krolop, Kaspar, Zur Anwendung der MoMiG-Regelungen zu Gesellschafterdarlehen auf gesellschaftsfremde Dritte, GmbHR 2009, S. 397 (zit.: *Krolop*, GmbHR 2009)

Küting, Karlheinz, und Claus P. Weber, Handbuch der Rechnungslegung, 4. Aufl., Stuttgart 1995 (zit.: *Küting / Weber*, Handbuch der Rechnungslegung)

Lurati, Max Christian, Stammkapital, in: *Max Christian Lurati, Malte Passarge, Christoph Torwegge und Annekatren Werthmann-Feldhues*, Das neue GmbH-Recht, S. 89 – 144, Freiburg 2008 (zit.: *Lurati*, in: Das neue GmbH-Recht)

Maier-Reimer, Georg, in: *Marcus Lutter, Eberhard Scheffler und Uwe Schneider* (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, Köln 1998 (zit.: *Maier-Reimer*, in Handbuch der Konzernfinanzierung)

Morsch, Stephan, Probleme der Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung im Cash-Pool, NZG 2003, S. 97 (zit.: *Morsch*, NZG 2003)

Mülbert, Peter O. und Lars Leuschner , Aufsteigende Darlehen im Kapitalerhaltungs- und Konzernrecht – Gesetzgeber und BGH haben gesprochen, NZG 2009, S. 281 (zit.: *Mülbert / Leuschner,* NZG 2009)

Müller, Welf und Norbert Winkeljohann (Hrsg.), Beck´sches Handbuch der GmbH, München 2009 (zit.: *Müller / Winkeljohann / Bearbeiter*, Beck´sches Handbuch der GmbH)

Pape, Gerhard, Der neue insolvenzrechtliche Überschuldungsbegriff, NWB 2009, S. 55 (zit.: *Pape*, NWB 2009)

Poepping, Melanie, Die Auswirkungen des MoMiG auf die insolvenzrechtliche Behandlung von Gesellschafterdarlehen ab dem 1.11.2008, BKR 2009, S. 150 (zit.: *Poepping*, BKR 2009)

Reidenbach, Dirk, Cash Pooling und Kapitalerhalt nach neuer höchstrichterlicher Rechtsprechung, WM 2004, S. 1421 (zit.: *Reidenbach*, WM 2004)

Rohde, Andreas, und Christina Schmidt, Das Cash-Pooling auf dem Prüfstand, NWB 2008, S. 3783 (zit.: *Rohde / Schmidt*, NWB 2008)

Römermann, Volker (Hrsg.), Münchener Anwalts Handbuch GmbH-Recht, München 2009 (zit.: *Römermann / Bearbeiter*, MAH GmbH-Recht)

Roth, Günter H. / Altmeppen, H. (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). München 2009 (zit.: *Roth / Altmeppen / Bearbeiter*, GmbHG)

Rotte, Manfred, Folgewirkungen des MoMiG auf die GmbH in der Krise, NWB 2008, S. 3775 (zit.: *Rotte*, NWB 2008)

Schmidt, Karsten, Gesellschafterbesicherte Drittkredite nach neuem Recht, Betriebs-Berater 2008, S. 1966 (zit.: *Schmidt*, BB 2008)

—, Normzwecke und Zurechnungsfragen im Recht der Gesellschafter-Fremdfinanzierung, GmbHR 2009, S. 1009 (zit.: *Schmidt*, GmbHR 2009)

Schmolke, Klaus Ulrich, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, München 2009 (zit.: *Schmolke*, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG)

Schönfelder, Matthias, Gesellschaferdarlehen in der Insolvenz - auch ohne Krise in die Krise?, WM 2009, S. 1401 (zit.: *Schönfelder*, WM 2009)

Tillmann, Tobias, Upstream-Sicherheiten der GmbH im Lichte der Kapitalerhaltung - Ausblick auf das MoMiG, NZG 2008, S. 401 (zit.: *Tillmann*, NZG 2008)

Vollmer, Lothar, und Ute Smerdka, Neuorientierung im Eigenkapitalersatzrecht, Der Betrieb, 2000, S. 757 (zit.: *Vollmer / Smerdka*, DB 2000)

Wackerbarth, Ulrich, Überschuldung und Fortführungsprognose, NZI 2009, S. 145 (zit.: *Wackerbarth*, NZI 2009)

Wiedemann, Herbert, Gesellschaftsrechtliche Probleme der Betriebsaufspaltung, ZIP 1986, S. 1293 (zit.: *Wiedemann*, ZIP 1986)

Wilhelmi, Rüdiger, Upstream-Darlehen nach dem MoMiG - Zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 1.12.2008, WM, 2009, S. 1917 - 1923 (zit.: *Wilhelmi*, WM 2009)

Willemsen, Reinhard, und Janine Rechel, Cash-Pooling und die insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit absteigender Darlehen - Unterschätzte Risiken für Gesellschafter, Betriebs Berater 2009, S. 2215 (zit.: *Willemsen / Rechel*, BB 2009)

Winter, Michael, Upstream-Finanzierung nach dem MoMiG-Regierungsentwurf - Rückkehr zum bilanziellen Denken, DStR 2007, S. 1484 (zit.: *Winter*, DStR 2007)

Wirsch, Stefan A., Die Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs, Der Konzern 2009, S. 443 (zit.: *Wirsch*, Der Konzern 2009)

Wissmann, Manfred, MoMiG - Das neue GmbH-Recht, Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2009 (zit.: *Wissmann*, Das neue GmbH-Recht)

Wolf, Thomas C., Reform der GmbH-Rechnungslegung durch das MoMiG, BBK 2008, S. 1005 (zit.: *Wolf*, BBK 2008)

—, Gesellschafterdarlehen nach MoMiG, BBK 2009, S. 542 (zit.: *Wolf*, BBK 2009)

Impressum: FH Gelsenkirchen, Fachbereich Wirtschaftsrecht, August-Schmidt-Ring 10, D-45665 Recklinghausen
www.wirtschaftsrecht.fh-gelsenkirchen.de/rewir

Dieser Text steht unter der Lizenz ‚Namensnennung- Keine kommerzielle Nutzung - Keine Bearbeitung 3.0 Deutschland' (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de/)