

MIDR

Heft 4

25. Februar 2011
S. 201 – 268
PVSt 4954

Zeitschrift
für die
Zivilrechtspraxis

Aufsätze

- Verfahrensrecht:** Rechtsbehelfsbelehrungen und Wiedereinsetzung im Zivilprozess (*RiLG Dr. Hartmut Rensen*) 201
- Arbeitsrecht:** Kündigung wegen vorsätzlicher Straftaten mit geringem Schaden (*RA Dr. Roman F. Adam*) 205
- Bankrecht:** Cash Pooling – Strategien zur Vermeidung der Haftungsgefahren (*RAuFAStR Dr. Harald Kollrus*) 208

Rechtsprechung

- Vorkaufsrecht:** Bestand trotz Vertragsaufhebung (BGH v. 1.10.2010) 213
- Betriebskosten:** Vorbehaltlose Zahlung einer Nachforderung (BGH v. 12.1.2011) 214
- Bauvertrag:** Übersicherung des Auftraggebers (BGH v. 9.12.2010) 219
- Kfz-Recht:** Sachverständigenhaftung gegenüber Gebrauchtwagenkäufer (BGH v. 12.1.2011) 222
- Erbrecht:** Untergang des Vorkaufsrechtes eines Miterben bei Veräußerung des Erbanteils (BGH v. 19.1.2011) 235
- Arbeitsrecht:** Fristlose Kündigung wegen Vermögensdelikt mit geringfügigem Schaden (BAG v. 10.6.2010) 236
- Bankrecht:** Konkludente Genehmigung einer Einzugsermächtigungslastschrift (BGH v. 23.11.2010) 245
- Insolvenzrecht:** Unverschuldete Nichtanmeldung des Rechtsgrunds einer Insolvenzforderung (BGH v. 16.12.2010) 259

Bankrecht

tig in den unteren Instanzen der Arbeitsgerichtsbarkeit wohl auch Entscheidungen zu erwarten, welche selbst höhere Schäden von etwa 50 EUR oder mehr als Bagatellen einstufen und eine Abmahnung fordern, wenn die Täter dem Betrieb schon viele Jahre angehören. Das BAG stellt in seinem Urteil vom 10.6.2010²³ allerdings auch fest, dass Straftaten sogar ohne jeden Schaden zumindest bei wiederholter Pflichtverletzung nach Abmahnung einen Kündigungsgrund darstellen können.²⁴

V. Fazit

Außerordentliche Kündigungen von Arbeitnehmern wegen Eigentums- und Vermögensdelikten, die sich auf geringfügige Werte beziehen, sind zu Unrecht ins Gerede gekommen. Eines Wiederholungsfalls nach vorheriger Abmahnung bedarf es grundsätzlich nicht, weil Arbeitnehmern das Verbot bekannt und die Billigung ihres Verhaltens ausgeschlossen ist. Verstöße gegen sinnlose Weisungen, etwa das Verbot der Aneignung von Speiseresten, die ohnehin weg geworfen worden wären, sind aller-

dings kein Kündigungsgrund, sofern der Arbeitgeber nicht ausdrücklich ihre Bezahlung verlangt und dies vorher bekannt gemacht hatte. Die Entwendung für den Arbeitgeber völlig wertloser Sachen rechtfertigt eine Kündigung nur unter besonderen Umständen. Diebstahl oder Unterschlagung geringwertiger Sachen sind zwar oft kaum der wahre oder alleinige Grund für die Entlassung, woraus jedoch nicht zwingend auf eine Maßregelung des Arbeitnehmers (§ 612a BGB) geschlossen werden kann. Das BAG hat allerdings in einer kürzlich ergangenen Entscheidung die störungsfreie Dauer der Betriebszugehörigkeit auch bei Vertrauensstellungen in die Abwägung einbezogen, was jedoch keine Zustimmung verdient, weil beide Kriterien dem Schaden als inkommensurable Größen gegenüber stehen.

23 BAG, s. Fn. 9, im ersten Leitsatz, was mangels Veranlassung in den Gründen jedoch nicht weiter ausgeführt wurde.

24 Oben unter III. wurde aber schon darauf hingewiesen, dass es sich hierbei um Ausnahmen handelt. Dies entspricht wohl auch der Tendenz des Urteils vom 10.6.2010.

BANKRECHT

Cash Pooling – Strategien zur Vermeidung der Haftungsgefahren

RAuFASr Dr. Harald Kollrus

Die Sicherung der Liquiditätsversorgung ist eine der vorrangigsten betriebswirtschaftlichen Aufgaben eines Unternehmens. Neben der Realisierung gebundenen Kapitals bietet sich gerade in Konzernstrukturen die Optimierung der Kassenhaltung durch Konzentrierung sämtlicher Betriebsmittel an. Der Beitrag gibt einen Überblick über die Risiken des Cash Pooling und beschreibt Strategien zur Reduzierung der Haftungsgefahren am Beispiel einer GmbH.

1. Rechtliche Ausgestaltung eines Cash Pools

Beim Cash Pool wird ein zentrales Konto (Zentral- oder Zielkonto) auf Basis eines Girovertrages, ein Zahlungsdienstrahmenvertrag gem. § 675f II BGB¹ mit Kontokorrentabrede i.S.v. § 355 I HGB,² eröffnet. Kontoinhaberin dieses Zentralkontos ist eine kontoverwaltende Betriebsgesellschaft (Treasurer oder Inferent). Sie ist aufgrund ihres wirtschaftlichen und gesellschaftsrechtlichen Einflusses oftmals die Konzernmutter selbst, alternativ eine hierzu eigens gegründete Gesellschaft.³ Entweder manuelle Einzelüberweisungen oder die automatische tägliche Saldenkonzentration der Betriebsmittelkonten aller beteiligten Unternehmen zum Tagesultimo (Zero-Balancing) sorgen für den täglichen Liquiditätsausgleich.⁴ Eine etwa erforderliche Außenfinanzierung, u.a. die Refinanzierung über den von einem Kreditinstitut eingeräumten Betriebsmittelkredit, wird ausschließlich durch die Betriebsgesellschaft gesteuert. Erst wenn der konzerninterne Liquiditätsausgleich zur Erhaltung der Zahlungsfähigkeit nicht mehr ausreicht, wird auf Außenfinanzierungen zurückgegriffen. Nebeneffekt dieser Betriebsmittelnutzung ist die Zinsoptimierung der Liquiditätshaltung.⁵

2. Risiken des Cash Poolings

Die Einzahlung einer Tochtergesellschaft auf das Zentralkonto kann, wenn sie im zeitlichen Zusammenhang

mit der Erbringung einer Kapitaleinlage steht, als verdeckte Sacheinlage - seit Inkrafttreten des § 19 IV 1 GmbHG unter Anrechnung seines Werts (Differenzhaftung) - die Einzahlungsverpflichtung gem. §§ 30, 31 GmbHG fortbestehen lassen. Die Leistungskondition (§ 812 I 1 BGB) ist hingegen aufgrund bestehender causa ausgeschlossen, nachdem die der Einlage zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte gem. § 19 IV 2 GmbHG nunmehr wirksam sind.⁶ Überdies können sich Schadensersatzansprüche nach § 9a GmbHG wegen falscher Erklärungen des Geschäftsführers über die Einlage i.S.v. §§ 8 II, 9 GmbHG⁷ ergeben, ggf. auch wegen schuldhaften Verstoßes gegen die Grundsätze der Bilanzierung und Bewertung, vornehmlich der Bilanzwahrheit i.S.v. § 243 I, 264 II HGB und des in § 253 HGB manifestierten Niederstwertprinzips (§ 43 II GmbHG).⁸

Im Hinblick auf die Kapitalerhaltung birgt die Liquiditätskonzentration die Gefahr in sich, dass eine in die Unternehmenskrise geratene Muttergesellschaft unwieder-

▷ Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht in München.

1 Palandt/Sprau, BGB, 70. Aufl. 2011, § 675 Rz. 11, Einf. v. § 675c Rz. 5.

2 Palandt/Sprau, s. Fn. 1, § 675f Rz. 24; Schimansky in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 2007, § 47 Rz. 38.

3 Benz, Verdeckte Sacheinlage und Einlagenrückzahlung im reformierten GmbH-Recht (MoMiG), 2010, S. 46; Kieth, DStR 2005, 1573 (1576).

4 Heckschen/Heidinger, Die GmbH, 2. Aufl. 2009, § 11 Rz. 74; § 16 Rz. 34; Michalski/Heidinger, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 30 Rz. 80; Saenger/Koch, GmbHR 2010, 113; Theusinger, NZG 2009, 1017.

5 Heckschen/Heidinger, s. Fn. 4, § 11 Rz. 75; Kieth, s. Fn. 3, 1573; vgl. BR-Drucks. 354/07, 93.

6 BGH v. 22.3.2010 – II ZR 12/08 (ADCOCOM) Rz. 19, 49, MDR 2010, 756 f. = NJW 2010, 1948 = ZIP 2010, 1062, mit erläuternder Anm. v. Pentz, GmbHR 2010, 673 f.; im Ergebnis ebenso Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 19 Rz. 86, 102; Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 134, 139.

7 BR-Drucks. 354/07 92; Bayer, s. Fn. 6, § 19 Rz. 73, 105; Heckschen/Heidinger, s. Fn. 4, § 11 Rz. 98 zur Strafbarkeit; vgl. Pentz, s. Fn. 6, zur falschen Erklärung i.S.v. § 9 GmbHG.

8 Bayer, s. Fn. 6, § 19 Rz. 96.

Bankrecht

bringlich Kapital aus dem gemeinsamen Cash Pool abzieht.⁹ Bei Insolvenz der Muttergesellschaft müsste die Tochtergesellschaft wegen der Nachrangigkeit (§ 39 I Nr. 5 InsO) erfahrungsgemäß mit einem Ausfall ihrer Rückforderungsansprüche i.S.v. § 31 GmbHG¹⁰ rechnen. Ihre Liquiditätssituation verschärft sich zusätzlich, wenn der Insolvenzverwalter Konzerninterne Kompensationszahlungen im Nachhinein nach §§ 129 ff. InsO, insb. nach 135 InsO anfight.¹¹ Die Folge wäre die ganze oder teilweise Rückgewährung des Stammkapitals der am

Cash Pool beteiligten Tochtergesellschaft, was wiederum eine Geschäftsführerhaftung nach § 43 III GmbHG auslösen könnte.¹² Bereits im Vorfeld droht die materielle Unterkapitalisierung, also ein unangemessenes Verhältnis zwischen Geschäftsart und -umfang der Tochtergesellschaft zu ihrer Eigenkapitalausstattung.¹³ Je nach Schwere des Verstoßes kann dies bei Nachweis von Vorsatz gem. § 826 BGB zu Schadensersatz¹⁴ und Kondiktionsansprüchen¹⁵ führen, insbesondere bei Zahlungen unter Verstoß gegen den Kapitalerhaltungsgrundsatz (§ 30 I GmbHG), aber auch bei unzulässiger verdeckter Gewinnausschüttung unter den Gesichtspunkten fehlender Gleichbehandlung und Verletzung der Treuepflicht. Sofern das Resultat in einer konkreten Existenzgefährdung besteht, kommen für Geschäftsführer die Haftungstatbestände der §§ 43 II, 64 S. 3 GmbHG und § 823 II BGB i.V.m. § 266 StGB zum Ansatz.¹⁶ Verhindert der unerwartete Geldentzug die Begleichung von Steuerschulden, kann ein Geschäftsführer als gesetzlicher Vertreter einer GmbH gem. §§ 69, 34 AO (i.V.m. §§ 191 I, 219 AO) für Steuerausfälle haften, insbesondere wegen Verletzung des Grundsatzes anteiliger Tilgung oder bei zweckfremder Verwendung von Mitteln, die für die Bezahlung bereits entstandener, wenn auch noch nicht fälliger Steuerforderungen vorgesehen waren.¹⁷

3. Strategien zur Vermeidung der Haftungsgefahren

Die Haftung lässt sich durch Ausnutzung der in §§ 30 I, 19 V GmbHG normierten Ausnahmen zu Kapitalerbringung¹⁸ und -erhaltung sowie durch Ausweisung eines möglichst hohen bilanziellen Eigenkapitals minimieren. Hilfsweise lassen sich wirtschaftlich annähernd gleichwertige Ergebnisse durch Zugeständnisse der Bank verwirklichen.

a) Leistungen an Gesellschafter mit Kreditcharakter und ihre Rückzahlung

Das Auszahlungsverbot¹⁹ des § 30 I 1 GmbHG greift nach § 30 I 2 Alt. 2 GmbHG dann nicht, wenn die Tochtergesellschaft gegen die Muttergesellschaft einen Rückzahlungsanspruch erhält, der ihren Leistungen mit Kreditcharakter (upstream loans) gleichwertig ist.²⁰ Hintergrund ist, dass nach bilanzieller, buchhalterischer Denkweise bei der Tochtergesellschaft nur ein erfolgsneutraler, wenngleich liquiditätswirksamer Aktivtausch von gleichwertigen Vermögenspositionen (per Rückzahlungsforderung an Bankkonto) stattfindet.²¹ Für den Wert der Gegenleistung ist nach dem Wortlaut des § 30 I 2 GmbHG das Deckungsgebot einschlägig.²² Folglich wird kein Eigenkapital entzogen. Es ist also nicht der Buchwert bei der Muttergesellschaft, sondern der tatsächliche Verkehrswert, mithin der Nominalbetrag der Forderung im Zeitpunkt der Entstehung dieser Forderung bzw. Stellung der Sicherheiten entscheidend (arg. e § 253 I, II, 255 I HGB).²³ Deshalb sind Kredit- bzw. Sicherheitsleistungen und erst recht ist das reine Stillhalten, also die Beibehaltung der bisherigen Linie und das passive Abwarten der künftigen Entwicklung sowohl vom Wortlaut des § 30 I 1 GmbHG (Auszahlen als aktive Handlung) als auch historisch²⁴ und systematisch²⁵ als neutral zu beurteilen.²⁶ Die Tochtergesellschaft tauscht somit ihr Giralgeld in eine kraft § 30 I 1 GmbHG vollwertige Rückzahlungsforderung ein. Die zusätzliche Bedingung, dass die Gegenleistung liquides Betriebsvermögen, also eine sofort zur Rückzahlung fällige Forderung ist, wird für die Rechtmäßigkeit dieser Kreditgewährung an die Muttergesellschaft seit Inkrafttreten des MoMiG nicht mehr gestellt.²⁷ Da es nach dem Wortlaut und der ratio legis des

- ⁹ Liebscher, GmbH-Konzernrecht, 2006, Rz. 207, 358 ff.
¹⁰ BGH, s. Fn. 6, Rz. 49; Arens, GmbHR 2010, 905 (910); Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 30 Rz. 51.
¹¹ Bormann/Urtichs, DStR 2009, 641 (645); Kiethe, s. Fn. 3; Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 85; vgl. BR-Drucks. 354/07, 94; Heckschen/Heidinger, s. Fn. 4, § 16 Rz. 39.
¹² KG v. 3.4.2000 – 23 U 865/98, NZG 2000, 1224 f.; Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 30 Rz. 51; Kiethe, s. Fn. 3, 1575; Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 19, 133; Liebscher, s. Fn. 9, Rz. 371, 396; vgl. Michalski/Michalski, s. Fn. 4, Syst. Darst. 1, Rz. 133.
¹³ Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 5 Rz. 6.
¹⁴ BGH v. 31.7.2009 – 2 StR 95/09, GmbHR 2009, 1202 = NJW 2009, 3666 = ZIP 2009, 1860; Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2009, Rz. 5.171, 5.173; Hueck/Fastrich, s. Fn. 13, § 5 Rz. 6, § 13 Rz. 47 und § 30 Rz. 6, 10; Kiethe, s. Fn. 3, 1575; Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 147 f. zusätzlich eine Durchgriffshaftung befürwortend; BGH v. 8.7.1970 – VIII ZR 28/69, BGHZ 54, 222 (224 f.) = NJW 1970, 2015; vgl. Bayer in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 19 Rz. 98; a.A. Arens, s. Fn. 10, 909, der offenbar nur im Angriff auf das Stammkapital einen Vermögensnachteil sieht.
¹⁵ Hueck/Fastrich, s. Fn. 13, § 29 Rz. 72, 74, vgl. auch § 30 Rz. 12; Kiethe, s. Fn. 3, 1575; Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 132.
¹⁶ BGH, s. Fn. 14, zur Untreue; Bayer in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 19 Rz. 98; Günther, GmbHR 2010, 1250 f.; Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 30 Rz. 6; Hueck/Fastrich, s. Fn. 13, § 30 Rz. 11; Kiethe, s. Fn. 3, 1575; Komo, GmbHR 2010, 230 (231, 235); Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 132; Ott, PStR 2002, 250 (254); Willemssen/Rechel, GmbHR 2010, 349 (351 f.) zur Insolvenzpräventionshaftung nach § 64 S. 3 GmbHG; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, s. Fn. 13, § 43 Rz. 80; vgl. BR-Drucks. 354/07 92, 94; Hirte, s. Fn. 14, Rz. 5.173, 5.175a.
¹⁷ FG Bremen v. 7.7.2005 – 1 K 429/02 Rz. 65, 72, PStR 2006, 56 f. = ZIP 2005, 2159, m. Anm. v. Wegner; Heckschen/Heidinger, s. Fn. 4, § 11 Rz. 75 Fn. 116; Ott, s. Fn. 16, 254. Für die Haftung kommt es allein auf die nominelle Bestellung als Geschäftsführer an, eine privatschriftliche Abbedingung ist unwirksam.
¹⁸ BGH, s. Fn. 6, Rz. 29 ff. mit eingehender Begründung zur Verfassungsmäßigkeit der Wirkung ex tunc; Bormann/Urtichs, s. Fn. 11, 643.
¹⁹ Gleiches gilt für die Stellung von Sicherheiten (upstream securities), Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 30 Rz. 42f; Kieferl/Theusinger, NZG 2008, 801.
²⁰ BR-Drucks. 354/07, 94; Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 11f; vgl. Liebscher, s. Fn. 9, Rz. 210.
²¹ BGH, s. Fn. 6, Rz. 60; Bayer in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 19 Rz. 96; Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 12, 48, 57, vgl. aber Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, Rz. 46, 186; Fronhöfer in Münch.Hdb.GesR III, 3. Aufl. 2009, § 51 Rz. 16, 20; vgl. Kieferl/Theusinger, s. Fn. 19; Merkner/Schmidt-Bendun, NJW 2009, 3072 f.
²² BR-Drucks. 354/07, 94; Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 30 Rz. 25; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, s. Fn. 13, § 30 Rz. 37; Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 58; Fronhöfer, s. Fn. 21, § 51 Rz. 16.
²³ Hirte, s. Fn. 14, Rz. 5.35c, 5.76a; Hommelhoff, s. Fn. 6, § 30 Rz. 32 f.; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, s. Fn. 13, § 30 Rz. 43; Merkt in Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010, § 255 Rz. 7; Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 29, 191; Fronhöfer, s. Fn. 21, § 51 Rz. 16.
²⁴ BR-Drucks. 354/07, 94.
²⁵ Vgl. Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, s. Fn. 13, § 30 Rz. 9, 47 zur insolvenzrechtlichen Lösung; vgl. Braun/de Bra, InsO, 4. Aufl. 2010, § 130 Rz. 25; Derleder/Knops/Bamberger/von Plehwe, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl. 2009, § 35 Rz. 9, wonach die Aufrechterhaltung des vereinbarten status quo auch bei der insolvenzrechtlichen Deckungsanfechtung irrelevant ist.
²⁶ Hueck/Fastrich, s. Fn. 13, § 30 Rz. 43 (str.).
²⁷ BR-Drucks. 354/07, 94; Hirte, s. Fn. 14, Rz. 5.35c; Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 80, 191; vgl. noch zur früheren Rechtsprechung Kiethe, s. Fn. 3, 1574.

Bankrecht

§ 30 I GmbHG nur um den nominellen Erhalt des Stammkapitals geht, kommt es auf die Vereinbarung einer marktüblichen Verzinsung bei den hier zu besprechenden täglich fälligen Betriebsmitteln sowohl nach der streng bilanzrechtlich orientierten Meinung²⁸ als auch nach der Theorie vom normativen Kapitalerhalt²⁹ nicht an. Im Gegenteil, das gegenseitige Aushelfen mit zinsloser Liquidität ist ja gerade der Vorteil des Cash Poolings.

Davon zu unterscheiden ist die laufende Pflicht i.S.v. § 43 I GmbHG zur Prüfung und Einhaltung des Stammkapitals (arg. e § 15a I 1 InsO) und zur Überwachung eines mit den übrigen Poolteilnehmern abgestimmten Liquiditätsplanes.³⁰ Wegen der oben beschriebenen Gefahren des unvorhergesehenen Betriebsmittelverlusts³¹ sind an die Einhaltung dieser Verpflichtung erhöhte Anforderungen zu stellen.³² Voraussetzung hierfür ist die Implementierung eines Informations- und Frühwarnsystems.³³ Außerdem ist im Zuge der Forderungsbewertung die Solvenz der Muttergesellschaft zu prüfen (§ 43 II, III GmbHG).³⁴ Während die wirtschaftlichen Verhältnisse der Muttergesellschaft bei vertragsgerechtem Verhalten der Poolmitglieder in Anlehnung an die durchaus anspruchsvollen Anforderungen an Kreditinstitute für deren Bonitätsüberwachung ihrer Kreditnehmer nach § 25a I KWG i.V.m. BTO 1.2 Nr. 6, 1.2.2 Nr. 2 MaRisk³⁵ einer nur halb- oder jährlichen Bonitätsbeurteilung unterzogen werden können, bedarf der Liquiditätseinsatz einer ständigen Überwachung.³⁶ Bei Gefahren für ihr Eigenkapital ist die Tochtergesellschaft nach Erkennen der Risikosituation zum unverzüglichen Eingreifen, notfalls zur fristlosen Aufkündigung des Cash Pool-Vertrages gezwungen.³⁷ Cash Pool-Vereinbarungen müssen also entsprechende Aufklärungs- und Auskunftsansprüche enthalten.

Damit korrespondiert der umgekehrte Fall als zweite Ausnahme, die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens i.w.S.³⁸ gem. § 30 I 3 GmbHG. Sie ist nur die konsequente Fortführung der Regelung zur Kreditgewährung an Gesellschafter. Buchhalterisch handelt es sich auch hier um eine erfolgsneutrale, wenngleich liquiditätswirksame Bilanzverkürzung; mit der Rückzahlung an die Tochtergesellschaft entfällt gleichzeitig die in der Bilanz der Muttergesellschaft passivierte Verbindlichkeit in entsprechender Höhe.³⁹ Im Regelfall, solange kein Rangrücktritt gem. § 39 II InsO erklärt wird, wird dadurch kein Gesellschaftervermögen ausbezahlt.⁴⁰

b) Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag

Die dritte, rechtssicherste Ausnahme vom Grundsatz der Kapitalerhaltung wird in § 30 I 2 GmbHG reglementiert. Wurde ein Beherrschungsvertrag (§ 291 I 1 Alt. 1 AktG) oder ein Gewinn- bzw. Ergebnisabführungsvertrag i.S.v. § 291 I 1 Alt. 2 AktG geschlossen, so verstoßen Leistungen der abhängigen Organgesellschaft an die beherrschende Organträgerin gem. § 291 III AktG nicht gegen die Kapitalerhaltungsregeln des § 30 I 1 GmbHG.⁴¹ Dafür wird eine Verlustübernahmeverpflichtung gem. § 302 I AktG begründet.⁴² Gleichzeitig lässt der Gewinnabführungsvertrag körperschafts- und gewerbsteuerliche Organschaften gem. §§ 14, 17 KStG, 2 II 2 GewStG entstehen.⁴³ Die Einkünfte der gewinnabführenden Gesellschaft werden der gewinnberechtigten Gesellschaft zugerechnet, so dass insbesondere die Möglichkeit eines Verlustausgleichs eröffnet wird (§§ 14 KStG, 8 Nr. 10 GewStG).⁴⁴ Der Genussrechtsvertrag, die stille Beteiligung und alle sonstigen eigenkapitalähnlichen Mezzaninfinanzierungen gelten zwar wegen ihrer gewinnorientierten Vergütung (vgl. §§ 231 I, 232 III HGB, 8 III 2

KStG) steuerrechtlich als Teilgewinnabführungsverträge.⁴⁵ Aufgrund der unzureichenden Verlustbeteiligung (§ 232 III HGB) sind sie aber keine geeigneten Instrumente zur Aufhebung der Kapitalbindung i.S.v. §§ 291 III AktG, 30 I 2 GmbHG. Gleiches gilt wegen des Theaurierungsverbots (§ 5a III GmbHG) für die UG (haftungsbeschränkt).⁴⁶

Nach dem Wortlaut des § 30 I 2 GmbHG kommt es bei Bestehen eines Unternehmensvertrages auf die Vollwertigkeit der Gegenleistung und einer Verlustübernahme gem. § 30 GmbHG nicht mehr an. Unabhängig davon ist jedoch diese Forderung unter Berücksichtigung der Bonität der Muttergesellschaft zu bewerten. Bei fehlender Bonität der Muttergesellschaft als Schuldnerin ist diese For-

28 Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 30 Rz. 30; Kiefer/Theusinger, s. Fn. 19, 804.

29 Altmeyen, ZIP 2009, 49 (52); Kiethe, s. Fn. 3; Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 201; vgl. Liebscher, s. Fn. 9, Rz. 360 f.

30 Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 30 Rz. 37, 40, der davon die Vollwertigkeit der Forderung gegen die Muttergesellschaft abhängig macht; Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 49.

31 Liebscher, s. Fn. 9, Rz. 359.

32 Bayer in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 19 Rz. 96; Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 30 Rz. 40; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, s. Fn. 13, § 43 Rz. 22c.

33 BGH v. 1.12.2008 – II ZR 102/07 (MPS) Rz. 14, BGHZ 179, 71 = NJW 2009, 850 = ZIP 2009, 70; Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 30 Rz. 31; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, s. Fn. 13, § 30 Rz. 56; Saenger/Koch, s. Fn. 4, 117; Willemsen/Rechel, s. Fn. 16, 349; vgl. BR-Drucks. 354/07, 94.

34 Bayer in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 19 Rz. 96; Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 30 Rz. 49; vgl. BR-Drucks. 354/07, 94.

35 Rundschreiben 11/2010 der BaFin v. 15.12.2010; im Ergebnis ebenso Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 80.

36 Vgl. Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, s. Fn. 13, § 30 Rz. 43; vgl. BRat-Drucks. 354/07 S. 94; a.A. Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 55.

37 Bayer in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 19 Rz. 96; Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 30 Rz. 38, 49.

38 OLG Düsseldorf v. 3.7.2008 – I-17 U 124/08, MDR 2010, 158, Gesellschafterdarlehen durch Bürgschaftsübernahme; Günfer, s. Fn. 16, 1251, 1254; Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 209 u. Schmidt/Werner, GmbHR 2010, 29 f. zu stiller Beteiligung und Genusskapital.

39 Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 30 Rz. 5; Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 14, 30.

40 Benz, s. Fn. 3, S. 49.

41 Benz, s. Fn. 3, S. 49; Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 30 Rz. 47; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, s. Fn. 13, § 30 Rz. 44 und SchlAnhKonzernR Rz. 25f, 128; Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 10; Mühl/Wagenseil, NZG 2009, 1253 f.; Sarrazin in Lenski/Steinberg, GewStG, Lfg. 99 9/2010, § 2 Anm. 3024.

42 BMF-Schreiben v. 19.10.2010 – IV C 2 – S 2770/08/1004, GmbHR 2010, 1323; Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 212; Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 30 Rz. 47; Neumayer/Immsweiler, GmbHR 2011, 57 (60) zur Berechnung des abzuführenden Gewinns; Sarrazin, s. Fn. 41, § 2 Anm. 3204.

43 R 60 II, IV KStR; BFH v. 21.10.2010 – IV R 21/07, GmbHR 2011, 40 ff.; BFH v. 3.3.2010 – I R 68/09 Rz. 17, 19, GmbHR 2010, 661 f. = DStR 2010, 858 und Neumayer/Immsweiler, GmbHR 2011, 57, zu den Anforderungen an einen Gewinnabführungsvertrag; Erle/Heuring in Erle/Sauter, KStG, 3. Aufl. 2010, § 14 Rz. 153 ff.; Güroff in Glanegger/Güroff, GewStG, 7. Aufl. 2009, § 2 Rz. 377 f.; Kinzl, AG 2010, 447 f.; Kozikowski/Gröbl in Beck, Bil-Komm, 7. Aufl. 2010, § 271 Rz. 130f; Mühl/Wagenseil, s. Fn. 41; Sarrazin, s. Fn. 41, § 2 Anm. 3204; Schmidt/Werner, GmbHR 2010, 29 (31); Streck/Olbing, KStG, 7. Aufl. 2008, § 14 Rz. 91; Walter, AG 2010, 669.

44 Erle/Heuring in Erle/Sauter, s. Fn. 43, § 14 Rz. 220 ff.; Güroff in Glanegger/Güroff, s. Fn. 43, § 2 Rz. 385, § 8 Nr. 1a Rz. 97; Kolbe in Herrmann/Heuer/Raupach, Lfg. 236 5/2009, § 14 KStG Anm. 10 zu den Vor- und Nachteilen; Kozikowski/Gröbl in Beck Bil-Komm, s. Fn. 43, § 271 Rz. 102; Mühl/Wagenseil, s. Fn. 41, S. 1257; Streck/Olbing, s. Fn. 43, § 14 Rz. 160, 162; Loose in Tipke/Kruse, AO FGO, Lfg. 124 2010, AO § 73 Rz. 2.

45 HHR/Kolbe, s. Fn. 44, § 14 Anm. 16, 58 „Stille Gesellschaft“; Mühl/Wagenseil, s. Fn. 41 zum Meinungsstreit.

46 A.A. Rubel, GmbHR 2010, 470 f., nach dessen Meinung die UG (haftungsbeschränkt) analog §§ 291 I 1, 300, 301 AktG vollwertig in eine Konzernstruktur eingebunden werden kann.

derung gem. § 253 IV HGB wertzuberichtigen. Weist die Tochtergesellschaft zusätzlich eine Unterbilanz aus, kommt das Auszahlungsverbot mit allen haftungsrechtlichen Gefahren zum Tragen.⁴⁷

c) Kapitalerbringung

Bei Einzahlungen der Tochtergesellschaft im engen zeitlichen Zusammenhang mit Erbringung der Kapitaleinlage durch die Muttergesellschaft werden diese Kapitalerhaltungsregelungen durch die Kapitalerbringungsregelungen des § 19 IV, V GmbHG für die Frage, wann einer Zahlung Tilgungswirkung für die Stammeinlage zukommt, ergänzt.⁴⁸ Durch das reine Hin- und Herzahlen i.S.v. § 19 V GmbHG wird die Kapitaleinlage nicht betroffen. Neben einer entsprechenden Absprache vor Erbringung der Einlage und vor der Handelsregisteranmeldung⁴⁹

und gegen Erhalt eines vollwertigen, jederzeit fälligen oder durch fristlose Kündigung jederzeit fällig stellbaren Rückgewähranspruches⁵⁰ kommt es nach § 19 V GmbHG vor allem darauf an, ob diese Einlagenrückzahlung eine verdeckte Sacheinlage darstellt.⁵¹ Das Unterscheidungskriterium ist dabei, ob das Zentralkonto im Zeitpunkt der Einzahlung durch das Tochterunternehmen einen Sollsaldo, also eine Forderung der Mutter gegen die Tochtergesellschaft aufweist.⁵² In diesem Fall hatte die Mutter an die Tochtergesellschaft ein Darlehen ausgereicht, welches mit der Einzahlung getilgt wird. Wirtschaftlich kommt dies einem Verzicht auf die von der Muttergesellschaft aktivierten Darlehensforderung gleich.⁵³ Die Einzahlung ist dann keine Bareinlage, sondern als Forderungserlass (§ 397 BGB), also als (schädliche) verdeckte Sacheinlage zu qualifizieren.⁵⁴

Weist das Zentralkonto hingegen schon vor dieser Zahlung eine Verbindlichkeit ggü. der Tochtergesellschaft (Haben-Saldo) auf, erhöht sich diese mit Einzahlung der Tochtergesellschaft. Somit hat die Tochtergesellschaft an die Muttergesellschaft quasi ein neues Darlehen gewährt.⁵⁵ Dieser Vorgang ist ausnahmsweise nicht als verdeckte Sacheinlage zu qualifizieren, selbst wenn die Gleichwertigkeit von Bareinlage und der nur schuldrechtlichen Darlehensrückzahlungsforderung fragwürdig erscheint.⁵⁶ Bei dieser Darlehensvaluierung handelt es sich um ein zulässiges Hin- und Herzahlen i.S.d. § 19 V GmbHG. Zweifelsfälle wie z.B. die Zuordnung einzelner Leistungen auf die noch offene Einlage beim Zero-Balancing gehen zu Lasten der Tochtergesellschaft.⁵⁷ In der eingangs erwähnten Cash Pooling-Absprache muss folglich klargestellt werden, welche Zahlung eine Einzahlung von Eigenkapital zur endgültigen freien Verwendung der Tochtergesellschaft ist.⁵⁸ Zusätzlich sollte das Zentralkonto im Stadium der Kapitalaufbringung kreditorisch geführt werden, also stets eine Einlage der Tochtergesellschaft aufweisen.

Die Geltung des § 19 V GmbHG für Kapitalerhöhungen wurde höchstrichterlich noch nicht entschieden. Über den Wortlaut des § 56 II GmbHG hinaus kann für den Fall der Kapitalerhöhung nichts anderes gelten. Zum einen nehmen §§ 56 II, 19 V GmbHG aufeinander Bezug.⁵⁹ Zum anderen wird nur so eine einheitliche Kapitalerbringungsregelung gewährleistet. Da eine höchstrichterliche Entscheidung noch aussteht, wird angeraten, diese Haftungsproblematik dadurch zu umgehen, dass anstelle von Kapitalerhöhungen nur Zuzahlungen gem. § 272 II Nr. 4 HGB mit dem gleichen finanziellen Effekt vorgenommen werden.⁶⁰

d) Bilanzrechtliche Vorkehrungen zur Vermeidung einer Unterbilanz

Für die Frage der Unternehmenskapitalisierung und des Erhalts des Stammkapitals sind die nach allgemeinen Bilanzierungsgrundsätzen ermittelten Buchwerte der Aktiva (Vermögenspositionen) maßgeblich.⁶¹ Stille Reserven bleiben kapitalerhöhend unberücksichtigt, sofern sie nicht im Zuge ordnungsgemäßer Bilanzierung gehoben wurden.⁶² So gesehen ist das bilanzielle Eigenkapital möglichst hoch auszuweisen. Doch allein die Erhaltung des Stammkapitals oder die Insolvenz der Muttergesellschaft sind keine sachliche Rechtfertigung i.S.v. § 252 II HGB für eine Abweichung vom Fortführungs- oder Going concern-Prinzip (§ 252 I Nr. 2 HGB) und von der materiellen Bilanzkontinuität (Bewertungsstetigkeit; §§ 246 III 1, 252 I Nr. 6 HGB).⁶³ Für die Änderung von Bewertungs- und Bilanzwahlrechten müssen andere tragende Gründe hinzukommen.⁶⁴ Will man ausstehende Einlagen als Eigenkapital ausweisen, müssen sie ab 1.1.2010 (Art. 66 III EGHGB) eingefordert werden (§ 272 I 2, 3 HGB).⁶⁵ Es sind sämtliche Formen der The-

- 47 Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, s. Fn. 13, § 30 Rz. 45; Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 213 f.; im Erg. Kiefner/Theusinger, s. Fn. 19, 804 f.
- 48 BGH, s. Fn. 6, Rz. 14; BGH v. 20.7.2009 – II ZR 273/07 (Cash Pool II) Rz. 19, NZI 2009, 616 = NJW 2009, 3091 f. = ZIP 2009, 1561.
- 49 Bayer in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 19 Rz. 92 und Bormann/Urlisch, s. Fn. 11, 644, die im Zweifel von einer widerleglichen Vermutung zugunsten einer Abrede ausgehen; vgl. Herrler, GmbHR 2010, 785 (787 ff.), der entgegen der Auffassung des BGH eine nachträgliche Offenlegung für zulässig ansieht (sehr str.).
- 50 BGH, s. Fn. 48, Rz. 14.
- 51 BR-Drucks. 354/07, 90, 92; BGH, s. Fn. 6, Rz. 11; BGH v. 16.2.2009 – II ZR 120/07 (Qivive) Rz. 8, 16, MDR 2009, 638 = NJW 2009, 2375 = ZIP 2009, 780; Bayer in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 19 Rz. 88, 91, 100.
- 52 BGH, s. Fn. 48, Rz. 10; Bayer in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 19 Rz. 105; Heckschen/Heidinger, Rz. 4, § 11 Rz. 113; Theusinger, s. Fn. 4; vgl. Merkner/Schmidt-Bendun, s. Fn. 21, 3073.
- 53 Bayer in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 19 Rz. 105, 111; Bormann/Urlisch, s. Fn. 11, 642; Merkner/Schmidt-Bendun, s. Fn. 21, 3073.
- 54 BR-Drucks. 354/07, 90; BGH, s. Fn. 48, Rz. 10; Bayer in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 19 Rz. 105.
- 55 BGH, s. Fn. 48, Rz. 15, der bei anfänglichem teilweisen Negativsaldo eine betragsmäßige Aufteilung vornimmt; Bormann/Urlisch, s. Fn. 11, 642; Merkner/Schmidt-Bendun, s. Fn. 21, 3073; Theusinger Fn. 4.
- 56 Bayer in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 19 Rz. 89; Saenger/Koch, s. Fn. 4, 115 ff.; vgl. BR-Drucks. 354/07, 90.
- 57 BR-Drucks. 354/07, 92; BGH, s. Fn. 6, Rz. 16; BGH, s. Fn. 48, Rz. 22, 25; vgl. Bayer in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 19 Rz. 95, 111; Pentz, s. Fn. 6, 681; a.A. Bormann/Urlisch, s. Fn. 11, 642, die in Zweifelsfällen eine steuerlich privilegierte Hin- und Herzahlung annehmen.
- 58 Bayer in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 7 Rz. 22, § 19 Rz. 86; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, s. Fn. 13, § 19 Rz. 73; Pentz, s. Fn. 6, 681.
- 59 Bayer in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 19 Rz. 90.
- 60 Frhr. v. Schnurbein, GmbHR 2010, 568 (575); vgl. BGH, s. Fn. 6, Rz. 47, der zwischen Bareinlage und Kapitalrücklage i.S.v. § 272 II Nr. 4 HGB differenziert.
- 61 Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 30 Rz. 12, der für die Ermittlung des Reingewinns die Erstellung einer Zwischenbilanz fordert; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, s. Fn. 13, § 30 Rz. 17; Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 27; Fronhöfer, s. Fn. 21, § 51 Rz. 18, 20, 24 wonach die einfache Feststellung des Reingewinns zum Zeitpunkt der Auszahlung reicht.
- 62 Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 30 Rz. 12, 16; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, s. Fn. 13, § 30 Rz. 17; vgl. IDW PS 800 Rz. 45; a.A. Fronhöfer, s. Fn. 21, § 51 Rz. 19.
- 63 Hirte, s. Fn. 14, Rz. 5.35c; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, s. Fn. 13, § 30 Rz. 17; Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 28 f.; vgl. IDW ERS HFA 17 n.F. Rz. 42 zum Going Concern-Prinzip bei der Muttergesellschaft; IDW ERS HFA 38 n.F., Rz. 14 zu sachlichen Rechtfertigung einer Abweichung vom Grundsatz der Beibehaltung der Ansatz- und Bewertungsmethoden.
- 64 Beispiele in Winkeljohann/Büssow in Beck Bil-Komm., s. Fn. 43, § 252 Rz. 75 ff.; für die Bewertungsstetigkeit vgl. IDW, s. Fn. 62, Rz. 14.
- 65 Haag/Löffler/Aigner, PK-HandelsR, 1. Aufl. 2009, § 272 Rz. 4; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, s. Fn. 13, § 30 Rz. 15; Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 34; vgl. Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 30 Rz. 13, und noch zu § 272 HGB a.F. Fronhöfer, s. Fn. 21, § 51 Rz. 20, die auch nicht eingeforderte Einlagen für aktivierbar halten.

Bankrecht

saurierung, z.B. durch Einstellung in Gewinnrücklagen oder als Gewinnvortrag (§§ 272 III HGB, 5a III, 29 II GmbHG), und erst recht als Einlage in Form von Kapitalrücklagen (§ 272 II HGB) bei der Berechnung des Reinvermögens werterhöhend zu berücksichtigen.⁶⁶ Ihnen kommt selbst in der vom Vorsichtsprinzip geprägten Bilanzanalyse Eigenkapitalcharakter zu.⁶⁷ Gesellschafterdarlehen sind hingegen grds. Fremdkapital.⁶⁸ Für Darlehensrückzahlungsansprüche muss ein Rangrücktritt i.S.v. § 39 II InsO (ggf. auch in Kombination mit einem Besserungsschein) vereinbart werden, damit ihre Passivierungspflicht i.S.v. §§ 39 II, 19 II 2 InsO entfällt und in Folge dessen Gesellschafterdarlehen grds. dem Eigenkapital zugerechnet werden können.⁶⁹ Rückstellungen gem. § 249 HGB als Aufwandsvorsorge und Aufwendungen für Ingangsetzung und Erweiterung des Geschäftsbetriebs nach § 269 HGB a.F., eine Bilanzhilfe zur Vermeidung des sofortigen Aufwandsabzuges, sind in Abzug zu bringen.⁷⁰ Wegen der Äquivalenzvermutung für Leistung und Gegenleistung von Rechtsgeschäften sind derivativ erworbene Firmenwerte nach § 246 I 4 HGB aktivierungspflichtige Vermögensgegenstände,⁷¹ während originäre Firmenwerte nach wie vor als reine Bilanzhilfe (§ 248 II HGB) verstanden werden und deshalb in Abzug zu bringen sind.⁷²

e) Buchhalterische Sicherstellung des Stammkapitals (Conditional Balancing)

Um die Kapitaleinlage zur freien Verfügung (§ 19 I GmbHG) nicht zu gefährden und um einen unvorhergesehenen Stammkapitalentzug, ggf. auch eine materielle Unterkapitalisierung zu vermeiden, mag als – wenn auch kapitalintensives – Hilfsinstrument die Separierung des auf das Stammkapital eingezahlten Betrages, ggf. ein zusätzliches Mindestkapital in Höhe des übrigen Stammkapitals und, aufgrund des täglichen Zahlungsverkehrs u.U. zzgl. eines weiteren Kapitalpuffers auf einem gesonderten Kapitalkonto dienen.⁷³ In Höhe dieses Betrages darf keine Verpflichtung zur Einzahlung in den Cash Pool oder zu deren Besicherung bestehen. Die rein buchhalterische Dokumentation genügt, weil es für § 30 I 1 GmbHG nur auf einen wertmäßigen und nicht auf einen gegenständlichen Kapitalschutz ankommt.⁷⁴

f) Wechselseitig ausnutzbare Kreditlinie und virtuelles Cash Pooling

Eine Alternative ist die Vereinbarung eines wechselseitig ausnutzbaren Betriebsmittelrahmens durch Kreditnehmer als Teilschuldner (§ 420 BGB) außerhalb eines Cash Pools.⁷⁵ Soweit diese Unternehmen keine Haftung für die Verbindlichkeiten des jeweils anderen Unternehmens eingehen,⁷⁶ wird die Bank auf die Kreditwürdigkeit der einzelnen Kreditnehmer abstellen. Für die Höhe der Betriebsmittellinien ist nun die Kapitaldienstfähigkeit der einzelnen Unternehmen entscheidend, was im Einzelfall erhebliche Anforderungen an die zu stellenden Sicherheiten bedeuten kann.

Schließlich kommt als sog. virtueller Cash Pool die rein buchhalterische Verrechnung von Guthaben und Inanspruchnahme der Poolpartner durch die Bank in Frage, wobei deren Kreditengagements ebenfalls physisch getrennt bleiben, jetzt sogar mit voneinander unabhängigen Kreditverträgen.⁷⁷ Die Sollzinsen werden indes nur für die saldierte Inanspruchnahme aller Poolpartner berech-

net. De facto verzichtet die Bank in Höhe des Verrechnungsvolumens auf Ihren Soll-Zinsaufschlag. Der eigentliche Effekt des effizienten Einsatzes konzern-eigener Liquidität bleibt dadurch aus.

Geht es nur um die Reduzierung des Zinsaufwandes, bietet sich als einfachere Lösung die Vereinbarung mit der Bank über die pauschale Reduzierung der Zinsdifferenz (Zinsspread) zwischen Haben- und Sollverzinsung an.⁷⁸

4. Fazit

Die Gleichstellung von Einzahlung und Rückzahlungsforderung sowie die Anerkennung von Unternehmensverträgen durch § 30 GmbHG sorgen beim Cash Pooling für den Erhalt des Stammkapitals nur, solange die Muttergesellschaft wirtschaftlich gesund ist. Wegen der bilanziellen Denkweise kann ggf. eine Optimierung des bilanziellen Kapitalausweises geboten sein. Zur Vermeidung verdeckter Einlagen ist die Cash Pool-Abrede vorab zu treffen und das Zentralkonto in der Phase der Kapitalerbringung kreditorisch zu führen (§ 19 V GmbHG). Ggf. sollte das Stammkapital buchhalterisch außerhalb des Cash Pools separiert werden.

Je nach gesellschaftsrechtlicher Bindung reicht die Palette alternativer Zins- und Liquiditätsoptimierungsformen von der wechselseitig ausnutzbaren Betriebsmittelkreditlinie über den virtuellen Cash Pool bis hin zu reinen Zinsvereinbarungen.

- 66 Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 30 Rz. 11; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, s. Fn. 13, § 30 Rz. 17; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 2010, § 17 Rz. 2; a.A. Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 23 ohne nähere Begründung, der aber gleichzeitig m.E. inkonsequent die Aktivierung eines Firmenwerts, dem kein Substanzwert gegenüber steht, für zulässig ansieht.
- 67 Baetzel/Kirsch/Thiele, Bilanzanalyse, 2. Aufl. 2004, S. 236; Fröschel/Hoffmann in Beck Bil-Komm, s. Fn. 43, § 247 Rz. 150, § 272 Rz. 5; Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 30 Rz. 11; Küting/Weber, Die Bilanzanalyse, 9. Aufl. 2009, 100, 534; Merkt in Baumbach/Höpt, s. Fn. 23, 272 Rz. 1; Raiser/Veil, s. Fn. 66, § 17 Rz. 2.
- 68 Hirte, s. Fn. 14, Rz. 5.121; Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 30 Rz. 14; Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 23; Fronhöfer, s. Fn. 21, § 51 Rz. 21.
- 69 Hirte, s. Fn. 14, Rz. 5.123f, der nachrangige Gesellschafterdarlehen als Eigenkapital charakterisiert; a.A. Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 27, 40; Fronhöfer, s. Fn. 21, § 51 Rz. 21.
- 70 Goitwald/Obermüller/Kuder, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2010, § 97 Rz. 67; Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 30 Rz. 15; Spliedt in Runkel (Hrsg.), AHB Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2008, § 1 Rz. 209, 217; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 13. Aufl. 2010, § 39 Rz. 55.
- 71 Baetzel/Kirsch/Thiele, s. Fn. 67, S. 200; Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 30 Rz. 12; Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 35.
- 72 Baetzel/Kirsch/Thiele, s. Fn. 67, S. 206; Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, s. Fn. 6, § 30 Rz. 12; Michalski/Heidinger, s. Fn. 4, § 30 Rz. 35; Fronhöfer, s. Fn. 21, § 51 Rz. 20.
- 73 Bormann/Urtlichs, s. Fn. 11, 644; Goette, DStR 2006, 767 f.; Heckschen/Heidinger, Rz. 4, § 11 Rz. 79; Hentzen, DStR 2006, 948; Theusinger, s. Fn. 4, 1018; Wessels, ZIP 2006, 1025; vgl. Liebscher, s. Fn. 9, Rz. 369.
- 74 Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, s. Fn. 13, § 30 Rz. 5.
- 75 Bormann/Urtlichs, s. Fn. 11, 645; Rieder, GWR 2009, 268.
- 76 Vgl. Liebscher, s. Fn. 9, Rz. 368.
- 77 Arens, s. Fn. 10, 909; Heckschen/Heidinger, Rz. 4, § 11 Rz. 114, § 16 Rz. 39; Liebscher, s. Fn. 9, Rz. 370; Rieder, s. Fn. 75.
- 78 Vgl. Kiethe, s. Fn. 3.