



Johannes Baare (Autor)

## **Cash-Pooling und die Haftung der Geschäftsführer im faktischen GmbH-Konzern**



**Internationale Göttinger Reihe**

Herausgeber: J.-P. Cuvillier

**RECHTSWISSENSCHAFTEN**

Johannes Baare

**Cash-Pooling und die Haftung  
der Geschäftsführer im faktischen  
GmbH-Konzern**

**Band 44**



**Cuvillier Verlag Göttingen**  
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

<https://cuvillier.de/de/shop/publications/6354>

Copyright:

Cuvillier Verlag, Inhaberin Annette Jentsch-Cuvillier, Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen,  
Germany

Telefon: +49 (0)551 54724-0, E-Mail: [info@cuvillier.de](mailto:info@cuvillier.de), Website: <https://cuvillier.de>



## Kapitel I Einleitung

### A) Einführung

Das Cash-Pooling ist schon seit langem eine aus dem Wirtschaftsleben nicht mehr wegzu-denkende Maßnahme der Konzerninnenfinanzierung.<sup>1</sup> Im Gegensatz zur Außenfinanzierung soll dabei der Liquiditätsbedarf der einzelnen Konzernunternehmen nicht durch die externe Aufnahme von Fremdkapital, sondern durch die bedarfsgerechte Verteilung der im Gesamtkonzern vorhandenen Liquidität sichergestellt werden.<sup>2</sup> Diese wird dazu bei der Konzernspitze oder einer eigens dafür gegründeten Finanzierungsgesellschaft meist bankarbeitstüchtig auf einem zentralen Konto zusammengeführt bzw. „gepoolt“.

Es wird angenommen, dass die Innenfinanzierung von Unternehmensgruppen durch die Einrichtung eines Cash-Pools in Zeiten zunehmender Zurückhaltung der Banken bei der Vergabe von Fremdkapital noch weiter an Bedeutung gewinnen wird.<sup>3</sup> Vor diesem Hintergrund und mit Blick auf die Tatsache, dass deutsche Unternehmen bereits in den 60er und 70er Jahren mithilfe von Cash-Management-Maßnahmen, zu denen u.a. das Cash-Pooling zählt, ihre vorhandene Liquidität zusammenzufassen,<sup>4</sup> erscheint es bemerkenswert, dass sich die höchstrichterliche Rechtsprechung erst in jüngster Zeit – seitdem aber verstärkt – mit den rechtlichen Problemen rund um das Cash-Pooling auseinandersetzen musste.<sup>5</sup> Interessanterweise haben letztlich eine Entscheidung des BGH, deren Sachverhalt vordergründig keinen Bezug zum Cash-Pooling aufwies,<sup>6</sup> und die daraufhin entstandenen Zweifel hinsichtlich der weiteren Zulässigkeit des Cash-Pooling dazu geführt, dass sich auch der Gesetzgeber auf Druck der Wirtschaft veranlasst sah, sich selbst mit dieser Art der Konzernfinanzierung zu befassen und hierfür einen gesetzlichen Rahmen zu schaffen.<sup>7</sup>

Dass die Rechtsprechung und Teile der Literatur dem Cash-Pooling skeptisch gegenüberstanden und -stehen, ist dabei nicht verwunderlich. Hält man sich nämlich die Struktur eines Konzerns vor Augen, so tritt der Unterschied zwischen wirtschaftlicher und juristischer Betrachtungsweise ein und desselben Gegenstandes offen zutage. Was von außen als wirtschaftliche Einheit angesehen wird, besteht unter dem gesellschaftsrechtlichen Blickwinkel aus einer Vielzahl einzelner Unternehmen, bei denen es sich trotz vorhandener Konzernbindung nach wie vor um selbstständige Rechtssubjekte handelt. Dieses Phänomen, das treffend mit dem Ausspruch „Vielheit in der Einheit“<sup>8</sup> umschrieben wird, zwingt regelmäßig zu einer Differenzierung zwischen wirtschaftlichen und juristischen Aspekten bei Maßnahmen, die den Gesamtkonzern betreffen. Eine solche Maßnahme ist die im Rahmen eines umfassenden Cash-Managements durchgeführte zentrale Konzerninnenfinanzierung.<sup>9</sup> Es ist ohne Weiteres

<sup>1</sup> Siehe nur *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 1.

<sup>2</sup> Vgl. zur genauen Funktionsweise eines Cash-Pools Kapitel II A) II. 1.

<sup>3</sup> *Wand/Tillmann/Heckenthaler*, AG 2009, 148.

<sup>4</sup> *Ammelung/Kaesler*, DStR 2003, 655; *Wehlen*, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 23.3.

<sup>5</sup> Vgl. nur BGH, Urt. v. 16.1.2006 – II ZR 76/04, BGHZ 166, 8 = NJW 2006, 1736 („Cash-Pool I“); Urt. v. 20.07.2009 – II ZR 273/07 = ZIP 2009, 1561 („Cash-Pool II“); sowie obiter BGH, Urt. v. 01.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 = NZG 2009, 107 („MPS“).

<sup>6</sup> Vgl. zum sog. „November“-Urteil BGH, Urt. v. 24.11.2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu Kapitel II A) V. 2.

<sup>8</sup> *Bayer*, in: FS Lutter, hrsg. v. U. H. Schneider u.a., 2000, S. 1011, 1012.

<sup>9</sup> Vgl. hierzu Kapitel II A) I.

ersichtlich, dass allein aufgrund der Senkung der Fremdfinanzierungskosten eine Innenfinanzierung wirtschaftliche Vorteile für den Gesamtkonzern mit sich bringt. Doch darf man bei diesem Befund aufgrund der oben beschriebenen notwendigen Differenzierung zwischen Konzern und einzeltem Konzernunternehmen nicht stehenbleiben.

Mag das Cash-Pooling für den Gesamtkonzern ökonomisch auch äußerst sinnvoll sein, so vermögen wirtschaftliche Erwägungen gleichwohl nicht, im Zusammenhang mit dem Cash-Pooling möglicherweise auftretende Verstöße gegen zwingende rechtliche Vorgaben auf der Ebene des einzelnen Konzernunternehmens zu rechtfertigen.<sup>10</sup> Die Frage nach möglichen Haftungsrisiken im Zusammenhang mit dem Cash-Pooling stellt sich damit, ganz gleich ob Ober- oder Untergesellschaft, für jeden Geschäftsführer, der sich mit seinem Unternehmen an dieser Maßnahme beteiligt. Diese Risiken resultieren meist aus einer Nichtbeachtung gesellschaftsrechtlicher Vorgaben. Den entsprechenden Vorschriften, wie bspw. den Grundsätzen der Kapitalerhaltung, kommt dabei regelmäßig eine gläubigerschützende Funktion zu, weshalb sie gleichzeitig einem rigorosen und dementsprechend wirtschaftlich höchst effektiven Cash-Pooling u.U. enge Grenzen setzen.

Das Cash-Pooling vollzieht sich folglich im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlichen Interessen des Konzerns auf der einen und dem Schutz der Gläubiger bzw. sonstiger Dritter auf der anderen Seite. Dass der Betrieb eines Cash-Pools vor diesem Hintergrund Haftungsgefahren für die Geschäftsführer mit sich bringen kann, ist nicht verwunderlich. Die folgende Abhandlung untersucht die bestehenden Risiken einer persönlichen Inanspruchnahme für die Geschäftsführer der am Cash-Pooling beteiligten Gesellschaften und soll – auf der Basis dieser Erkenntnisse – Gestaltungsmöglichkeiten zur Haftungsvermeidung aufzeigen.

## B) Gang der Untersuchung

Im folgenden Kapitel werden zunächst der Untersuchungsgegenstand, die einem Cash-Pool zugrunde liegenden Vertragsbeziehungen zwischen den Beteiligten sowie die Konzernstruktur, an der sich diese Abhandlung orientiert, beschrieben. Da die Initiative zur Einrichtung eines Cash-Pools regelmäßig von der Konzernspitze ausgehen dürfte, folgt in Kapitel III die Prüfung, inwiefern der Geschäftsführer der Obergesellschaft in diesem Zusammenhang Haftungsgefahren ausgesetzt ist. Mit derselben Problematik – allerdings aus Sicht des Geschäftsführers der einzelnen Untergesellschaft – setzt sich sodann Kapitel IV auseinander. Das fünfte Kapitel ist der Untersuchung einer möglichen Ausgestaltung des im Zuge der Einrichtung eines konzernweiten Cash-Poolings notwendigerweise zu installierenden Frühwarn- und Informationssystem gewidmet. Im sich anschließenden Kapitel VI werden sodann die Risiken einer persönlichen Inanspruchnahme der Beteiligten, die bei der Kapitalaufbringung im Cash-Pool auftreten können, untersucht. In Kapitel VII wird geprüft, welchen Ansprüchen sich die Beteiligten bei Verstößen gegen das geltende Recht in Bezug auf Kapitalerhaltung, Liquiditätssicherung und der Bestellung von Sicherheiten ausgesetzt sehen können. Da in den beiden zuletzt genannten Kapiteln der Schwerpunkt der Ausführungen – wie zu zeigen sein wird – auf der Erörterung der Haftungsgefahren für den Geschäftsführer der Untergesellschaft liegt, werden dort in Umkehrung der vorherigen Prüfungsreihenfolge die Haftungsgefahren für den Geschäftsführer der Obergesellschaft nach denen des Geschäftsführers der einzelnen Untergesellschaft abgehandelt. Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und hieraus abzuleitenden Vorschlägen hinsichtlich einer risikominimierenden Gestaltung und Durchführung des Cash-Pooling.

<sup>10</sup> Auf den durch wirtschafts- und gesellschaftsrechtliche Vorgaben gesteckten Rahmen ebenfalls hinweisend *Ammelung/Kaeser*, DStR 2003, 655, 658.

Vor dem Hintergrund, dass das Cash-Pooling bereits jahrzehntelang als Maßnahme der Konzernfinanzierung praktiziert wird und daher bereits auch Gegenstand zahlreicher rechtlicher Abhandlungen war, ist es nicht verwunderlich, dass sich hinsichtlich dessen Gestaltung und Umsetzung ein gewisser Marktstandard etabliert hat. Eine Untersuchung, die praktisch relevante Ergebnisse liefern soll, muss demgemäß hier ansetzen und sich mit der Frage auseinandersetzen, welche Haftungsgefahren den Beteiligten bei einem gleichsam *lege artis* durchgeführten Cash-Pooling realistischerweise drohen. Hierzu werden Anwendbarkeit und Reichweite der maßgeblichen zivil-, gesellschafts- und strafrechtlichen Bestimmungen in Bezug auf das Cash-Pooling geprüft. Dabei wird stets zu beachten sein, dass es erklärtes Ziel des Reform-Gesetzgebers war, das von ihm als für ökonomisch sinnvoll erachtete Cash-Pooling im Rahmen des MoMiG auf eine feste rechtliche Grundlage zu stellen,<sup>11</sup> nachdem zuvor höchstrichterliche Urteile Zweifel an dessen rechtlicher Zulässigkeit genährt hatten.

<sup>11</sup> Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41.



## Kapitel II Untersuchungsgegenstand

Die Beurteilung, ob eine Maßnahme des Geschäftsführers anlässlich der Einrichtung oder des Betriebs eines Cash-Pools seine Haftung begründet oder nicht, setzt zunächst voraus, dass man mit der Funktionsweise, den Vor- und Nachteilen sowie den rechtlichen Beziehungen zwischen den am Cash-Pooling beteiligten Parteien vertraut ist. Des Weiteren soll die Konzernstruktur eingeführt werden, an der sich die Abhandlung bei der Untersuchung der im Zusammenhang mit dem Cash-Pooling bestehenden Haftungsgefahren orientieren wird. Dies ist notwendig, da abhängig von der konkreten Konzernstruktur besondere Haftungsgefahren – etwa beim Vorhandensein von Minderheitsgesellschaftern – auftreten können.

### A) Cash-Pooling

#### I. Begrifflichkeiten

Die Optimierung konzerninterner Finanzstrukturen zur Ertragssteigerung und Generierung entsprechender Wettbewerbsvorteile ist einem hoch kompetitiven Marktumfeld geschuldet.<sup>12</sup> Die Gesamtheit aller Maßnahmen, die ein Konzern im Rahmen dessen ergreift, um das vorhandene Finanzpotenzial zur Finanzierung der wirtschaftlichen Betätigung möglichst effektiv steuern und nutzen zu können, wird dabei als Cash-Management bezeichnet.<sup>13</sup> Ein Teilbereich des Cash-Managements ist der konzerninterne Liquiditätsausgleich.<sup>14</sup> Dieser kann wiederum im Wege einer periodischen Aufrechnung von Forderungen zwischen den Konzerngesellschaften, dem sog. Netting<sup>15</sup>, sowie im Wege des Cash-Pooling durchgeführt werden.<sup>16</sup> Bei letzterem handelt es sich um die konsolidierte Betrachtung der einzelnen von den Konzerngesellschaften bei Banken geführten Konten (auch Quell- oder Ursprungskonten genannt)<sup>17</sup> durch die Bildung eines Gesamtsaldos auf einem bei der Obergesellschaft oder einem Tochterunternehmen als Finanzierungsgesellschaft<sup>18</sup> geführten Konto (auch Ziel-, Zentralkonto oder Master Account genannt)<sup>19</sup> durch die Verrechnung der Einzelsalden der Konten

<sup>12</sup> *Ammelung/Kaesler*, DStR 2003, 655; *Becker*, DStR 1998, 1528; *Jäger*, DStR 2000, 1653; *Jula/Breitbarth*, AG 1997, 256.

<sup>13</sup> *Ammelung/Kaesler*, DStR 2003, 655; *Jäger*, DStR 2000, 1653; *Morsch*, NZG 2003, 97; *Sieger/Hasselbach*, BB 1999, 645; *Wehlen*, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 23.1.

<sup>14</sup> *Hormuth*, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 56; *Jula/Breitbarth*, AG 1997, 256; *Oho/Eberbach*, DB 2001, 825.

<sup>15</sup> Hierzu *Hormuth*, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 63-66 m.w.N.; *Makowski*, Cash-Management in Unternehmensgruppen, S. 24.

<sup>16</sup> *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 26; *Hormuth*, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 56.

<sup>17</sup> *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 27; *Morsch*, NZG 2003, 97; *U. H. Schneider*, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 25.6.

<sup>18</sup> *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 27; *Morsch*, NZG 2003, 97; *Sieger/Hasselbach*, BB 1999, 645; *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 6.

<sup>19</sup> *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 27; *Morsch*, NZG 2003, 97.

der Konzernunternehmen mit dem Konto der Konzernspitze.<sup>20</sup> Im Folgenden soll davon ausgegangen werden, dass das Zielkonto bei der Obergesellschaft, auch als Betreibergesellschaft bezeichnet,<sup>21</sup> geführt wird.

## II. Arten und Ablauf des Cash-Pooling

Hinsichtlich der praktischen Umsetzung ist zwischen dem physischen und dem virtuellen Cash-Pooling zu unterscheiden<sup>22</sup>.

### 1. Physisches Cash-Pooling

Als Maßnahme im Rahmen des konzerninternen – im Idealfall kurzfristigen –<sup>23</sup> Liquiditätsausgleichs dient das physische Cash-Pooling der bedarfsgerechten Verteilung der Liquidität innerhalb des Konzerns, indem zwischen den Untergesellschaften und der Betreibergesellschaft ein realer Liquiditätstransfer stattfindet.<sup>24</sup> Dabei wird die im Konzern vorhandenen Liquidität unter Bildung eines Gesamtsaldos auf dem Zielkonto der Betreibergesellschaft durch Überweisung der Habesalden von den Quellkonten bzw. Ausgleich von Debetsalden auf Quellkonten mit Mitteln des Zielkontos konsolidiert.<sup>25</sup> Die Konten der am Cash-Pool teilnehmenden Konzernunternehmen werden dazu entweder nur noch als Unterkonten<sup>26</sup> des Zielkontos oder als bloße Durchlauf- bzw. Zahlungsverkehrskonten<sup>27</sup> geführt. Je nachdem, ob der Ausgleich der Quellkonten von dem mit der technischen Durchführung betrauten Kreditinstitut vollständig oder nur bis zu einem bestimmten Betrag vorgenommen wird, spricht man auch von Zero bzw. Conditional Balancing.<sup>28</sup> Der Ausgleich kann entweder bankarbeitstäglich oder zu bestimmten Terminen erfolgen.<sup>29</sup> Parallel geführte konzerninterne Verrechnungskonten gewährleisten zudem stets einen Überblick über die vom einzelnen Konzernunternehmen transferierten bzw. erhaltenen Mittel.<sup>30</sup>

<sup>20</sup> *Ammelung/Kaesler*, DStR 2003, 655, 657; *Makowski*, Cash-Management in Unternehmensgruppen, S. 23; *Morsch*, NZG 2003, 97; *Oho/Eberbach*, DB 2001, 825; *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 6; *Wehlen*, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 23.28.

<sup>21</sup> *U. H. Schneider*, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 25.6.

<sup>22</sup> *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 26; *Hormuth*, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 58; *Morsch*, NZG 2003, 97; *Oho/Eberbach*, DB 2001, 825; *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 10.

<sup>23</sup> *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 217, die zudem empfehlen, die längerfristige Anlage von Sockelbeträgen außerhalb des Cash-Pools über separate Darlehensverträge abzuwickeln.

<sup>24</sup> *Grothaus/Halberkamp*, GmbHR 2005, 1317; *Morsch*, NZG 2003, 97; *Sieger/Hasselbach*, BB 1999, 645.

<sup>25</sup> *Ammelung/Kaesler*, DStR 2003, 655, 657; *Blöse*, GmbHR 2002, 675; *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 27; *Hormuth*, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 58; *Morsch*, NZG 2003, 97, 98; *Oho/Eberbach*, DB 2001, 825; *Sieger/Hasselbach*, BB 1999, 645; *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 6.

<sup>26</sup> *Jäger*, DStR 2000, 1653.

<sup>27</sup> *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 27; *U. H. Schneider*, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 25.6.

<sup>28</sup> *Ammelung/Kaesler*, DStR 2003, 655, 657; *Oho/Eberbach*, DB 2001, 825.

<sup>29</sup> *Oho/Eberbach*, DB 2001, 825.

<sup>30</sup> *Ammelung/Kaesler*, DStR 2003, 655, 657.





## 2. Exkurs: Zentrale Konzernfinanzierung und Cash-Management

Mit der Etablierung eines umfassenden Cash-Managements ist in der Praxis auch der Übergang zu einer zentralen Konzernfinanzierung verbunden.<sup>31</sup> Im Gegensatz zur dezentralen Konzernfinanzierung, wo jedes einzelne Konzernunternehmen seinen Kreditbedarf selbst als konzernexterner Kreditnehmer deckt, erfolgt im Rahmen der zentralen Konzernfinanzierung die Deckung des Finanzbedarfs des Konzerns durch ein einzelnes Konzernunternehmen.<sup>32</sup> Dabei kann es sich um die Muttergesellschaft oder eine speziell dafür vorgesehene Finanzierungstochtergesellschaft handeln.<sup>33</sup>

## 3. Virtuelles Cash-Pooling

Beim virtuellen Cash-Pooling – auch als Notional Pooling bezeichnet<sup>34</sup> – erfolgt die Zusammenführung der konzernweit vorhandenen Liquidität lediglich auf rechnerischer Basis.<sup>35</sup> Habensalden der Quellkonten werden nur virtuell auf ein gedachtes Zielkonto übertragen, Debetsalden nur virtuell mit Mitteln vom Zielkonto ausgeglichen.<sup>36</sup> Ein realer Liquiditätstransfer findet somit nicht statt.<sup>37</sup> Der auf diese Weise vom kontoführenden Kreditinstitut fingierte Gesamtsaldo bildet die Grundlage für die Zinsabrechnung.<sup>38</sup> Auf dieser Basis werden seitens der kontoführenden Bank regelmäßig günstigere Soll- und Habenzinsen gewährt.<sup>39</sup> Der Hauptvorteil des virtuellen Cash-Pooling für den Konzern liegt demnach in der Erlangung verbesserter Zinskonditionen. Dabei existieren zwei Gestaltungsmöglichkeiten zur Realisierung dieser Zinsvorteile. Beim Zinsoptimierungsmodell wird der Saldo des Geschäftskontos jedes einzelnen Konzernunternehmens zu den günstigeren Zinssätzen des fiktiven Zielkontos verzinst.<sup>40</sup> Es profitiert also jedes Tochterunternehmen. Beim Zinskompensationsmodell hingegen partizipieren die Konzernunternehmen nicht an den günstigeren Zinskonditionen. Vielmehr kommen diese nur der das fiktive Zielkonto führenden Muttergesellschaft zugute, indem ihr die Differenz des Zinsertrags aus der üblichen Verzinsung der Salden der Quellkonten und der sich aus dem fiktiven Gesamtsaldo ergebenden op-

<sup>31</sup> Bayer, in: FS Lutter, hrsg. v. U. H. Schneider u.a., 2000, S. 1011, 1012; Theisen, in: Lutter (Hrsg.), Holding Hdb., § 11 Rdnr. 38.

<sup>32</sup> Merkel, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, § 17 Rdnr. 17.26.

<sup>33</sup> Merkel, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, § 17 Rdnr. 17.26.

<sup>34</sup> Faßbender, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 28; Morsch, NZG 2003, 97, 98; Oho/Eberbach, DB 2001, 825; der Begriff „notional“ kommt aus dem Englischen und bedeutet „fiktiv“.

<sup>35</sup> Morsch, NZG 2003, 97, 98; Oho/Eberbach, DB 2001, 825; U. H. Schneider, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 25.20; Seidel, DStR 2004, 1130, 1134; Vetter/Stadler, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 10.

<sup>36</sup> Faßbender, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 28; Langner, GmbHR 2005, 1017, 1022; Morsch, NZG 2003, 97, 98; Oho/Eberbach, DB 2001, 825; U. H. Schneider, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 25.20; Vetter/Stadler, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 10.

<sup>37</sup> Faßbender, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 28; Hormuth, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 59; Langner, GmbHR 2005, 1017, 1022; Vetter/Stadler, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 10; Wehlen, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 23.31.

<sup>38</sup> Faßbender, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 28; U. H. Schneider, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 25.20.

<sup>39</sup> Oho/Eberbach, DB 2001, 825.

<sup>40</sup> Oho/Eberbach, DB 2001, 825, 826.



timierten Verzinsung gutgeschrieben wird.<sup>41</sup> Ein weiterer Vorteil des virtuellen gegenüber dem physischen Cash-Pooling ist, dass die täglichen Liquiditätstransfers zwischen den Konzerngesellschaften und damit entsprechende Transaktionskosten entfallen.<sup>42</sup> Der Nachteil des virtuellen Cash-Pooling besteht indes darin, dass sich die im Wege des physischen Cash-Pooling ergebenden Finanzierungs- und Ertragsvorteile mangels Bündelung der konzernweit vorhandenen Liquidität naturgemäß nicht erzielen lassen.<sup>43</sup> Aus diesem Grunde und weil das virtuelle Cash-Pooling mangels realer Liquiditätstransfers und damit mangels Gefahr eines Verstoßes gegen Kapitalaufbringungs- oder Kapitalerhaltungsvorschriften insofern nicht annähernd so haftungsträchtig wie das physische Cash-Pooling ist,<sup>44</sup> soll es im Rahmen dieser Untersuchung nicht näher betrachtet werden. Wenn daher im weiteren Verlauf von Cash-Pooling die Rede ist, wird damit stets auf das physische Cash-Pooling Bezug genommen.

### III. Vorteile des Cash-Pooling

#### 1. Optimierung des Liquiditätseinsatzes

Der wirtschaftliche Vorteil des Cash-Pooling liegt in der damit einhergehenden Zinsoptimierung sowie der Optimierung des Liquiditätseinsatzes.<sup>45</sup> Durch den Liquiditätsausgleich im Rahmen des Cash-Pooling wird verhindert, dass einzelne Konzernunternehmen trotz an sich ausreichend vorhandener Liquidität im Gesamtkonzern ihren Finanzbedarf durch die Aufnahme von externem Fremdkapital zu einem relativ hohen Sollzinssatz decken, während gleichzeitig – wenn überhaupt – Überschüsse an anderer Stelle zu einem relativ geringen Habenzinssatz angelegt werden.<sup>46</sup> Mithilfe der konzerninternen Fremdfinanzierung lassen sich also die Gesamtverbindlichkeiten des Konzerns und damit auch dessen Zinsaufwendungen reduzieren.<sup>47</sup>

#### 2. Generierung von Größeneffekten

Die Bündelung der im Konzern vorhandenen Liquidität an der Konzernspitze führt zudem aufgrund der gesteigerten Volumina zu Größeneffekten, die sich in günstigeren Konditionen bei der zentralen Aufnahme von Fremdkapital oder der Anlage von Mitteln am Geld- bzw. Kapitalmarkt<sup>48</sup> niederschlagen.<sup>49</sup> Die Ausnutzung dieses positiven Umstands wird zusätzlich

<sup>41</sup> *Oho/Eberbach*, DB 2001, 825, 826; *Seidel*, DStR 2004, 1130, 1135.

<sup>42</sup> *Wehlen*, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 23.31.

<sup>43</sup> *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 10.

<sup>44</sup> *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 28; *Morsch*, NZG 2003, 97, 99.

<sup>45</sup> *Becker*, DStR 1998, 1528, 1529; *Blöse*, GmbHR 2002, 675; *Morsch*, NZG 2003, 97, 98; *Oho/Eberbach*, DB 2001, 825.

<sup>46</sup> *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 28, 29; *Hormuth*, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 84; *Makowski*, Cash-Management in Unternehmensgruppen, S. 28, 29; *Morsch*, NZG 2003, 97, 98; *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 8; *Wehlen*, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 23.63.

<sup>47</sup> *Oho/Eberbach*, DB 2001, 825; *Wehlen*, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 23.30.

<sup>48</sup> Zur Begrifflichkeit vgl. *Scheffler*, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 20.6.

<sup>49</sup> *Becker*, DStR 1998, 1528, 1529; *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 29; *Grothaus/Halberkamp*, GmbHR 2005, 1317; *Hormuth*, Recht und Praxis des konzernweiten Cash



dadurch begünstigt, dass die Möglichkeit, Liquiditätsengpässe bei Konzernunternehmen mit Mitteln aus dem Cash-Pool auszugleichen, die gewinnbringende Anlage von Überschüssen erlaubt, die ansonsten als Liquiditätsreserve auf der Ebene der einzelnen Untergesellschaft vorzuhalten wären.<sup>50</sup>

### 3. Verbessertes Rating

Neben den Volumeneffekten führt zudem ein aufgrund der konzerninternen Finanzierung besser ausfallendes Rating der Betreibergesellschaft zu geringeren Refinanzierungskosten des Gesamtkonzerns.<sup>51</sup> Im Allgemeinen sehen Ratingagenturen die eigenständige Kreditaufnahme von Konzernobergesellschaften kritisch, da die Darlehensrückzahlungsansprüche deren Kreditgeber gegenüber den Gläubigern der operativ tätigen Konzerngesellschaften, die allein bei einem Holdingkonzern die für den Schuldendienst der Konzernmutter notwendigen Mittel erwirtschaften, wirtschaftlich nachrangig sind.<sup>52</sup> Legen allerdings die Untergesellschaften ihre überschüssige Liquidität beim im Rahmen der zentralen Konzernfinanzierung für die Beschaffung externen Fremdkapitals allein zuständigen herrschenden Unternehmen an, verbessert das aus Sicht dessen Kreditgeber die Deckungsmasse, die bei einer Kreditaufnahme durch die operativ tätigen Konzernunternehmen ansonsten primär deren Gläubigern zur Verfügung stünde.<sup>53</sup> Ferner geht mit der Konsolidierung der Liquiditätsüberschüsse und -defizite eine Bilanzverkürzung einher, die zu einer Verbesserung wichtiger Bilanzkennzahlen des Konzerns führt.<sup>54</sup>

### 4. Positive Zentralisierungseffekte

In organisatorischer Hinsicht rechtfertigen die Zentralisierung der Liquiditätssteuerung bei der Konzernspitze und die hiermit verbundene Steigerung der Transaktionsvolumina den Einsatz von Anlagespezialisten bzw. die Spezialisierung der mit dem Cash-Management betrauten Mitarbeiter.<sup>55</sup> Die Schaffung eines gleich hohen Maßes an Kompetenz auf der Ebene der einzelnen Tochtergesellschaften wäre demgegenüber in der Regel wirtschaftlich unvertretbar.<sup>56</sup> Die Zentralisierung der Liquiditätssteuerung für den Gesamtkonzern an einer Stelle kann ferner durch die Einsparung von Personal bei den Untergesellschaften zur Verringerung von Verwaltungskosten führen.<sup>57</sup>

Managements, S. 86; *Jäger*, DStR 2000, 1653; *Jula/Breitbarth*, AG 1997, 256, 257; *Makowski*, Cash-Management in Unternehmensgruppen, S. 29; *Morsch*, NZG 2003, 97, 98; *Sieger/Hasselbach*, BB 1999, 645; *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 8.

<sup>50</sup> *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 29; *Hormuth*, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 85; *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 8.

<sup>51</sup> *Hentzen*, ZGR 2005, 480, 482.

<sup>52</sup> *Hentzen*, ZGR 2005, 480, 483; vgl. zum sog. strukturellen Nachrang auch Kapitel II A) VI. 3.

<sup>53</sup> *Hentzen*, ZGR 2005, 480, 483.

<sup>54</sup> *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 8; *Wehlen*, in: *Lutter/Scheffler/U. H. Schneider* (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 23.30.

<sup>55</sup> *Hormuth*, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 89; *Morsch*, NZG 2003, 97, 98.

<sup>56</sup> So i. Erg. auch *Morsch*, NZG 2003, 97, 98.

<sup>57</sup> *Grothaus/Halberkamp*, GmbHR 2005, 1317, 1318; *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 8.

## 5. Verbesserte Kontrolle der Finanzverfassung des Konzerns

Schließlich erlaubt das typischerweise mit dem Cash-Pooling verbundene Finanzberichtswesen im Hinblick auf die Liquiditätssituation der beteiligten Konzernunternehmen dank der sich hieraus ergebenden Gesamtliquiditätslage eine straffere Organisation und Kontrolle der Finanzverfassung des Konzerns.<sup>58</sup> Bessere Zinskonditionen, die Möglichkeit der strafferen Konzernleitung, -planung und -aufsicht sowie Kostenersparnisse durch eine zentrale Finanzbuchhaltung werden im Übrigen auch als Vorteile der zentralen Konzernfinanzierung ins Feld geführt.<sup>59</sup> Wegen dieser Korrelation und der Tatsache, dass sich die erwünschte Zinsoptimierung nur bei einer zentralen Aufnahme von Fremdkapital im Konzern erreichen lässt, wird die Einrichtung eines Cash-Pools ohne den gleichzeitigen Übergang zu einer zentralen Konzernfinanzierung praktisch nicht vorkommen. Von einer zentralen Kreditaufnahme durch die Betreibergesellschaft wird daher – wie bereits beschrieben – im Folgenden ausgegangen.

### IV. Nachteile des Cash-Pooling

#### 1. Abhängigkeit von der zentralen Liquiditätsversorgung

Gleichsam als Kehrseite der Vorteile des Cash-Pooling stellen sich dessen potenzielle Nachteile dar. Der periodische Liquiditätsabzug von den Quellkonten belässt den Untergesellschaften in der Regel keine eigene Liquiditätsreserve und bringt sie so in eine starke Abhängigkeit von der zentralen Liquiditätsversorgung.<sup>60</sup> Gerät die Betreibergesellschaft in Zahlungsschwierigkeiten, besteht somit die Gefahr, dass auch an sich gesunde Untergesellschaften zahlungsunfähig werden.<sup>61</sup>

#### 2. Klumpenrisiko

Bei Bündelung der gesamten Liquidität auf dem Zentralkonto kommt es weiterhin mangels Risikostreuung aus Sicht des einzelnen Konzernunternehmens zur Bildung eines „Klumpenrisikos“, da bei einer Krise der Betreibergesellschaft der schlagartige Verlust aller abgeführten Mittel droht.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 8; vgl. zum konzerninternen Finanzberichtswesen auch Kapitel VC).

<sup>59</sup> *Sonnenhol/Groß*, ZHR 159 (1995), 388, 391.

<sup>60</sup> *Hormuth*, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 90; *U. H. Schneider*, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 25.51.

<sup>61</sup> *Hormuth*, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 90, 91; *Makowski*, Cash-Management in Unternehmensgruppen, S. 29; *U. H. Schneider*, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 25.52; *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 21.

<sup>62</sup> *U. H. Schneider*, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 25.52; *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 26.

### 3. Dominoeffekt

Die in den Cash-Pool seitens ertragsstarker Konzernunternehmen eingebrachten Mittel werden i.d.R. durch die Konzernmutter anderen Untergesellschaften zur Verfügung gestellt.<sup>63</sup> Die regelmäßige Weiterleitung von Liquidität aus dem Cash-Pool an Konzernunternehmen mit schlechter Bonität kann aufgrund des damit einhergehenden höheren Kreditrisikos die Verschlechterung der Bonität des Gesamtkonzerns zur Folge haben.<sup>64</sup> Das Cash-Pooling wirkt insofern bei krisenhaften Entwicklungen sowohl von Unter- als auch der Betreibergesellschaft wie ein „Transmissionsriemen“<sup>65</sup>. Kann eine Untergesellschaft die in Anspruch genommenen Mittel nicht zurückzahlen (auch Nehmergesellschaft genannt), betrifft dies unmittelbar diejenigen Unternehmen, die zuvor die Liquidität zur Verfügung gestellt haben (auch Gebergesellschaft genannt).<sup>66</sup> Führt andererseits eine Krise bei einer Gebergesellschaft dazu, dass diese die Mittel zurückfordern muss, kann dies wiederum auf Liquidität angewiesene Untergesellschaften in die Zahlungsunfähigkeit stürzen.<sup>67</sup> Dieser „Dominoeffekt“<sup>68</sup> wird zusätzlich durch bilanzielle Verflechtungen verstärkt.<sup>69</sup> Zum einen kann die Betreibergesellschaft gezwungen sein, aufgrund der Krise einer Untergesellschaft den Wert ihrer Beteiligung bzw. den Wert des gegenüber der Nehmergesellschaft bestehenden Darlehensrückzahlungsanspruchs zu berichtigen oder gar abzuschreiben.<sup>70</sup> Zum anderen müssen die Gebergesellschaften prüfen, ob sie ihrerseits hinsichtlich ihres Rückzahlungsanspruchs gegen die Betreibergesellschaft in gleicher Weise verfahren.<sup>71</sup> Dies kann insgesamt dazu führen, dass trotz an sich unproblematischer Liquiditätsslage Darlehen wegen der im Rahmen von Kapitalerhaltung und Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung vorzunehmenden bilanziellen Betrachtung weder ausgereicht noch zurückgezahlt werden dürfen.<sup>72</sup>

### 4. Negative Zentralisierungseffekte

Die Zentralisierung der Liquiditätssteuerung führt ferner zu einer Einbuße an Selbstständigkeit bei den Konzernunternehmen, da diese regelmäßig ihre eigenen Bankverbindungen einstellen<sup>73</sup> und sich der eigenen Finanzierungsverantwortung begeben.<sup>74</sup> Werden die Entscheidungen über die Mittelverwendung zentral getroffen, kann es darüber hinaus passieren, dass

<sup>63</sup> Vetter, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rdnr. 4.44; Wand/Tillmann/Heckenthaler, AG 2009, 148, 157.

<sup>64</sup> Hormuth, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 91, 92; Jula/Breitbarth, AG 1997, 256, 257.

<sup>65</sup> Vetter/Stadler, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 27; Vetter, in: Lutter (Hrsg.), Holding Hdb., § 8 Rdnr. 4.

<sup>66</sup> Vetter/Stadler, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 27; Vetter, in: Lutter (Hrsg.), Holding Hdb., § 8 Rdnr. 4.

<sup>67</sup> Vetter/Stadler, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 27; Vetter, in: Lutter (Hrsg.), Holding Hdb., § 8 Rdnr. 4.

<sup>68</sup> Vetter/Stadler, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 28; Vetter, in: Lutter (Hrsg.), Holding Hdb., § 8 Rdnr. 4.

<sup>69</sup> Vetter/Stadler, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 28; Vetter, in: Lutter (Hrsg.), Holding Hdb., § 8 Rdnr. 4.

<sup>70</sup> Vetter/Stadler, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 28; Wand/Tillmann/Heckenthaler, AG 2009, 148, 157.

<sup>71</sup> Vetter/Stadler, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 28.

<sup>72</sup> Vetter/Stadler, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 28.

<sup>73</sup> Jula/Breitbarth, AG 1997, 256, 257; Vetter/Stadler, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 21.

<sup>74</sup> Hormuth, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 95.

mangels Einflussmöglichkeiten die Interessen der Untergesellschaften nicht hinreichend beachtet werden.<sup>75</sup> Es besteht dann die Gefahr, dass den Untergesellschaften sinnvoll verwendbare oder dringend benötigte Mittel vorenthalten werden.<sup>76</sup> Auch sind mit dem täglichen Liquiditätstransfer zwischen den am Cash-Pooling beteiligten Gesellschaften zusätzliche Kosten verbunden.<sup>77</sup> Mit der Bildung eines Cash-Pools bei der Obergesellschaft geht schließlich aufgrund der damit verbundenen Bürokratisierung eine abnehmende Flexibilität auf der Ebene der Untergesellschaften einher.<sup>78</sup>

## V. Entwicklung der gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen in Bezug auf das Cash-Pooling

### 1. Rechtslage vor dem „November“-Urteil des BGH vom 24.11.2003

Die im Rahmen des Cash-Pooling stattfindenden Liquiditätstransfers zwischen der Betreiber-gesellschaft und den beteiligten Konzernunternehmen werden nach ganz überwiegender Ansicht als Darlehen qualifiziert.<sup>79</sup> Einer möglichst effektiven Funktionsweise des Cash-Pooling stand bzw. steht dabei tendenziell das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG a.F.<sup>80</sup> bzw. § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG n.F. entgegen. Danach ist die Auszahlung von Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter verboten, sofern dieses zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlich ist. Voraussetzung für das Eingreifen dieses Auszahlungsverbots ist insofern das Vorliegen oder die Entstehung einer Unterbilanz bzw. Überschuldung im Zeitpunkt der Leistung seitens der Gesellschaft.<sup>81</sup> Eine Unterbilanz liegt vor, wenn durch eine Auszahlung das Vermögen der Gesellschaft derart vermindert wird, dass das auf der Aktivseite der Bilanz ausgewiesene Vermögen betragsmäßig unter die Summe sinkt, die sich auf der Passivseite durch Zusammenrechnung der Verbindlichkeiten und des dort ausgewiesenen Stammkapitals ergibt.<sup>82</sup>

Auf Grundlage einer bilanziellen Betrachtungsweise wurde daher früher überwiegend angenommen, dass bei einer Darlehensgewährung eine Auszahlung i.S.v. § 30 Abs. 1 GmbHG

<sup>75</sup> *Hormuth*, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 95.

<sup>76</sup> *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 20.

<sup>77</sup> *Wehlen*, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 23.64.

<sup>78</sup> *Hormuth*, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 94, 95; *Jula/Breitbarth*, AG 1997, 256, 257.

<sup>79</sup> BGH, Urt. v. 16.1.2006 – II ZR 76/04, BGHZ 166, 8 = NJW 2006, 1736, 1737 (Tz. 12); Urt. v. 20.07.2009 – II ZR 273/07 = ZIP 2009, 1561; aus dem Schrifttum *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl., § 30 Rdnr. 78; *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 35; *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., § 30 Rdnr. 37; *Hormuth*, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 100; *Makowski*, Cash-Management in Unternehmensgruppen, S. 51; *Morsch*, NZG 2003, 97, 98 jeweils m.w.N.; a.A. *Blöse*, GmbHR 2002, 675; *Hommelhoff*, WM 1984, 1105, 1106, die von einem Vertrag sui generis ausgehen; für atypische Verwahrung *Schäfer*, GmbHR 2005, 133, 136.

<sup>80</sup> Sofern in den folgenden Abschnitten dieser Arbeit nicht ausdrücklich gekennzeichnet, wird bei der Zitierung von Normen stets die zum Zeitpunkt der Bearbeitung gültige Fassung zugrunde gelegt.

<sup>81</sup> *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl., § 30 Rdnr. 9; *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., § 30 Rdnr. 2; *Vetter*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rdnr. 4.16.

<sup>82</sup> BGH, Urt. v. 14.12.1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, 276 = NJW 1960, 285, 288; Urt. v. 24.09.1990 – II ZR 174/89 = NJW 1991, 357; *Scholz/H. P. Westermann*, GmbHG, Nachtrag MoMiG § 30 Rdnr. 18.

a.F. dann nicht vorliege, wenn der Darlehensrückzahlungsanspruch vollwertig ist, da es in diesem Fall nur zu einem Aktivtausch – Kasse gegen Rückzahlungsanspruch – in der Bilanz komme.<sup>83</sup> Solange also die aus der Darlehensgewährung resultierenden Rückzahlungsansprüche gegen den Gesellschafter unter bilanziellen Gesichtspunkten zum Nennwert anzusetzen waren, sollte wegen der Bilanzneutralität des Liquiditätstransfers das Cash-Pooling danach weitgehend ohne Rücksicht auf die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG a.F., also auch bei Vorliegen einer Unterbilanz,<sup>84</sup> und daher in umfassender Weise durchgeführt werden können.

Diese Sichtweise ist indes unter Hinweis auf den mangelnden Gläubigerschutz teilweise als zu weitgehend empfunden worden. Ihre Kritiker trugen vor, dass der Schutz der Gläubiger es gebiete, das Gesellschaftsvermögen in der Phase der Unterdeckung in seiner Substanz zu erhalten und dessen Auflösung in schuldrechtliche Ansprüche zu verhindern. Ein schuldrechtlicher Anspruch gegen den Gesellschafter sei bei Unterbilanz nämlich kein adäquater Ersatz für die Weggabe liquider Vermögensbestandteile, da hierdurch die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger verschlechtert würden. Insofern sollte in der Unterbilanzsituation der einzelne Darlehensrückzahlungsanspruch bilanziell nicht ansatzfähig sein, sodass die Gewährung eines Darlehens bei Unterdeckung ungeachtet der Bonität des Schuldners demgemäß immer als verbotene Vermögensminderung eingestuft werden musste.<sup>85</sup>

Ein noch weitergehender Ansatz plädierte für eine Befreiung des § 30 GmbHG a.F. vom handelsbilanziellen Denken, soweit es um die Darlehensvergabe an Gesellschafter ging, und sprach sich dementsprechend dafür aus, solche Rückzahlungsansprüche in der Bilanz generell mit null anzusetzen.<sup>86</sup> Hierfür spräche der Schutzzweck des § 30 Abs. 1 GmbHG a.F. Um diesem in ausreichendem Maße Rechnung zu tragen, müsse zugunsten der Gläubiger berücksichtigt werden, dass jede Rückzahlung an einen GmbH-Gesellschafter die Überwälzung seines Insolvenzrisikos auf die GmbH bedeute. Eine Darlehensvergabe konnte danach immer nur aus dem ungebundenen Gesellschaftsvermögen erfolgen.

## 2. Das „November“-Urteil des BGH

Vor diesem Hintergrund sorgte das sog. „November“-Urteil<sup>87</sup> des BGH vom 24.11.2003 für erhebliche Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die Zulässigkeit des Cash-Pooling als Form der Konzernfinanzierung. Der Entscheidung lagen als Sachverhalt verschiedene Darlehensgewährungen einer sich wohl im Stadium der Unterbilanz befindlichen GmbH<sup>88</sup>, die Immobilien- und Bauträgergeschäfte betrieb, an ihre beiden Gesellschafter – also keine Cash-Pool-Situation – zugrunde.<sup>89</sup> Der BGH entschied, dass Kreditgewährungen an Gesellschafter, die nicht aus Rücklagen oder Gewinnvorträgen, sondern zulasten des gebundenen Vermögens der GmbH erfolgten, auch dann als verbotene Auszahlung i.S.v. § 30 Abs. 1 GmbHG a.F.

<sup>83</sup> *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 4. Aufl., § 30 Rdnr. 93; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl., § 30 Rdnr. 16; *Scholz/H. P. Westermann*, GmbHG, 9. Aufl., § 30 Rdnr. 25; *Vetter*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rdnr. 4.16.

<sup>84</sup> *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 5. Aufl., § 30 Rdnr. 93.

<sup>85</sup> So insbesondere *Stimpel*, in: FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, hrsg. v. Lutter u.a., 1992, S. 335, 347-353.

<sup>86</sup> *Bayer*, in: FS Lutter, hrsg. v. U. H. Schneider u.a., 2000, S. 1011, 1021 f.; in Bezug auf die Bestellung von Sicherheiten *Schön*, ZHR 159 (1995), 351, 359-363.

<sup>87</sup> BGH, Urt. v. 24.11.2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293.

<sup>88</sup> Vgl. *Vetter*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rdnr. 4.24: Vorliegen einer Unterbilanz unzweifelhaft.

<sup>89</sup> BGH, Urt. v. 24.11.2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293.



anzusehen seien, wenn der Rückzahlungsanspruch im Einzelfall vollwertig sein sollte.<sup>90</sup> In einem obiter dictum führte der BGH gleichzeitig aus, dass dies nur dann nicht gelten solle, sofern die Darlehensvergabe im Interesse der Gesellschaft liege, sie einem Drittvergleich standhielte und die Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers auch bei Zugrundelegung strengster Maßstäbe außerhalb jedes vernünftigen Zweifels stehe oder die Rückzahlung des Darlehens durch werthaltige Sicherheiten voll gewährleistet sei.<sup>91</sup>

Je nachdem, ob der Spruch des BGH als Bestätigung bzw. Ablehnung einer der zuvor skizzierten Ansichten gewertet wurde, fielen in der anschließenden Diskussion die Bewertungen hinsichtlich Anwendungsbereich und Folgen des Urteils unterschiedlich aus.<sup>92</sup> Obschon die Entscheidung eine schlichte Darlehensgewährung einer GmbH an ihre Gesellschafter betraf, entzündete sich zudem ein Streit über die Zulässigkeit des bis dato meist ohne besondere Rücksicht auf die Vorgaben des § 30 Abs. 1 GmbHG a.F. praktizierten Cash-Pooling<sup>93</sup>. Soweit zum Teil die Übertragbarkeit des dem Urteil zugrunde liegenden Gedankens auf den Betrieb eines Cash-Pools bejaht wurde, wurde aufgrund der daraus resultierenden rechtlichen Unsicherheiten eine erhebliche Einschränkung dieser Art der Konzerninnenfinanzierung prognostiziert.<sup>94</sup> Auch wurde auf die aus einer Einschränkung des Cash-Pooling möglicherweise resultierenden Nachteile für die deutsche Wirtschaft hingewiesen.<sup>95</sup> Eindringliche Appelle, vor allem seitens der Wirtschaft,<sup>96</sup> an den Gesetzgeber, die im Zuge der „November“-Entscheidung eingetretene Gefährdung dieser Art der Konzernfinanzierung zu beseitigen,<sup>97</sup> veranlassten den Gesetzgeber letztlich zum Handeln.

### 3. Die Reaktion des Gesetzgebers

Im Rahmen des ersten substanziellen Reformversuchs nach 114 Jahren GmbH-Gesetz,<sup>98</sup> der in erster Linie zu einer Erleichterung von Unternehmensgründungen, einer Steigerung der Attraktivität der GmbH als Unternehmensform, auch im Wettbewerb mit ausländischen Rechtsformen, und zu einer effektiveren Bekämpfung von Missbräuchen führen sollte,<sup>99</sup> nahm sich der Gesetzgeber auch des Problems der mit der „November“-Entscheidung des BGH entstandenen Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Konzernfinanzierung in Form des Cash-Pooling an. Im Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)<sup>100</sup> vom 29.05.2006 sollte den Kon-

<sup>90</sup> BGH, Urt. v. 24.11.2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293.

<sup>91</sup> BGH, Urt. v. 24.11.2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293.

<sup>92</sup> Vgl. hierzu *Vetter*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rdnr. 4.25 f. m.w.N. zu den unterschiedlichen Standpunkten.

<sup>93</sup> Vgl. nur *Cahn*, Der Konzern 2004, 235, 236; *Engert*, BB 2005, 1951, 1956 f.; *Grothaus/Halberkamp*, GmbHR 2005, 1317, 1323; *Habersack/Schürnbrand*, NZG 2004, 689, 696; *Hentzen*, ZGR 2005, 480, 523-525; *Kiethe*, DStR 2005, 1573, 1577 f.; *Langner*, GmbHR 2005, 1017, 1022; *Reidenbach*, WM 2004, 1421, 1423; *Seidel*, DStR 2004, 1130, 1136; *Vetter*, BB 2004, 1509, 1516 f. jeweils m.w.N.

<sup>94</sup> *Cahn*, Der Konzern 2004, 235, 236; *Hentzen*, ZGR 2005, 480, 523; *Reidenbach*, WM 2004, 1421, 1426; *Seidel*, DStR 2004, 1130, 1136; *Vetter*, BB 2004, 1509, 1516.

<sup>95</sup> *Cahn*, Der Konzern 2004, 235, 245; *Grothaus/Halberkamp*, GmbHR 2005, 1317, 1323; *Hentzen*, ZGR 2005, 480, 527.

<sup>96</sup> *Vetter*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rdnr. 4.28 unter Verweis auf *BDI/Hengeler Mueller*, Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, S. 25.

<sup>97</sup> *Cahn*, Der Konzern 2004, 235, 245.

<sup>98</sup> *K. Schmidt*, GmbHR 2007, 1.

<sup>99</sup> Unter Verweis auf den Koalitionsvertrag der Bundesregierung, *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1158.

<sup>100</sup> Referentenentwurf zum MoMiG, abrufbar im Internet unter: <http://www.bmj.bund.de/files/-/1236/RefE%20MoMiG.pdf>.

sequenzen aus der „November“-Entscheidung durch eine vorsichtige Erweiterung der obiter durch den BGH angedeuteten Ausnahmetatbestände entgegengewirkt werden, um diese Form der Konzernfinanzierung auf eine gefestigte rechtliche Grundlage zu stellen.<sup>101</sup>

Dazu wurde § 30 Abs. 1 GmbHG a.F. ein zweiter Satz des Inhalts angefügt, dass, wenn das Stammkapital durch eine Vorleistung aufgrund eines Vertrages mit einem Gesellschafter angegriffen werde, das Verbot des Satzes 1 nicht gelte, wenn die Leistung im Interesse der Gesellschaft liege. Der Entwurf nannte sodann einzelne Merkmale, wie die Drittvergleichbarkeit der Leistungsbedingungen, die Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs, die kurzfristige Kündbarkeit und das Treffen von Vorkehrungen zum Erkennen von Bonitätsverschlechterungen, bei deren Vorliegen eine Kreditgewährung im Gesellschaftsinteresse indiziert sein sollte.<sup>102</sup> Dieser Ansatz stieß vielfach auf Kritik. Es wurde vorgebracht, die in § 30 GmbHG verorteten Ausnahmebestimmungen zum Auszahlungsverbot, insbesondere die mit der Verwendung des Begriffs des Gesellschaftsinteresses eröffneten erheblichen Interpretationsspielräume,<sup>103</sup> widersprächen aufgrund der Unbestimmtheit ihrer Tatbestandsmerkmale gerade der gesetzgeberischen Intention einer Klarstellung der Rechtslage.<sup>104</sup>

Auf diese Kritik hin änderte der Gesetzgeber seinen Ansatz grundlegend. Der im Referentenentwurf § 30 GmbHG a.F. angefügte Satz 2 wurde im Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 25.07.2007 neu gefasst. Danach gilt das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG n.F. nicht bei Leistungen, die zwischen den Vertragsteilen eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungs- und Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind.<sup>105</sup> Durch die Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise, die „bis zum November 2003 problemlos anerkannt war“<sup>106</sup>, sollte die Unsicherheit über die Zulässigkeit des ökonomisch sinnvollen Cash-Pooling beseitigt und den Gesellschaften die Unterhaltung wirtschaftlich sinnvoller Leistungsbeziehungen mit ihren Gesellschaftern erleichtert werden.<sup>107</sup> Für die Berechnung des Stammkapitals als bilanzielle Ausschüttungssperre war wieder auf die allgemeinen Bilanzierungsgrundsätze zurückzugreifen.<sup>108</sup>

Auf Empfehlung des Rechtsausschusses vom 24.06.2008<sup>109</sup> stimmte der Bundestag am 26.06.2008 dem Regierungsentwurf von § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG n.F., abgesehen von geringfügigen sprachlichen Veränderungen, in unveränderter Form zu. Das MoMiG trat anschließend am 01.11.2008 in Kraft<sup>110</sup>. Der BGH hat in seinem ersten Urteil unter Geltung der neuen Gesetzeslage zur Frage, ob die Gewährung eines unbesicherten, kurzfristig rückforderbaren Upstream-Darlehens<sup>111</sup> einer abhängige Aktiengesellschaft an ihre Mehrheitsaktionärin ein nachteiliges Rechtsgeschäft i.S.v. § 311 AktG sei, entschieden, dass dies per se nicht der Fall sei, wenn die Rückzahlungsforderung im Zeitpunkt der Darlehensausrei-

<sup>101</sup> Begr. RefE, S. 53, 54.

<sup>102</sup> Begr. RefE, S. 54.

<sup>103</sup> Bayer/Lieder, GmbHR 2006, 1121, 1126; Grunewald, WM 2006, 2333, 2334.

<sup>104</sup> Bayer/Lieder, GmbHR 2006, 1121, 1126; K. Schmidt, GmbHR 2007, 1, 5; ders., GmbHR 2007, 1072, 1075.

<sup>105</sup> Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 7.

<sup>106</sup> Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41.

<sup>107</sup> Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41.

<sup>108</sup> Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41.

<sup>109</sup> BT-Drucks. 16/9737, S. 18.

<sup>110</sup> BGBl. I S. 2026.

<sup>111</sup> Dies ist die englische Bezeichnung von Darlehen einer Tochter- an die Muttergesellschaft; entsprechend werden Darlehen von der Mutter- an eine Tochtergesellschaft als Downstream-Darlehen bezeichnet.

chung vollwertig ist.<sup>112</sup> Der Fall betraf die Gewährung längerfristiger, unbesicherter Darlehen einer faktisch beherrschten AG an ihre zum damaligen Zeitpunkt solvente Muttergesellschaft in der Rechtsform einer GmbH, wobei die Rückzahlungsansprüche aufgrund der Insolvenz der Muttergesellschaft später uneinbringlich wurden. Der BGH kündigte in seiner Entscheidung zudem an, dass er auch für Altfälle an der gegenteiligen Auffassung im Senatsurteil vom 24.11.2003 nicht festhalten werde.<sup>113</sup> Aufgrund des einheitlichen Wortlauts von § 57 Abs. 1 S. 3 AktG n.F. und § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG n.F. dürfte diese Entscheidung uneingeschränkt auf die GmbH übertragen werden können.<sup>114</sup>

Ob bei einer GmbH im Falle der Unterbilanz bzw. der Gefahr ihrer Entstehung durch den Liquiditätstransfer im Rahmen des Cash-Pooling gegen das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG n.F. verstoßen wird, hängt damit bei Vorliegen eines faktischen Konzerns nunmehr wieder allein davon ab, ob der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter unter Zugrundelegung bilanzieller Maßstäbe als vollwertig i.S.v. § 30 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. GmbHG n.F. anzusehen ist.

## VI. Die maßgeblichen Vertragsbeziehungen beim Cash-Pooling

Nach § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG wird die GmbH durch ihren Geschäftsführer vertreten. Insofern sind jeweils die Vertretungsorgane der am Cash-Pooling beteiligten Unternehmen für die Erarbeitung und den Abschluss der für Einrichtung und Betrieb des Cash-Pools maßgeblichen vertraglichen Vereinbarungen zuständig. Des Weiteren ist die Rolle des beteiligten Kreditinstituts zu regeln, das zumeist u.a. die zur Abwicklung des Liquiditätsmanagements auf der Nutzung von Electronic Banking basierende EDV-Systeme zur Verfügung stellt.<sup>115</sup> Unter dem Aspekt der mit dem Cash-Pooling zusammenhängenden Haftungsrisiken könnten bereits im Rahmen dieses Geflechts rechtlicher Beziehungen begangene Pflichtverletzungen relevant sein. Es ist daher vonnöten, sich Art und Umfang der durch das Cash-Pooling begründeten rechtlichen Beziehungen vor Augen zu führen. Soweit hier auf den Inhalt der einzelnen Verträge eingegangen wird, soll dies nur der Veranschaulichung der Regelungsdichte dienen, ohne die aus der Untersuchung der Haftungsgefahren zulasten der Geschäftsführer zu folgernden Schlüsse für eine effektive Vertragsgestaltung vorwegzunehmen.

### 1. Vertragsbeziehungen zwischen den Konzernunternehmen

#### a) Standardisierte Darlehensverträge

Die Verwendung standardisierter Darlehensverträge als Grundlage jeder einzelnen Überweisung im Zuge des Cash-Pooling ist grds. möglich, aber mit einem hohen Aufwand bei der konkreten Durchführung der Liquiditätstransfers verbunden.<sup>116</sup> So müssten, auch wenn bspw. Verzinsung, Kündigungsrechte und andere Bedingungen bereits im Vorhinein feststünden, dennoch jeweils Höhe der Valuta und Laufzeit vereinbart werden.<sup>117</sup> Standardisierte Darle-

<sup>112</sup> BGH, Urt. v. 01.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 = NZG 2009, 107.

<sup>113</sup> BGH, Urt. v. 01.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 = NZG 2009, 107.

<sup>114</sup> So auch *Brocker/Rockstroh*, BB 2009, 730, 731.

<sup>115</sup> *Theisen*, in: Lutter (Hrsg.), *Holding Hdb.*, § 11 Rdnr. 36.

<sup>116</sup> *Faßbender*, *Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern*, S. 35, 36; *Hormuth*, *Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements*, S. 101, 102.

<sup>117</sup> *Hormuth*, *Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements*, S. 102.

hensverträge eignen sich daher eher für ein dezentrales Cash-Management.<sup>118</sup> Für eine stark zentralisierte Liquiditätssteuerung mit bankarbeitstäglichen Buchungen, wie sie Gegenstand dieser Untersuchung ist, sind einzelvertragliche Darlehensvereinbarungen wegen des genannten Aufwands indes ungeeignet.<sup>119</sup>

## b) Rahmenvertrag

Um die für eine stark zentralisierte Liquiditätssteuerung notwendige Flexibilität zu gewährleisten, schließen die beteiligten Gesellschaften daher regelmäßig einen Rahmenvertrag in der Form eines Geschäftsbesorgungsvertrages.<sup>120</sup> Danach verpflichtet sich die Betreibergesellschaft zur Durchführung des Cash-Pooling durch Etablierung der erforderlichen Bankverbindungen und der Versorgung der Konzernunternehmen mit Liquidität.<sup>121</sup> Hierzu wird den am Cash-Pooling beteiligten Untergesellschaften seitens der Betreibergesellschaft im Innenverhältnis ein Kontokorrentkredit zu bestimmten Konditionen eingeräumt, dessen Inanspruchnahme im Wege der Belastung des Quellkontos durch die Untergesellschaften erfolgt.<sup>122</sup> Ihnen wird damit gestattet, benötigte Liquidität aus dem Cash-Pool zu beziehen.<sup>123</sup> Im Gegenzug erklären sich die Untergesellschaften bereit, positive Salden auf das Zielkonto des Cash-Pools zu überweisen.<sup>124</sup> Im Falle einer vorausgegangenen Inanspruchnahme von Liquidität aus dem Cash-Pool werden diese Mittel dann zunächst zur Rückführung der Kreditlinie der jeweiligen Untergesellschaft verwendet.<sup>125</sup> Sollte die Liquidität im Cash-Pool nicht ausreichen, um den Bedarf der Untergesellschaften zu decken, erfolgt eine zentrale Aufnahme von Fremdkapital durch die Betreibergesellschaft,<sup>126</sup> wobei die oben beschriebenen Größeneffekte zur Geltung kommen. Gleiches gilt für die Anlage überschüssiger Liquidität, zu der sich die Betreibergesellschaft aufgrund des Rahmenvertrags ebenfalls verpflichtet.<sup>127</sup> Dieser enthält zudem Regelungen hinsichtlich der Konditionen, zu denen die einzelnen Darlehen gewährt werden, wie Zinssätze, Kündigungsfristen und ggf. Besicherung der abgegebenen Liquidität.<sup>128</sup> Auch werden im Rahmenvertrag zumeist die Bedingungen definiert, unter denen

<sup>118</sup> *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 35, 36; *Hormuth*, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 101, 102.

<sup>119</sup> *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 35, 36; *Hormuth*, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 101, 102; *U. H. Schneider*, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 25.14.

<sup>120</sup> *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 36; *Makowski*, Cash-Management in Unternehmensgruppen, S. 51; *U. H. Schneider*, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 25.14.

<sup>121</sup> *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 36; *U. H. Schneider*, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 25.14.

<sup>122</sup> *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 7; zum Kontokorrentkredit ausführlich vgl. *Lwowski/Wunderlich*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Hdb., § 75 Rdnrn. 8-18.

<sup>123</sup> *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 36, 37; *Hormuth*, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 103.

<sup>124</sup> *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 36.

<sup>125</sup> *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 7.

<sup>126</sup> *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 37; *Hormuth*, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 103.

<sup>127</sup> *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 37; *U. H. Schneider*, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 25.14; *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 7.

<sup>128</sup> *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 37, 38; *Hormuth*, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 103.



die Teilnahme eines Konzernunternehmens am Cash-Pool endet bzw. beendet werden kann.<sup>129</sup>

## 2. Vertragsbeziehungen zwischen den Konzernunternehmen und den das Cash-Pooling durchführenden Kreditinstituten

Rechtsgrundlage für die Durchführung des Cash-Pooling ist ein zwischen einem Kreditinstitut, den Konzernunternehmen und der Betreibergesellschaft geschlossener Rahmenvertrag.<sup>130</sup> Auf dessen Grundlage erbringt das Kreditinstitut die zur technischen Umsetzung des Cash-Pooling erforderlichen Leistungen, die ebenfalls jeweils den Charakter einer Geschäftsbesorgung i.S.v. §§ 675, 611 BGB haben.<sup>131</sup> Dazu gehört insbesondere der tägliche Ausgleich der Salden der Quellkonten und des Zielkontos. Daneben sieht der Rahmenvertrag in der Regel die gesamtschuldnerische Haftung von Konzernmutter und Konzerngesellschaften für das Debet des Zielkontos vor.<sup>132</sup> Auch finden sich hier nähere Bestimmungen über Kündigungsrechte und -fristen.<sup>133</sup>

## 3. Vertragsbeziehungen zwischen den am Cash-Pooling beteiligten Unternehmen und ihren Vertragspartnern

Aufgrund des Cash-Pool-Rahmenvertrages ist die Betreibergesellschaft gegenüber den Konzernunternehmen verpflichtet, ein ausreichendes Liquiditätsniveau im Cash-Pool ggf. durch die Aufnahme von Fremdkapital sicherzustellen. Sollte die konzernweit vorhandene Liquidität nicht ausreichen, wird das sodann zentral durch die Betreibergesellschaft beschaffte Fremdkapital in den Cash-Pool eingespeist, um den Liquiditätsbedarf der Konzernunternehmen zu decken. Da der Darlehensgeber bei einer zentralen Konzernfinanzierung in der Regel mit der Betreibergesellschaft den Darlehensvertrag abschließt, ist auch nur sie Schuldnerin des Rückzahlungsanspruchs. Die Weiterleitung der Mittel an die am Cash-Pool beteiligten Konzernunternehmen ändert daran freilich nichts.

Wegen dieses sog. strukturellen Nachrangs<sup>134</sup> kann der Darlehensgeber im Falle der Insolvenz des Konzerns seinen Rückzahlungsanspruch daher nicht in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen des Konzernunternehmens, dem die Valuta zugeflossen sind, geltend machen. Vielmehr wird sein Anspruch nur in Höhe der Quote, die im Insolvenzverfahren der Obergesellschaft erzielt wird, befriedigt, wobei zuvor die aus der Weiterleitung der Valuta resultierende Forderung der Obergesellschaft gegen das jeweilige Konzernunternehmen in dem über dessen Vermögen eröffneten Insolvenzverfahren ebenfalls nur in Höhe der dort erzielten Quote beglichen worden sein wird.<sup>135</sup> Dieser Gefahr kann der Darlehensgeber durch die Vereinbarung eines Weiterleitungsverbots bzw. die Bestellung von Sicherheiten durch die Konzerngesellschaften begegnen.<sup>136</sup> Unabhängig von der geschilderten Situation kann die Darle-

<sup>129</sup> Faßbender, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 38.

<sup>130</sup> Faßbender, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 39; Hormuth, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 114.

<sup>131</sup> Faßbender, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 39; Hormuth, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 114.

<sup>132</sup> Faßbender, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 40; Morsch, NZG 2003, 97, 98.

<sup>133</sup> Faßbender, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 40; Morsch, NZG 2003, 97, 98.

<sup>134</sup> Vgl. hierzu U. H. Schneider, ZGR 1984, 497, 503; Schön, ZHR 159 (1995), 351, 361.

<sup>135</sup> Hormuth, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 110.

<sup>136</sup> Hormuth, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 111.



hensausreichung auch unter Vereinbarung eines bestimmten Verwendungszwecks erfolgen.<sup>137</sup> Dies verpflichtet den Schuldner sicherzustellen, dass die Valuta nicht zweckwidrig verwendet werden.<sup>138</sup>

## B) Der Untersuchung zugrunde liegende Konzernstruktur

Stand 01.01.2009 waren im Bundesgebiet 980.178 GmbHs registriert.<sup>139</sup> Auch wenn genaue Zahlen fehlen, wird man von einem hohen Konzernierungsgrad ausgehen dürfen.<sup>140</sup> Die damit einhergehende Bedeutung entsprechender Konzernfinanzierungsmaßnahmen liegt damit auf der Hand. Im Bereich der GmbH-Unternehmensverbindungen ist der faktische Konzern die weit überwiegend auftretende Konzernform.<sup>141</sup> Dies hängt insbesondere mit dem Umstand zusammen, dass die herrschende GmbH durch ihre Mehrheit in der Gesellschafterversammlung mittels Weisungen gegenüber dem nach § 37 Abs. 1 GmbHG gebundenen Geschäftsführer der abhängigen GmbH die einheitliche Leitung sicherstellen kann.<sup>142</sup> Im Gegensatz dazu ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft gemäß § 76 Abs. 1 AktG nicht weisungsgebunden; eine einheitliche Leitung lässt sich daher nur im Wege eines Beherrschungsvertrages nach § 291 Abs. 1 AktG erreichen.

Da seit der Änderung des § 14 KStG die wirtschaftliche Eingliederung als Voraussetzung der steuerlichen Organschaft – die Erfüllung dieser Voraussetzung wurde durch den Abschluss eines Beherrschungsvertrages erleichtert – entfallen ist, besteht nunmehr auch unter diesem Gesichtspunkt keine Notwendigkeit mehr für den Abschluss von Beherrschungsverträgen.<sup>143</sup> Allerdings wurden aufgrund der mit dem „November“-Urteil<sup>144</sup> des BGH einhergehenden Verunsicherung hinsichtlich der Zulässigkeit des Cash-Pooling Unternehmensverträge als probates Gestaltungsmittel zu seiner rechtskonformen Einrichtung und Betrieb angesehen, da es nach § 291 Abs. 3 AktG mit Abschluss eines solchen Vertrages zur Suspendierung der Kapitalerhaltungsvorschriften kommt.<sup>145</sup> Mit der Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise im Zuge des MoMiG durch den Gesetzgeber dürfte indes auch dieser Grund für den Abschluss eines Beherrschungsvertrages entfallen sein. Da auch schon zuvor von einem Rückgang der Bedeutung des Beherrschungsvertrages ausgegangen wurde,<sup>146</sup> wird sich diese Untersuchung wegen der größeren praktischen Relevanz auf die Haftung des Geschäftsführers in einem faktischen GmbH-Konzern konzentrieren.<sup>147</sup> Gegenstand der Betrachtung soll hier ferner ein klassischer Holding-Konzern sein, d.h. an der Spitze steht eine nicht operativ tätige Konzernmutter, die lediglich ihren Beteiligungsbesitz an den Konzerntöchtern verwaltet und die Gesamtleitung der Gruppe ausübt. Weiter wird davon ausgegangen, dass, da es

<sup>137</sup> U. H. Schneider, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 25.26.

<sup>138</sup> U. H. Schneider, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Konzernfinanzierung, Rdnr. 25.26.

<sup>139</sup> Kornblum, GmbHR 2009, 1056, 1062.

<sup>140</sup> Vgl. auch Lutter, in: Lutter/Hommelhoff, 17. Aufl., Anh. § 13 Rdnr. 2; Sonnenhol/Groß, ZHR 159 (1995), 388, 389: 48% Stand 1993.

<sup>141</sup> Scholz/Emmerich, GmbHG, 11. Aufl., Anh. § 13 Rdnr. 65; Lutter, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., Anh. § 13 Rdnr. 13; Scholz/Tiedemann, GmbHG, 10. Aufl., Vor. §§ 82 ff. Rdnr. 17.

<sup>142</sup> Scholz/Emmerich, GmbHG, 10. Aufl., Anh. § 13 Rdnr. 66.

<sup>143</sup> Scholz/Emmerich, GmbHG, 10. Aufl., Anh. § 13 Rdnr. 66.

<sup>144</sup> BGH, Urt. v. 24.11.2003 – II ZR 171/01 = BB 2004, 293.

<sup>145</sup> Hüffer, AktG, § 291 Rdnr. 36; Liebscher, Rdnr. 368; Seidel, DStR 2004, 1130, 1136.

<sup>146</sup> Scholz/Emmerich, GmbHG, 10. Aufl., Anh. § 13 Rdnr. 66.

<sup>147</sup> Vgl. auch Hellwig, in: FS Peltzer, hrsg. v. Lutter u.a., 2001, S. 163, 165.



sich hierbei um die wohl häufigste Konzernsituation handelt,<sup>148</sup> Minderheitsgesellschafter nicht vorhanden sind.

<sup>148</sup> So *Wessels*, ZIP 2006, 1701.