

Pentz, Andreas

**Book**

## Cash-Pooling und Pflichten des Aufsichtsrats nach der neuen Rechtsprechung des BGH

edition der Hans-Böckler-Stiftung, No. 139

**Provided in Cooperation with:**

The Hans Böckler Foundation

*Suggested Citation:* Pentz, Andreas (2005) : Cash-Pooling und Pflichten des Aufsichtsrats nach der neuen Rechtsprechung des BGH, edition der Hans-Böckler-Stiftung, No. 139, ISBN 3-86593-016-6, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/116382>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*

139

*Andreas Pentz  
Achim Sollanek*

# Cash-Pooling im Konzern

Ökonomische und juristische Hinweise  
für die Praxis

edition der  
Hans **Böckler**  
**Stiftung** 

Fakten für eine faire Arbeitswelt.

*Andreas Pentz*

# **Cash-Pooling und Pflichten des Aufsichts- rats nach der neueren Rechtsprechung des BGH**

*Achim Sollanek*

# **Cash-Management- Systeme**

**Eine betriebswirtschaftliche  
Darstellung  
(Inhalt, Aufbau, Risiken)**

edition der Hans-Böckler-Stiftung 139

© Copyright 2005 by Hans-Böckler-Stiftung  
Hans-Böckler-Straße 39, 40476 Düsseldorf  
Buchgestaltung: Horst F. Neumann Kommunikationsdesign, Wuppertal  
Produktion: Setzkasten GmbH, Düsseldorf  
Printed in Germany 2005  
ISBN 3-86593-016-6  
Bestellnummer: 13139

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere die des öffentlichen Vortrages,  
der Rundfunksendung, der Fernsehausstrahlung,  
der fotomechanischen Wiedergabe, auch einzelner Teile.

## **CASH-POOLING UND PFLICHTEN DES AUFSICHTSRATS NACH DER NEUEREN RECHTSPRECHUNG DES BGH**

*Andreas Pentz*

<b>EINLEITUNG</b>	<b>7</b>
<b>A. BEGRIFF DES CASH-POOLINGS BZW. DES CASH-POOLS</b>	<b>9</b>
I.    Physisches Cash-Pooling	9
II.   Sonderfall »Virtuelles Pooling«	11
III.  Gefahren des Cash-Poolings	11
<b>B. ÜBERBLICK ÜBER DIE KAPITALGESELLSCHAFTS- RECHTLICHE PROBLEMLAGE</b>	<b>13</b>
<b>C. CASH-POOLING UND KAPITALAUFBRINGUNG</b>	<b>15</b>
I.    Bareinlage	17
II.   Sacheinlage	19
1. Forderung als Sacheinlage	19
2. Anspruch auf Liquiditätsabruf als Sacheinlage	20
3. Nutzungsrecht als Sacheinlage	21
III.  Sonderfall der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln	22
<b>D. CASH-POOLING UND KAPITALERHALTUNG</b>	<b>23</b>
I.    GmbH-Recht	25
1. Bisher herrschende Meinung	25
2. Die Entscheidung des BGH vom 24.11.2003	26
3. Analyse und Bewertung der Entscheidung, Bedeutung für die weitere Untersuchung	28
4. Folgerungen aus dem Urteil vom 24.11.2003 für das Cash-Pooling	30
5. Überlagerungen der Kapitalerhaltungsgrundsätze durch das Recht der verbundenen Unternehmen	33
a) Die Rechtslage bei faktischen Unternehmensverbindungen	33
b) Rechtslage bei vertraglichen Unternehmensverbindungen	34

II.	Aktienrecht	36
	1. Faktische Unternehmensverbindungen	36
	2. Unternehmensvertragliche Unternehmensverbindung	39
<b>E.</b>	<b>KAPITALERSATZRECHT UND RECHT DES FINANZPLANKREDITS</b>	<b>41</b>
I.	Kapitalersatzrecht	41
II.	Finanzplankredit	43
<b>F.</b>	<b>EINFLUSS DER RECHTSPRECHUNG DES BGH ZUM EXISTENZVERNICHTENDEN EINGRIFF AUF DAS CASH-POOLING</b>	<b>45</b>
I.	Überblick	45
II.	Voraussetzungen einer Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs	46
	1. Eingriff ohne angemessene Rücksichtnahme auf die Belange der Gesellschaft	47
	2. Beeinträchtigung der Fähigkeit der Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten (Existenzvernichtung)	48
	3. »Subsidiarität« gegenüber den Kapitalerhaltungs-grundsätzen	48
	4. Kausalität und Beweislast	48
	5. Zurechenbarkeit und Rechtsfolgen	49
	6. Haftung der Geschäftsführungsorgane	50
III.	Folgerungen für das Cash-Pooling	51
<b>G.</b>	<b>RECHTE UND PFLICHTEN DES AUFSICHTSRATS BEI VORLIEGEN EINES CASH-POOLINGS</b>	<b>55</b>
I.	Rechtliche Rahmenbedingungen	55
II.	Überwachungspflicht und Cash-Pooling insbesondere	56
	1. Einrichtung eines Cash-Poolings	57
	2. Überwachung eines bestehenden Cash-Poolings	58
III.	Verhaltenspflichten einzelner Aufsichtsrats-mitglieder	59
<b>H.</b>	<b>ZUSAMMENFASSUNG DER WICHTIGSTEN ERGEBNISSE</b>	<b>61</b>
	<b>AUSGEWÄHLTE LITERATUR</b>	<b>63</b>

# **CASH-MANAGEMENT-SYSTEME EINE BETRIEBSWIRTSCHAFTLICHE DARSTELLUNG (INHALT, AUFBAU, RISIKEN)**

*Achim Sollanek*

<b>1. PROBLEMSTELLUNG</b>	<b>67</b>
<b>2. DIE LIQUIDITÄTSSTEUERUNG ALS BESTANDTEIL DER KONZERNSTEUERUNG</b>	<b>69</b>
2.1 Definition: Cash-Management-Systeme	69
2.2 Ziele und Aufgaben von Cash-Management-Systemen	70
2.3 Ausgangsbeispiel	71
2.4 Zunehmende Bedeutung von Cash-Management-Systemen in Konzernen	74
2.5 Zentrales und Dezentrales Cash-Management	75
<b>3. ARTEN VON CASH-MANAGEMENT-SYSTEMEN</b>	<b>77</b>
3.1 Netting	77
3.2 Cash-Pooling	79
3.3 Notional Pooling	82
<b>4. EXKURS: STEUERLICHE ASPEKTE VON CASH-MANAGEMENT-SYSTEMEN</b>	<b>85</b>
4.1 Körperschaftsteuer	85
4.1.1 Verdeckte Gewinnausschüttungen	85
4.1.2 Gesellschafter-Fremdfinanzierung	87
4.2 Gewerbesteuer	87
4.3 Quellensteuer und sonstige Steuern	88
<b>5. CHANCEN UND RISIKEN VON CASH-MANAGEMENT- SYSTEMEN</b>	<b>89</b>
<b>6. CASH-MANAGEMENT-SYSTEME UND AUFSICHTSRÄTE</b>	<b>91</b>
<b>QUELLENVERZEICHNIS</b>	<b>95</b>
<b>SELBSTDARSTELLUNG DER HANS-BÖCKLER-STIFTUNG</b>	<b>101</b>





Durch eine jüngere Entscheidung zur Frage der Zulässigkeit der Darlehensvergabe an Gesellschafter bzw. ihnen gleichzustellende Personen im GmbH-Recht unter dem Aspekt der Kapitalerhaltung hat der Bundesgerichtshof der Unternehmenspraxis enge Grenzen gesetzt. Auch wenn die Entscheidung nicht zum Cash-Pooling selbst ergangen ist, hat sie gleichwohl nach allgemeiner Einschätzung unmittelbare Auswirkungen auf die hiermit zusammen hängenden Fragen. Im Zusammenhang mit dem Cash-Pooling weiter zu berücksichtigen sind verschiedene Urteile neueren Datums, auch ein solches eines Strafsenats des Bundesgerichtshofs, zum Institut des so gen. existenzvernichtenden Eingriffs, aus denen sich nicht nur weitere Einschränkungen für die Zulässigkeit des Cash-Poolings ergeben, sondern auch besondere Risiken für die beteiligten Gesellschaften bzw. ihre Organe.

Die Entscheidungen haben nicht nur Bedeutung für die Reichweite der Kapitalerhaltung und die Sorgfaltspflichten der für die Darlehensvergabe zuständigen und damit hier unmittelbar angesprochenen geschäftsführenden Organe einer Kapitalgesellschaft, sondern auch für den Aufsichtsrat. Denn auch aus Sicht des Aufsichtsrats stellt sich die Frage, welche Folgerungen aus der Entscheidung hinsichtlich der in Unternehmensgruppen weit verbreiteten Form des Cash-Pools zu ziehen sind und wie er sich im Rahmen der ihm obliegenden Überwachungsaufgabe gegebenenfalls zu verhalten hat, wenn er nicht selbst in die Haftung geraten will. Vor diesem Hintergrund geht der nachstehende Beitrag der Problematik nach, inwieweit ein Cash-Pooling GmbH-rechtlich und aktienrechtlich zulässig ist und welche Pflichten für den Aufsichtsrat in diesem Zusammenhang entstehen können.



# A. BEGRIFF DES CASH-POOLINGS BZW. DES CASH-POOLS

---

## I. PHYSISCHES CASH-POOLING

Das Cash-Pooling als solches stellt einen Unterfall des Cash-Managements dar, der Cash-Pool ist das Konto, über den diese Art des Cash-Managements abgewickelt wird<sup>1</sup>:

Unter dem Begriff des (physischen<sup>2</sup>) **Cash-Poolings** versteht man eine Variante der internen Konzernfinanzierung (Cash-Management<sup>3</sup>), mit der die Optimierung der einer Unternehmensgruppe insgesamt zur Verfügung stehenden Mittel erreicht werden soll. Halten die einer Unternehmensgruppe zugehörigen Gesellschaften jeweils eigene Bankverbindungen und eigene Bankkonten, bestimmt sich die Verzinsung von Guthaben bzw. von aufgenommenen Darlehen nach den Verhältnissen der jeweiligen Gesellschaft. Diese isolierte Behandlung der Gesellschaften kann dazu führen, dass Liquiditätsüberschüsse, die in einer Unternehmensgruppe vorhanden sind, nicht optimal angelegt werden können (beispielsweise sind manche Anlageformen bzw. Zinsvergünstigungen nur ab dem Erreichen einer gewissen Größenordnung möglich), wie es ebenso dazu kommen kann, dass Bankdarlehen im Verhältnis gesehen teuer »eingekauft« werden müssen. Werden die der Unternehmensgruppe insgesamt zur Verfügung stehenden Salden auf einem einzigen Konto zusammengefasst, lässt sich hierdurch erreichen, dass Überschüsse, die bei einer isolierten Behandlung der Gesellschaften einer bestimmten Anlageform wegen des Nichterreichens der geforderten Größenordnung nicht zugänglich wären, zinsgünstiger eingesetzt werden können. Weisen die Konten einiger Gesellschaften der

- 1 Zu Folgenden s. auch *Büschgen* WM 1995, 733, 736; *Cahn* ZHR 166 (2002) 278 ff.; *Jäger* DStR 2000, 1653 f.; *Morsch* NZG 2003, 97 f.; *Oho/Eberbach* DB 2001, 825 f.; *Reidenbach* WM 2004, 1421, 1423; *Sieger/Hasselbach* BB 1999, 645 f.; *Seidel* DStR 1130, 1132 f.; *Theisen* in *Lutter Holdinghandbuch*, 4. Aufl. 2004, § 11 Rn. 32 ff.; *Vetter* in *Lutter Holdinghandbuch*, 4. Aufl. 2004, § 8 Rn. 1 ff.; *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash-Pooling, 2003, Rn. 1 ff., alle mwN.; eingehend auch der vorstehende Beitrag von *Sollanek*.
- 2 Zum virtuellen Cash-Pooling sogleich noch im Text.
- 3 Der Begriff des Cash-Managements umfasst die optimale Liquiditätsplanung, -disposition und -kontrolle sowie die Realisierung des konzerninternen Liquiditätsausgleichs unter Aufrechterhaltung des finanziellen Gleichgewichts der Unternehmung und der Verfolgung des Rentabilitätsziels, vgl. nur *Büschgen* WM 1995, 733, 736; *Theisen* in *Lutter Holdinghandbuch* § 11 Rn. 32 ff.

Unternehmensgruppe einen negativen Saldo auf, während die Konten anderer Gesellschaften einen positiven Saldo aufweisen, kann dies bei einer Zusammenfassung der Konten dazu führen, dass der Liquiditätsbedarf der Gesellschaften insgesamt gedeckt ist und die Aufnahme eines Darlehens nicht oder aber in einer geringeren Höhe erforderlich wird. Hierdurch sinkt der Zinsaufwand. Darüber hinaus lassen sich durch eine gebündelte Nachfrage bei den Banken häufig bessere Darlehensbedingungen erzielen als dies einem einzelnen Unternehmen möglich wäre. Zu beachten ist weiter, dass sich bei einer zentralen Abwicklung der Finanzierung die hierfür anfallenden Verwaltungskosten reduzieren, die zentrale Abwicklung zu einer Verringerung der vorzuhaltenden Liquiditätsreserve und zu einer Minimierung der Währungs- und Zinsänderungsrisiken führen kann und sie die Liquiditätsplanung und -disposition in der Unternehmensgruppe erleichtert.

Diese betriebswirtschaftlichen Vorteile eines zentralen Cash-Managements sind der Anlass dafür, dass in zahlreichen Unternehmensgruppen ein Cash-Pooling stattfindet: Die Salden der einzelnen Konten der der Unternehmensgruppe zugehörigen Gesellschaften werden am Tagesende automatisch auf einem einzigen Konto, dem so genannten Zielkonto – dem **Cash-Pool** –, in der Weise zusammengeführt und miteinander verrechnet, dass Guthaben dem Zielkonto gutgeschrieben bzw. debitorische Salden von dort ausgeglichen werden. Die Konten der einzelnen Gesellschaften werden dabei entweder auf Null gestellt (so genanntes Zero Balancing) oder es wird dort ein bestimmter Sockelbetrag belassen (so genanntes Conditional Balancing oder Target Balancing). Inhaber dieses Zielkontos (Cash-Pool) ist entweder das Spitzenunternehmen der Unternehmensgruppe (»Mutterunternehmen« bzw. »Konzernspitze«) selbst oder ein von ihr zu diesem Zweck eingeschaltetes Tochterunternehmen (»Betreibergesellschaft«). Die dem Cash-Pooling zu Grunde liegende Vereinbarung wird üblicherweise zwischen der Gesellschaft, dem Mutterunternehmen und/oder der Betreibergesellschaft sowie der kontoführenden Bank geschlossen. Die Vereinbarung enthält typischerweise die Pflicht der Gesellschaft, grundsätzlich nur bei der/den am Cash-Pool beteiligten Bank(en) Konten zu unterhalten bzw. neue Konten nur in Abstimmung mit dem Mutterunternehmen bzw. der Betreibergesellschaft zu eröffnen und in gewissen Zeitabständen zur zentralen Disposition die voraussichtlichen Zu- bzw. Abflüsse mitzuteilen. Abgeführte Guthaben sowie ausgeglichene Sollsalden werden üblicherweise verzinst. Teilweise finden sich auch Vorbehalte hinsichtlich des Entstehens einer Unterbilanz im Sinne der Kapitalerhaltungsbestimmungen (Aussetzen des weiteren Cash-Poolings). In der Praxis zum Teil zu finden ist auch eine (gesamtschuldnerische) Haftung der Teilnehmer des Cash-Poolings<sup>4</sup>, also auch der angeschlossenen Kapitalgesellschaft. Häu-

figer anzutreffen sind Sicherheitenbestellungen auch der an den Cash-Pool angeschlossenen Tochtergesellschaften, die teilweise einen erheblichen Umfang aufweisen.

## **II. SONDERFALL »VIRTUELLES POOLING«**

Unter »Virtuellem Pooling«, auch als »Notional Pooling« bzw. »Fiktives Pooling« bezeichnet, versteht man die lediglich virtuelle rechnerische Zusammenführung der Banksalden in einem nur rechnerischen Cash-Pool ohne einen tatsächlichen Zahlungsstrom; die Konten der beteiligten Konzernunternehmen bleiben sonach unverändert. Der auf diese Weise gebildete fiktive (simulierte) Saldo bildet die Grundlage für die Bestimmung der jeweiligen Soll- und Habenzinsen, während die einzelne Salden der gepoolten Quellkonten unverändert bestehen bleiben. Auch durch diese Form des Cash-Poolings sollen Zinsvorteile erzielt werden, wobei hinsichtlich der Zinsvorteile zwischen zwei Verfahren unterschieden wird: Beim »Zinskompensationsverfahren« wird der Zinsvorteile derjenigen Gesellschaft gutgeschrieben, die das virtuelle Konto führt. Beim »Zinsoptimierungsmodell« wird der Vorteil an die jeweiligen Gesellschaften unmittelbar weitergegeben, indem der auf ihren Konten bestehende Saldo zu dem Zinssatz des Gesamtsaldos verzinst wird.

## **III. GEFAHREN DES CASH-POOLINGS**

Den betriebswirtschaftlichen Vorteilen des echten Cash-Poolings stehen aus Sicht der in die Pool-Vereinbarungen miteinbezogenen Gesellschaft erhebliche Risiken gegenüber<sup>5</sup>:

Soweit die Bank, bei der der Cash-Pool geführt wird, auf eine (gesamtschuldnerische) Haftung der am Cash-Pool angeschlossenen Teilnehmer besteht, hat dies zur Folge, dass die teilnehmenden Gesellschaften Pool-Verbindlichkeiten absichern bzw. für diese selbst haften. Hieraus, aber auch mit Blick auf den Umstand, dass die in den Cash-Pool einzahlende Gesellschaft im Ergebnis damit das Bonitätsrisiko der den Cash-Pool führenden Gesellschaft trägt, läuft auf die teilnehmenden Gesellschaften ein häufig nicht abzuschätzendes Risiko zu, das im Falle der Insolvenz der Kon-

4 Vgl. *Cahn* ZHR 166 (2002) 278, 282 mwN. in Fn. 15.

5 Eingehend hierzu vor allem *Vetter* in *Lutter Holdinghandbuch* § 8 Rn. 1 ff.; *Vetter/Stadler*, *Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash-Pooling* Rn. 18 ff, 102 ff.

zernspitze häufig zu einer Insolvenz auch der am Cash-Pool beteiligten Gesellschaften führt. Dergleichen können Krisen bei anderen Gesellschaften über die Cash-Pool-Vereinbarung auch auf wirtschaftlich gesunde Gesellschaften durchschlagen. Weiter finden sich im Zusammenhang mit Pool-Vereinbarungen, die nicht über eine Bank, sondern mit der Konzernspitze bzw. einer den Pool betreibenden Gesellschaft unmittelbar geschlossen werden, mitunter Konditionen, die einem Drittvergleich nicht standhalten; Habenzinsen werden oft zu niedrig, Sollzinsen zu hoch angesetzt, sodass es in diesem Zusammenhang zu so genannten verdeckten Gewinnausschüttungen mit den für die betreffenden Gesellschaften nachteiligen steuerlichen Folgen kommen kann. Werden von dritter Seite aus zweckgebunden gewährte Kredite in einen Cash-Pool miteinbezogen, besteht die Gefahr der zweckwidrigen Verwendung der Gelder im Interesse anderer Gesellschaften der Unternehmensgruppe<sup>6</sup>. Schließlich besteht die Gefahr, dass die Gesellschaft durch die Anbindung an den Cash-Pool ihre eigene Liquiditätsversorgung nicht mehr hinreichend beachtet und im Falle ihres Ausscheidens aus den Cash-Pool-Verbund keine eigenständigen Bankverbindungen mehr unterhält und hierdurch dann in Liquiditätsschwierigkeiten kommt.

Beim virtuellen Pooling drohen Nachteile für die am Cash-Pool teilnehmenden Gesellschaft insoweit, als bei dem Zinskompensationsverfahren die Zinsvorteile der den Cash-Pool führenden Gesellschaft gutgeschrieben werden und insoweit die Gefahr besteht, dass diese Vorteile nicht oder nur unangemessen niedrig weitergereicht werden.

6 Beispiel: Bremer Vulkan, BGHZ 149, 10 ff. = NJW 2001, 3622 = DB 2001, 2338 = BB 2001, 2233.

## **B. ÜBERBLICK ÜBER DIE KAPITALGESELLSCHAFTS- RECHTLICHE PROBLEMLAGE**

---

Kapitalgesellschaftsrechtliche Probleme wirft das Cash-Pooling in mehrfacher Hinsicht auf:

In Zusammenhang mit der Gründung von Kapitalgesellschaften stellt sich die Frage, inwieweit durch die gesetzliche Notwendigkeit, die zu leistende Bar- bzw. Sacheinlage zur endgültigen freien Verfügung der geschäftsführenden Organe zu leisten, Raum für eine Einbeziehung der neu gegründeten Gesellschaft in das Cash-Pooling lässt. Hierauf ist unter C. einzugehen.

Außerhalb des Gründungsrechts stellt sich zunächst die Frage, inwieweit die Kapitalerhaltungsbestimmungen überhaupt die Einbeziehung einer Kapitalgesellschaft in ein Cash-Pooling zulassen. Auf diesen Aspekt wird unter D. eingegangen, wobei sich die Darstellung insoweit auf die Rechtslage bei konzernierten Gesellschaften beschränken kann, nachdem ein Cash-Pooling bei nicht verbundenen Gesellschaften praktisch nicht vorkommt. Außerhalb des Rechts der Kapitalerhaltung stellt sich zudem die Frage, welche besonderen Rechte bzw. Pflichten sich unter dem Aspekt des Kapitalersatzrechts bzw. der Besonderheiten des Finanzplankredits ergeben, und die Frage nach den durch die Rechtsprechung zum existenzvernichtenden Eingriff gezogenen Zulässigkeitsgrenzen. Hierauf ist unter E. bzw. F. einzugehen.

Vor dem Hintergrund der dadurch abgesteckten Rahmenbedingungen werden schließlich unter G. die Verhaltenspflichten des Aufsichtsrats dargestellt, eine Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse findet sich unter H.





## C. CASH-POOLING UND KAPITALAUFBRINGUNG

Eine erste Schranke für die Zulässigkeit von Cash-Pool-Vereinbarungen im Kapitalgesellschaftsrecht ergibt sich zunächst aus dem Grundsatz der Kapitalaufbringung.

Im Aktien- und GmbH-Recht gibt es bis auf ganz wenige, besonders zu begründende Ausnahmen, auf die noch einzugehen sein wird, keine persönliche Haftung der Gesellschafter. Dieser Ausschluss der persönlichen Haftung rechtfertigt sich daraus, dass der Kapitalgesellschaft im Zusammenhang mit ihrer Gründung bzw. der insoweit ähnlich gelagerten Kapitalerhöhung Kapital zugeführt und auch dort belassen wird. Dieses Kapital stellt funktional zum einen Betriebskapital der Gesellschaft dar, zum anderen soll es aber auch den Gläubigern als Haftungsmasse dienen und als »Puffer« zudem verhindern, dass Verluste sich sofort auf die Lebensfähigkeit der Gesellschaft auswirken. Die Gesellschafter erkaufen sich zunächst also gleichsam die Haftungsfreistellung durch die Kapitalaufbringung. Aus diesem Grunde muss das Gesetz, wenn es denn eine persönliche Haftung der Gesellschafter aus diesem Grunde ausschließt, sicherstellen, dass das Kapital der Gesellschaft auch tatsächlich aufgebracht und dort belassen wird. Beide Erwägungen, die Aufbringung und die Belassung des Kapitals, gelten bereits im Gründungsstadium; insoweit überschneidet sich das Gründungsrecht mit den noch unter D. gesondert zu behandelnden Grundsätzen der Kapitalerhaltung, wobei insoweit bereits jetzt klar zu stellen ist, dass aus dem Grundsatz der Kapitalaufbringung nicht abzuleiten ist, dass das aufgebrachte Kapital für alle Zeit auf einem Sonderkonto u.ä. für einen Gläubigerzugriff reserviert wird. Das Kapital stellt vielmehr, wie bereits erwähnt, auch Betriebskapital der Gesellschaft dar, und ist dementsprechend dazu bestimmt, von der Gesellschaft als solches eingesetzt zu werden.

Der Grundsatz, dass das Kapital effektiv aufzubringen ist, hat im Aktienrecht in § 36 Abs. 2 S. 1 AktG und im GmbH-Recht in § 8 Abs. 2 S. 1 GmbHG seinen Niederschlag gefunden<sup>7</sup>. Nach beiden Bestimmungen wird verlangt, dass das Kapital von den Gründern zur endgültigen freien Verfügung der geschäftsführenden Organe – Vorstand bzw. Geschäftsführer – aufzubringen ist. Das Gebot gilt dabei – da es in beiden Fällen um die reale Kapitalaufbringung geht – sowohl für die Bar- als auch für die Sacheinlage. Inhaltlich bedeutet dieser Grundsatz, dass die von den Gesell-

<sup>7</sup> Zur Bedeutung dieses Merkmals statt andererer MünchKomm AktG/Pentz, 2. Aufl., § 36 Rn. 47 ff.; GroßKomm AktG/Röhricht, 4. Aufl., § 36 Rn. 56 ff.; Hachenburg/Ulmer GmbHG, 8. Aufl., § 7 Rn. 47.

schaftern zu leistenden Einlagen nicht nur so geleistet werden müssen, dass sie sich tatsächlich in der Verfügungsmacht von Vorstand bzw. Geschäftsführer befinden (»Verfügung«), sondern dass dies auch so bleiben (»endgültig«) und wirklich (»freie Verfügung«) so gemeint sein muss. Die Mittel müssen also bei der Gesellschaft verbleiben und dürfen nicht abredgemäß wieder an die Gesellschafter zurück fließen. Nur wenn die Einlage endgültig zur freien Verfügung geleistet worden ist, kommt der Leistung des Gesellschafters Erfüllungswirkung in dem Sinne zu, dass er seine Einlagepflicht tatsächlich erfüllt hat und von ihr frei geworden ist. Unzulässig sind deshalb nicht nur reine Scheinzahlungen<sup>8</sup>, sondern auch Absprachen über die Rückführung der Einlage in irgendeiner Form, sei es unmittelbar oder mittelbar, wobei der Bundesgerichtshof im Falle eines Hin- und Herzahlens innerhalb weniger Tage vermutet, dass das Kapital der Gesellschaft nicht zur endgültigen freien Verfügung gestanden hat<sup>9</sup>. Unerheblich ist ebenfalls, ob zuerst eingezahlt und dann von der Gesellschaft zurückgezahlt wird, oder ob es zunächst zu einer Auszahlung der Gesellschaft kommt und hiermit die Einlage dann vorgeblich geleistet wird<sup>10</sup>. Nämlichkeit der betreffenden Mittel in dem Sinne, dass der Gesellschafter gerade seine Eigenleistung wieder zurückerhalten muss, wird ebenfalls nicht vorausgesetzt. Leistet ein Gesellschafter also beispielsweise € 50.000,00 Einlage und erhält er diesen Betrag von der Gesellschaft wieder zurück, kann er sich deshalb nicht damit verteidigen, bei dem zurück gezahlten Geld habe es sich nicht um »seine« Einlage gehandelt, sondern um Geld, das die Gesellschaft aus der Einlage eines anderen Gesellschafters bzw. aus einem bei einer Bank aufgenommenen Darlehen genommen hat. Maßgeblich ist allein, dass der Gesellschafter materiell seine Einlage zurück erhält.

Im Einzelnen ergeben sich kapitalaufbringungsrechtlich je nach Einlageform unterschiedliche Rechtsfragen, weshalb im Folgenden zwischen der Bareinlage (hierzu unter I.) und der Sacheinlage (hierzu unter II.) unterschieden wird. Gründung und Kapitalerhöhung können dabei im Wesentlichen bis auf Sonderfragen zur Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, gemeinsam behandelt werden. Zu den beiden Einlageformen selbst ist klarzustellen, dass eine Bareinlage nur dann vorliegt, wenn der Gesellschafter die Einlage in gesetzlichen Zahlungsmitteln (inländische Banknoten und Münzen) oder durch Kontogutschrift (wobei hinsichtlich des betreffenden Kreditinstituts teilweise nach seinem Sitz zu unterscheiden ist) zu erbringen

8 Hierzu BGHZ 113, 335, 347 = NJW 1991, 1754.

9 BGHZ 113, 335, 347 = NJW 1991, 1754; BGH ZIP 2001, 1997; BGH ZIP 1998, 780, 782; BGH NZG 2002, 522; BGH NZG 2002, 636; BGH NZG 2002, 524; BGH NZG 2002, 639; BGH GmbHR 2004, 896.

10 Zuletzt BGH GmbHR 2004, 896.

hat. Jede andere Einlageform ist Sacheinlage, wobei sich in diesem Zusammenhang dann jeweils noch die Frage stellt, ob der betreffende Einlagegegenstand überhaupt sacheinlagefähig ist. Was nicht Bareinlage in diesem Sinne ist, kann also nur Sacheinlage sein; eine dritte Einlageform gibt es nicht.

## I. BAREINLAGE

In der Praxis ist im Zusammenhang mit dem Cash-Pooling bei Unternehmensgruppen regelmäßig festzustellen, dass bei der Gründung geleistete Bar- bzw. Buchgelder umgehend auf den Cash-Pool umgebucht werden. Bei dem den Cash-Pool führenden Unternehmen handelt es sich üblicherweise um das Mutterunternehmen eines Konzerns bzw. ein von ihm zur Führung des Cash-Pools eingesetztes Tochterunternehmen. Ob es sich um das Mutterunternehmen oder ein von ihm eingesetztes Tochterunternehmen handelt, ist insoweit kapitalaufbringungsrechtlich irrelevant. Nach den Maßstäben des Kapitalaufbringungsrechts liegt in jedem Fall ein schlichtes Hin- und Herzahlen vor, das die Anforderungen einer Leistung zur endgültigen freien Verfügung des Vorstands bzw. der Geschäftsführung nicht erfüllt<sup>11</sup>.

Unproblematisch ist die Einlageleistung demgegenüber, wenn das eingelegte Kapital nicht in den Cash-Pool eingestellt, sondern als Betriebskapital der Gesellschaft verwendet wird, beispielsweise für die Anschaffung von Maschinen etc. (unter dem Aspekt der verdeckten Sacheinlage ist allerdings beim Erwerb von Gegenständen von einem Gesellschafter bzw. einem ihm gleich zu stellenden Dritten besondere Vorsicht angezeigt).

Allein dadurch, dass das eingezahlte Kapital auf einem gesonderten Konto geführt wird und dieses Konto über eine gewisse Zeit nicht am Cash-Pool teilnimmt<sup>12</sup>, lässt sich die mit der Kapitalaufbringung zusammenhängende Problematik demgegenüber noch nicht umgehen<sup>13</sup>. Nach der Rechtsprechung des BGH kommt es darauf an, ob die Rückführung abgesprochen war. Ist dies der Fall, was bei einer zeitlichen Nähe zwischen Einlageleistung und unmittelbarem oder mittelbarem Rückfluss vermutet wird, ist die Kapitalaufbringung nicht ordnungsgemäß erfolgt. Ab-

11 Speziell zum Cash-Pooling statt anderer *Zimmermann* in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, 4. Aufl., § 56a Rn. 4 mwN. auch auf den in DStR 1999, 1451 mit Anm. *Goette* abgedruckten Nichtannahmebeschluss des BGH; *Goette*. Die GmbHG, 2. Aufl., § 2 Rn. 22.

12 Hierzu *Jäger* DStR 2000, 1653, 1657 f.; *Hellwig* FS Peltzer, 2001, S. 163, 169; *Scholz/Priester* GmbHG, 9. Aufl., § 56a Rn. 13.

13 Kritisch auch *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash-Pooling Rn. 92.

sprachen über die Einstellung von der eingebrachten Mittel in ein Cash-Pooling stehen deshalb der ordnungsgemäßen Kapitalaufbringung auch dann entgegen, wenn dies erst nach einer gewissen Zeit erfolgen soll. Von Bedeutung kann das Verstreichen einer gewissen Zeit nur mit Blick auf die geltende Vermutung sein, die möglicherweise ab einem gewissen Zeitraum nicht mehr eingreift; aber auch dies ist letztlich eine Frage des Einzelfalls.

Fraglich ist, ob die Ordnungsmäßigkeit der Kapitalaufbringung bejaht werden kann, wenn die in den Cash-Pool einzahlende Kapitalgesellschaft einen eigenen rechtlich gesicherten Anspruch darauf hat, ohne Dazwischentreten des den Cash-Pool führenden Unternehmens auf die von ihm dort eingelegten Mittel Zugriff zu nehmen<sup>14</sup>. Für die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens ließe sich immerhin anführen, dass es in diesem Zusammenhang lediglich zu einem bankähnlichen Verhältnis komme und die betreffende Kapitalgesellschaft die eingelegten Mittel schließlich auch bei einem Kreditinstitut anlegen könnte. Im Ergebnis ist die Ordnungsmäßigkeit der Kapitalaufbringung gleichwohl nicht zu bejahen. Nach den Wertungen des Kapitalaufbringungsrechts macht es einen Unterschied, ob der betreffende Vertragspartner, mit dem der Leistungsaustausch erfolgt, ein Gesellschafter oder ein gesellschaftsfremder Dritter ist, was sich etwa im Recht der Kapitalaufbringung daran zeigt, dass die Einbringung von Forderungen, die gegen einen Dritten gerichtet sind, grundsätzlich zulässig sind, die Einbringung von Forderungen gegen einen Gesellschafter im Grundsatz aber nicht. Speziell für das Cash-Pooling ist außerdem darauf hinzuweisen, dass die Kapitalgesellschaft bei Vorliegen eines solchen Verhältnisses vor dem Verlust der eingelegten Mittel keineswegs geschützt ist. Während die Gesellschaft nämlich über ein ihr zugeordnetes Bankkonto ausschließlich selbst verfügen könnte, besteht bei Vorliegen eines Cash-Pools die Gefahr, dass andere, ebenfalls zugriffsberechtigte Unternehmen (Mutterunternehmen oder Schwesterunternehmen) auf die dort eingelegten Mittel Zugriff nehmen und diese für die Kapitalgesellschaft selbst damit verloren sind.

In der Praxis mitunter nach wie vor übersehen wird das Verbot der verdeckten Sacheinlage. Werden der Gesellschaft Barmittel zur Verfügung gestellt werden, mit der sie absprachegemäß sodann gegen sie gerichtete Verbindlichkeit (etwa Darlehen aus dem Cash-Pool-Verhältnis) gegenüber dem Mutterunternehmen tilgt, liegt keine ordnungsgemäße Bareinlage, sondern eine unzulässige verdeckte Sacheinlage vor, weil der Sache nach die Einbringung der gegen die Kapitalgesellschaft gerichteten Forderung des Mutterunternehmens beabsichtigt ist, was zulässigerwei-

14 In diesem Sinne Goette DStR 1999, 1451, 1452.

se nur im Wege der Sacheinlage erfolgen darf<sup>15</sup>. Auch wenn die Durchführung einer Barkapitalerhöhung auch bei Verbindlichkeiten aus dem Cash-Pooling nicht als generell unzulässig angesehen werden kann<sup>16</sup>, ist deshalb hier besondere Vorsicht geboten.

## II. SACHEINLAGE

Im Zusammenhang mit der Erbringung von Sacheinlagen können sich bei Vorliegen eines Cash-Poolings unterschiedliche Fragestellungen ergeben. Zum einen stellt sich die Frage, ob bzw. wie eine gegen die Kapitalgesellschaft gerichtete, möglicherweise gerade im Zusammenhang mit dem Cash-Pool stehende Forderung im Rahmen einer Kapitalerhöhung genutzt werden kann. Des Weiteren stellt sich beim Cash-Pooling die Frage, ob eine Sacheinlage auch dergestalt geleistet werden kann, dass der Kapitalgesellschaft ein Anspruch eingeräumt wird, bis zu einer bestimmten Grenze Liquidität aus dem Cash-Pool abzurufen. Da eine Sacheinlage auch dadurch erbracht werden kann, dass der Gesellschaft Kapital zur Nutzung für einen bestimmten Zeitraum zur Verfügung gestellt wird und die Sacheinlage als Nutzungsrecht (verkörpert beispielsweise durch zu erzielende Zinsen) erbracht wird, stellt sich die Frage, inwieweit in diesem Zusammenhang Besonderheiten zu beachten sind. Im Einzelnen gilt Folgendes:

### 1. Forderung als Sacheinlage

Die Einbringung einer gegen die Kapitalgesellschaft selbst gerichteten Forderung des Gesellschafters ist als taugliche Einlage Gegenstand sowohl im GmbH- als auch im Aktienrecht allgemein anerkannt<sup>17</sup>. Praktische Bedeutung hat diese Einlageform im Wesentlichen nur bei der Kapitalerhöhung, da bei der Gründung einer Kapitalgesellschaft meist noch keine gegen die Vor-Kapitalgesellschaft gerichteten Forderungen existieren.

Rechtstechnisch erfolgt die Einbringung der gegen die Kapitalgesellschaft gerichteten Forderung als Sacheinlage entweder durch Abtretung der Forderung an

15 Vgl. hierzu nur *Pentz* in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG § 19 Rn. 143 ff.; *ders.* in MünchKomm AktG § 27 Rn. 29 ff., jew. mwN.

16 Gegen ein derartiges Sacheinlagegebot insbes. *Priester* in Scholz GmbHG § 56 Rn. 26; vgl. in diesem Zusammenhang auch noch *Röhrich* in Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2002, S. 3, 19

17 Statt anderer MünchKomm AktG/*Pentz* § 27 Rn. 29; *Hachenburg/Ulmer* GmbHG § 5 Rn. 43, jew. mwN.

die Gesellschaft gemäß § 398 BGB mit der Folge, dass die Forderung aufgrund einer Konfusion (Gläubiger und Schuldner der Forderung fallen zusammen) erlischt, oder aber durch den Abschluss eines Erlassvertrages nach § 397 BGB, mit der der Kapitalgesellschaft die Forderung erlassen wird. Die notwendige Vermehrung des Vermögens der Kapitalgesellschaft findet hier durch die Verminderung ihrer Verbindlichkeiten statt. Auf welchem Rechtsgrund die Forderung beruht, ist grundsätzlich ohne Bedeutung, als Sacheinlage können also auch Forderungen eingebracht werden, die im Zusammenhang mit dem Cash-Pool gegen die Kapitalgesellschaft entstanden sind. Mitunter übersehen wird, dass der Nominalwert einer Forderung nicht ohne weiteres als Wert der Sacheinlage angesetzt werden darf. Der Wert der Sacheinlage wird wegen des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung<sup>18</sup> nämlich danach bestimmt, ob die gegen die Kapitalgesellschaft gerichtete Forderung vollwertig ist, wovon nur dann gesprochen werden kann, wenn das Vermögen der Gesellschaft zur Deckung aller Verbindlichkeiten ausreicht. Ist dies nicht der Fall, ist der Wert der Sacheinlage mit einem entsprechend niedrigeren Wert anzusetzen<sup>19</sup>.

## 2. Anspruch auf Liquiditätsabruf als Sacheinlage

Mit Blick auf das Cash-Pooling könnte auch daran gedacht werden, als Sacheinlage einen gegen das Mutterunternehmen gerichteten Anspruch darauf einzubringen, dass die Kapitalgesellschaft bei Liquiditätsbedarf über den Cash-Pool Liquidität bis zu einer bestimmten Höhe abrufen kann. Probleme entstehen hier jedoch insoweit, als nach ganz herrschender und auch zutreffender Auffassung ein gegen einen Gesellschafter gerichteter Anspruch grundsätzlich kein tauglicher Gegenstand einer Sacheinlage sein kann, weil es im Ergebnis hier lediglich zu einem Forderungsaustausch käme<sup>20</sup>. Abweichendes gilt zwar, wenn der Anspruch gegen den Gesellschafter dinglich – etwa durch ein (Grund-) Pfandrecht, eine Sicherungsübereignung u.ä. – gesichert ist<sup>21</sup>, was zwar möglich ist, im Zusammenhang mit einem Cash-Pooling aber wirtschaftlich kaum interessant erscheint. Im Zusammenhang mit einem Cash-Pooling hilft dies jedoch noch nicht unmittelbar weiter. Denn sacheinlagefähig sind

18 Zu diesem Grundsatz im Einzelnen statt anderer MünchKomm AktG/Pentz § 27 Rn. 5 f.

19 Hüffer AktG, 6. Aufl., § 27 Rn. 25; MünchKomm AktG/Pentz § 27 Rn. 29; GroßKomm AktG/Röhrich § 27 Rn. 81; Hachenburg/Ulmer GmbHG § 5 Rn. 44, jew. mwN.

20 Baumbach/Hueck/Fastrich GmbHG, 17. Aufl., § 5 Rn. 24; Schmidt-Leithoff in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG § 5 Rn. 29; Roth in Roth/Altmeyen GmbHG, 4. Aufl., § 5 Rn. 44; Hachenburg/Ulmer GmbHG, 8. Aufl. 1989 ff. § 5 Rn. 41; Scholz/Winter GmbHG § 5 Rn. 49; aA Cahn ZHR 166 (2002) 278, 289 ff.

21 Hachenburg/Ulmer GmbHG § 5 Rn. 64; Scholz/Winter GmbHG § 5 Rn. 49.

nur solche Vermögensgegenstände, deren wirtschaftlicher Wert feststellbar ist<sup>22</sup>. An der Feststellbarkeit des wirtschaftlichen Wertes fehlt es bei Vereinbarungen der hier erwogenen Art, wenn nicht klar ist, wann welche Beträge in welcher Höhe abgerufen werden. Aus diesem Grunde wird der Einbringung eines auf Bereitstellung der notwendigen Liquidität gerichteten Anspruchs häufig die mangelnde Sacheinlagefähigkeit entgegenstehen.

### **3. Nutzungsrecht als Sacheinlage**

Zur Umgehung der wegen der notwendigen Leistung der Einlage zur endgültigen freien Verfügung entstehenden Probleme könnte schließlich daran gedacht werden, dass das Mutterunternehmen der Kapitalgesellschaft einen bestimmten Barbetrag zur Verfügung stellt und die Sacheinlage in Form des gesondert festzustellenden Nutzungswerts des Kapitals (verkörpert etwa durch erzielbare Zinsen) geleistet wird. Hierdurch erhielt die GmbH erforderliche Liquidität, die allerdings nach Ablauf des festgelegten Zeitraums zurück zu erstatten wäre.

Diese grundsätzlich mögliche Einlageform<sup>23</sup> wirft Probleme auf, wenn das Kapital am Cash-Pooling unmittelbar oder mittelbar teilnehmen soll. Denn diese Einlageform liefe der Sache nach auf die Einlage von Zinsforderungen gegen das Mutterunternehmen hinaus und wäre deshalb schon im Ausgangspunkt nur dann zulässig, wenn hierfür eine Sicherheit gestellt würde. Darüber hinaus stellt sich jedoch bei dieser Einlageform auch die Frage, ob der Nutzungswert überhaupt zur endgültigen freien Verfügung geleistet wird, wenn das Kapital über das Cash-Pooling sofort wieder an das Mutterunternehmen zurückfließt. Da auch Sacheinlagen – wie die bereits behandelten Bareinlagen – zur endgültigen freien Verfügung geleistet werden müssen, dürfte die abredegemäße Einstellung der erhaltenen Liquidität in den Cash-Pool, und damit in den Zugriff des Mutterunternehmens, der wirklichen Einlageleistung auch hier entgegenstehen, so dass diese Einlage im Zusammenhang mit dem Cash-Pooling regelmäßig ausscheidet.

22 Zur GmbH jetzt BGH ZIP 2004, 1642; zur entsprechenden Rechtslage bei der AG BGH NJW 2000, 2354 (Einlagefähigkeit obligatorischer Nutzungsrechte); zu diesen Fragen auch *Pentz* ZGR 2004, 901 ff.

23 *Lutter/Bayer* in *Lutter/Hommelhoff GmbHG* § 5 Rn. 22 mwN.

### III. SONDERFALL DER KAPITALERHÖHUNG AUS GESELLSCHAFTSMITTELN

Für die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln gemäß § 57c ff. GmbHG bzw. §§ 207 ff. AktG fehlt es an einer § 8 Abs. 2 S. 1 GmbHG bzw. § 36 Abs. 2 S. 1 AktG entsprechenden Bestimmung, wonach die Einlage zur endgültigen freien Verfügung der geschäftsführenden Organe stehen muss. Dies erklärt sich daraus, dass der Gesellschaft bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln kein neues Kapital zugeführt wird, sondern gleichsam – obwohl es sich um eine echte Kapitalerhöhung handelt – eine Umbuchung auf der Passivseite der Bilanz erfolgt (Passivtausch: Von der Rücklage in das Stamm- bzw. Grundkapital).

Vor diesem Hintergrund bietet sich die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln theoretisch zur Vermeidung der im Zusammenhang mit einem Cash-Pooling bei der Kapitalerhöhung sonst auftretenden Probleme an, wenn der Kapitalgesellschaft über einen »verlorenen Zuschuss« die zur Kapitalerhöhung benötigten Gelder zur Verfügung gestellt werden, sie dort in die Rücklagen eingestellt und dann im Rahmen einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln verwendet werden. Nach dem heutigen Diskussionsstand könnten diese Mittel dann auch in den Cash-Pool eingestellt werden. Praktische Relevanz dürfte diesem Vorgehen allerdings nur bei 100 %igen Tochtergesellschaften zukommen, weil die aus einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln herrührenden neuen Anteile entsprechend der bisherigen Beteiligung sich auf die Gesellschafter aufteilen.



## D. CASH-POOLING UND KAPITALERHALTUNG

---

Der Grundsatz der Kapitalerhaltung im Kapitalgesellschaftsrecht knüpft an die bereits dargestellten Grundüberlegungen an, wonach der Ausschluss der persönlichen Haftung der Gesellschafter dadurch gerechtfertigt ist, dass der Kapitalgesellschaft ein bestimmtes Kapital zur endgültigen freien Verfügung zugeführt und dort auch belassen werden muss; die Notwendigkeit der Belassung der Mittel nach einer ordnungsgemäßen Gründung ist Gegenstand des Rechts der Kapitalerhaltung. Dieser Grundsatz der Kapitalerhaltung gilt sowohl bei der GmbH als auch bei der Aktiengesellschaft. Unterschiede gibt es jedoch bei den beiden Gesellschaftsformen hinsichtlich der Reichweite des geschützten Vermögens:

Bei der GmbH darf nach § 30 Abs. 1 GmbHG das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der GmbH an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. Geschützt ist also lediglich das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen, wobei dieses Ziel dadurch erreicht wird, dass das Stammkapital als Passivposten auf der Passivseite der Bilanz als die Position »Gezeichnetes Kapital« eingerückt wird (§ 266 Abs. 3 A I HGB). Verkürzt formuliert führt diese bilanzielle Behandlung dazu, dass das Vermögen nur insoweit ausgeschüttet werden darf, als die Passivposten und der Betrag des Stammkapitals vermögensmäßig durch die Aktiva gedeckt sind. Bevor an die Gesellschafter Gesellschaftsvermögen ausgezahlt werden darf, muss sonach sicher gestellt werden, dass insbesondere alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft, aber auch der Passivposten Stammkapital gedeckt sind, so dass die Gesellschaft nicht nur über ein Vermögen verfügt, das gerade ihre Verbindlichkeiten deckt, sondern auch über ein darüber hinausgehendes Vermögen, das ihr als Betriebskapital und den Gläubigern als zusätzliches Haftungskapital dienen und zudem sicher stellen soll, dass eine Haftungsreserve vorhanden ist und neue Verbindlichkeiten nicht sofort zur bilanziellen Überschuldung der Gesellschaft führen. Das Vermögen, das zur Abdeckung der Passiva und des Stammkapitals nicht erforderlich ist, kann im Grundsatz frei an die Gesellschafter ausgeschüttet werden, und zwar auch außerhalb eines echten Gewinnverteilungsverfahrens im Sinne von § 29 GmbHG. Auf die gewissen Einschränkungen, die sich hier durch die neuere Rechtsprechung zum existenzvernichtenden Eingriff ergeben, wird unter F. noch zurück zu kommen sein.

Bei der Aktiengesellschaft ist die Kapitalerhaltung wesentlich strenger ausgestaltet als im GmbH-Recht. Denn das Aktienrecht erlaubt in § 57 Abs. 3 AktG nur die Ausschüttung des Bilanzgewinns bzw., sofern die Satzung dies ausdrücklich zulässt, gemäß § 59 AktG eine Abschlagszahlung hierauf. Das übrige Gesellschaftsvermögen ist gebunden und darf – vorbehaltlich weniger gesetzlicher Ausnahmen<sup>24</sup> – nicht ausgeschüttet werden, sondern unterliegt insgesamt dem strengen Kapitalerhaltungsrecht.

Im Übrigen gilt sowohl bei der GmbH als auch bei der Aktiengesellschaft, dass das Auszahlungsverbot nicht etwa in dem Sinne zu verstehen ist, dass nur gerade die geleistete Einlage nicht wieder ausgezahlt werden dürfte oder es sich um eine Auszahlung, also um die Auskehrung von Barmitteln handeln müsste. Das Kapitalerhaltungsrecht schützt vielmehr das Vermögen als solches, und erfasst damit jede Auskehrung von Gesellschaftsvermögen sowohl an den Gesellschafter als auch an ihm gleich zu stellende Dritte und erstreckt sich nicht nur auf die offene Ausschüttung von Gesellschaftsvermögen, sondern auch die verdeckte, beispielsweise durch die Zahlung zu hoher Kaufpreise beim Erwerb eines Gegenstandes vom Gesellschafter oder umgekehrt die Überlassung von Vermögensgegenständen der Kapitalgesellschaft zu einem unangemessen niedrigen Kaufpreis.

Dieses sehr strenge Kapitalerhaltungsrecht wird teilweise durch Besonderheiten auf dem Recht der verbundenen Unternehmen (verkürzt auch als Konzernrecht bezeichnet) partiell überlagert. Auf diese Besonderheiten wird im Einzelnen noch zurück zu kommen sein. Zunächst jedoch ist darauf einzugehen, welche Grenzen das Kapitalerhaltungsrecht allgemein einem Cash-Pooling im GmbH- bzw. Aktienrecht setzt: Insoweit ist im Ausgangspunkt klar, dass beim virtuellen Pooling sich die Frage einer unzulässigen Kapitalrückgewähr nur insoweit stellt, als es um die Zuordnung der für das (virtuelle) Guthaben anfallenden Zinsen geht. Da hier auch in der Praxis nicht der Schwerpunkt liegt, soll diese Frage, die entsprechend den nachstehenden Grundsätzen, zu behandeln ist, hier nicht näher dargestellt werden. Näher untersucht werden sollen im Folgenden nur die Rechtsverhältnisse beim physischen Pooling.

24 Zu diesen Fällen – Zahlung des Erwerbspreises bei zugelassenem Erwerb eigener Aktien, wechselseitige Beteiligung, Rückzahlung nach Kapitalherabsetzung, Zahlung eines Einziehungsentgelts, Leistungen im Rahmen von Unternehmensverbindungen – etwa Hüffer AktG § 57 Rn. 6; MünchKommAktG/Bayer § 57 Rn. 117 ff., jew. mwN.

## I. GMBH-RECHT

Aufgrund der bereits näher dargelegten Reichweite der Kapitalerhaltungsbestimmungen stellt sich die Frage der Zulässigkeit eines Cash-Poolings unter dem Aspekt der Kapitalerhaltung nur insoweit, als es um die Teilnahme des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens am Cash-Pool geht. Die bei der mehrgliedrigen GmbH sonst noch zu beachtenden Grenzen (Gesellschafterbeschluss, Treubindung etc.) werden hier nicht behandelt.

Zur rechtlichen Behandlung dieser Fragen konnte die Praxis bislang auf eine als gesichert erscheinende herrschende Meinung zurückgreifen (hierzu unter 1.); dies hat sich jedoch zwischenzeitlich durch eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs, die in ihren konkreten Auswirkungen noch nicht ganz sicher eingeschätzt werden kann (hierzu unter 2.- 4.), geändert:

### 1. Bisher herrschende Meinung

Bis vor kurzem konnte die Praxis auf der Grundlage der ganz herrschenden Meinung davon ausgehen, dass es aufgrund der grundsätzlich geltenden bilanzrechtlichen Sichtweise für die Zulässigkeit der Auskehrung von Liquidität der Gesellschaft zu Lasten des Stammkapitals auf das Cash-Pool-Konto darauf ankam, ob der hiermit verbundene Rückzahlungsanspruch der GmbH werthaltig – gegebenenfalls auch gesichert – war<sup>25</sup>. War er dies, lag lediglich ein Aktivtausch (Forderung statt Kassenguthaben auf der Aktivseite der Bilanz) vor, der zu keinem Verstoß gegen die Kapitalbindung führte. War der Rückzahlungsanspruch demgegenüber gefährdet, also nicht mehr (voll) werthaltig, lag bei der GmbH ein Verstoß gegen die Kapitalbindung dann vor, wenn dies bei der GmbH zu Lasten des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens ging.

25 Vgl. statt anderer *Baumbach/Hueck/Fastrich GmbHG* § 30 Rn. 16; *Scholz/Westermann GmbHG* § 30 Rn. 25; *Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG* § 30 Rn. 34; *K. Schmidt Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl., S. 1134, alle mwN.

## 2. Die Entscheidung des BGH vom 24.11.2003

Mit Urteil vom 24.11.2003 – II ZR 171/01<sup>26</sup> hat sich der Bundesgerichtshof entgegen der bis dahin herrschenden Auffassung dafür ausgesprochen, dass Kreditgewährungen an Gesellschafter, die nicht aus Rücklagen oder Gewinnvorträgen, sondern zu Lasten des gebundenen Vermögens einer GmbH erfolgen, auch dann grundsätzlich als durch die Kapitalerhaltungsbestimmung des § 30 GmbHG verbotene Auszahlung von Gesellschaftsvermögen anzusehen sind, wenn der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter im Einzelfall vollwertig sein sollte.

Begründet wurde diese Auffassung damit, dass bei der Gewährung eines Darlehens selbst im Falle seiner angemessenen Verzinsung und der Vollwertigkeit des Rückforderungsanspruchs die – vom BGH als »rein bilanzrechtlich« bezeichnete – herrschende Betrachtungsweise unter Aspekten des in § 30 Abs. 1 GmbHG verankerten Kapitalerhaltungsgrundsatzes zu kurz greife. Der Vermögensschutz erschöpfe sich nämlich nicht in der Garantie einer bilanzmäßigen Rechnungsziffer, sondern gebiete die Erhaltung einer die Stammkapitalziffer deckenden Haftungsmasse<sup>27</sup>. Dementsprechend soll nach Sinn und Zweck des § 30 GmbHG das Vermögen der Gesellschaft bis zur Höhe der Stammkapitalziffer dem Zugriff der Gesellschafter entzogen werden, damit nach Möglichkeit der GmbH ein ihren Bestand schützendes Mindestbetriebsvermögen und ihren Gläubigern eine Befriedigungsreserve gesichert werde. Mit diesem Ziel sei es nicht vereinbar, wenn die Gesellschafter der GmbH zu Lasten des gebundenen Gesellschaftsvermögens Kapital entziehen könnten und der GmbH im Austausch für das fortgegebene reale Vermögen (von etwaigen Zinssprüchen abgesehen) nur ein zeitlich hinausgeschobener schuldrechtlicher Rückzahlungsanspruch verbleibe. Der Austausch liquider Haftungsmasse gegen eine zeitlich hinausgeschobene schuldrechtliche Forderung verschlechtere die Vermögenslage der Gesellschafter und die Befriedigungsmöglichkeiten ihrer Gläubiger<sup>28</sup>. Durch die Darlehenshingabe erlangten die Gläubiger des Gesellschafters zum Nachteil der Gläubiger der Gesellschaft im Ergebnis einen vollstreckungs- und insol-

26 BGHZ 157, 72 = NJW 2004, 1111 = DB 2004, 371 = BB 2004, 293; zust. *Saenger/Koch* NZG 2004, 271 ff.; krit. *Bähr/Hoos* GmbHHR 2004, 304 ff.; *Cahn* Konzern 2004, 235, 238 ff.; *Fuhrmann* NZG 2004, 552 ff.; *Heidenhain* LMK 2004, 68 f.; *Helmreich* GmbHHR 2004, 457; *Reidenbach* WM 2004, 1421 ff.; *Schilmar* DB 2004, 1411 ff.; *Servatius* DStR 2004, 1176; *Vetter* BB 2004, 1509; *Wessels* ZIP 2004, 793, 794 f.; zu Fragen der Rechnungslegung *Binz* DB 2004, 1273 ff.; Folgerungen bzgl. der GmbH & Co KG *Wachter* GmbHHR 2004, 1249 ff.; s. auch *Habersack/Schürmbrand* NZG 2004, 689 ff.; *Langner/Menten* GmbHHR 2004, 1121; *Seidel* DStR 2004, 1130 ff.

27 BGH aaO unter II 2. c) bb) mit Hinweis auf *Schön* ZHR 159 (1995) 351, 362.

28 BGH aaO unter II 2. c) bb) mit Hinweis auf BGHZ 81, 311, 320 f.

venzrechtlich vorrangigen Zugriff auf Vermögenswerte der Gesellschaft<sup>29</sup>. Bei Vorliegen einer Unterbilanz der Gesellschaft sei deshalb gegenüber den Gesellschaftern nicht nur der bilanzielle Wert des Gesellschaftsvermögens zu wahren, sondern auch dessen reale Substanz zusammen zu halten und vor einer Aufspaltung in schuldrechtliche Ansprüche gegen die Gesellschafter zu schützen<sup>30</sup>. Da dem Kapitalabfluss nur eine rechnerische, aber nicht sofort realisierbare Forderung gegenüber stehe, sei schon aus diesen Gründen auch die Gewährung eines ordnungsgemäß verzinsten Darlehens an einen kreditwürdigen Gesellschafter mit § 30 GmbHG nicht zu vereinbaren<sup>31</sup>. Ergänzend weist der II. Senat darauf hin, dass das Verbot der Kreditgewährung zudem eine Aushöhlung des § 30 GmbHG durch Umbuchung verbotener Zahlungen im Darlehen vorbeuge<sup>32</sup>. Entgegen dem Verbot des § 30 GmbHG geleistete Zahlungen müssten der Gesellschaft erstattet werden, wobei der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbH mit seinem Entstehen sofort fällig werde und dem Gesellschafter nicht erlassen oder gestundet werden dürfe. Wegen der Gefahr einer Umgehung des Stundungsverbots könne die Gewährung eines Darlehens nicht gebilligt werden, da andernfalls zu befürchten sei, dass verbotene Zahlungen aus dem Stammkapital bilanzneutral als Darlehen verschleiert würden<sup>33</sup>.

Ausdrücklich offen ließ der BGH in einer Nebenbemerkung (sog. »obiter dictum«), ob diese Grundsätze auch dann gelten sollen, wenn die Darlehensvergabe im Interesse der Gesellschaft liegt, die Darlehensbedingungen dem Drittvergleich standhalten und die Kreditwürdigkeit des Gesellschafters selbst bei Anlegung strengster Maßstäbe außerhalb jedes vernünftigen Zweifels steht oder die Rückzahlung des Darlehens durch werthaltige Sicherheiten voll gewährleistet ist.

29 BGH aaO unter II 2. c) bb) mit Hinweis auf *Schön* ZHR 159 (1995) 351, 361.

30 BGH aaO unter II 2. c) bb) mit Hinweis auf *Stimpel* FS GmbHG, 1992, S. 335, 352; *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen* GmbHG, 4. Aufl., § 30 Rn. 93; *Lutter/Hommelhoff* GmbHG, 15. Aufl., § 31 Rn. 10.

31 BGH aaO (Fn. 26) unter II 2. c) bb) mit Hinweis auf *Stimpel* FS GmbHG, 1992, S. 335, 348 bis 352; *Schön* ZHR 159 (1995) 351, 359 ff.; *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen* GmbHG, 4. Aufl., § 30 Rn. 91 ff.; *Michalski/Heidinger* GmbHG § 30 Rn. 49.

32 BGH aaO unter II 2. c) cc).

33 BGH aaO unter II 2. c) cc) mit Hinweis auf *Stimpel* FS GmbHG, 1992, S. 335, 352; *Schön* ZHR 159 (1995) 351, 361; *Hommelhoff* FS *Kellermann*, 1991, S. 165 f.; *Kühbacher*, Darlehen an Konzernunternehmen, 1993, S. 43 f.

### 3. Analyse und Bewertung der Entscheidung, Bedeutung für die weitere Untersuchung

Analysiert man das Urteil vom 24.11.2003, hat sich der BGH zur Begründung seiner Auffassung im Kern auf folgende Erwägungen gestützt:

- § 30 Abs. 1 GmbHG sei nicht nur bilanziell zu verstehen, sondern gebiete auch die Erhaltung einer die Stammkapitalziffer deckenden Haftungsmasse;
- der Austausch realen Vermögens gegen einen zeitlich hinausgeschobenen schuldrechtlichen Rückzahlungsanspruch verschlechtere die Vermögenslage der Gesellschaft und die Befriedigungsaussichten ihrer Gläubiger;
- durch die Darlehenshingabe würden die Gläubiger des Gesellschafters zum Nachteil der Gläubiger der Gesellschaft begünstigt;
- bei Vorliegen einer Unterbilanz sei die reale Substanz des Gesellschaftsvermögens vor einer Aufspaltung in schuldrechtliche Ansprüche gegen die Gesellschafter zu schützen, womit eine nicht sofort realisierbare Forderung der Gesellschafter unvereinbar sei und
- das Verbot der Kreditgewährung beuge einer Aushöhlung des § 30 GmbHG durch Umbuchung verbotener Zahlungen im Darlehen vor.

Die beiden ersten Erwägungen gehen auf den – auch von Teilen der Gegenmeinung anerkannten<sup>34</sup> – Umstand zurück, dass es aus Sicht der Gesellschaft, und damit ihrer Gläubiger, aber auch bei Zugrundelegung der gesetzlichen Wertungsvorgaben einen Unterschied macht, ob die Gesellschaft über Liquidität oder (lediglich) über einen Anspruch gegen ihren Gesellschafter verfügt. Ob dies allerdings bereits dazu veranlassen muss, aus Sicht der Gesellschaft möglicherweise wirtschaftlich günstige Rechtsgeschäfte als unzulässig anzusehen, selbst wenn der Rückzahlungsanspruch werthaltig ist, kann hier nicht im Einzelnen untersucht werden. Bedenken weckt diese Auffassung jedenfalls in mehrfacher Hinsicht<sup>35</sup>:

Zunächst müsste diese Auffassung in ihrer Konsequenz möglicherweise zur Unzulässigkeit eines jeden Leistungsaustauschs mit einem Gesellschafter führen, wenn hierdurch der Gesellschaft liquide Mittel entzogen werden. Näher hätte es hier gelegen, nicht auf § 30 GmbHG, sondern die noch näher darzulegende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum existenzvernichtenden Eingriff abzustellen (hier-

34 Vgl. etwa *Pentz* in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG § 30 Rn. 34; *Cahn Konzern* 2004, 235, 238; *Bähr/Hoos GmbHR* 2004, 304, 305.

35 Zum Nachstehenden und mit weiteren Erwägungen vor allem *Cahn Konzern* 2004, 235, 238 ff.; Kritisch auch *Bähr/Hoos GmbHR* 2004, 304, 305; *Helmreich GmbHR* 2004, 457, 459; *Reidenbach WM* 2004, 1421, 1422; *Schilmar DB* 2004, 1411, 1412 f.

zu noch unter F.). Darüber hinaus werden Austauschgeschäfte nach bislang herrschender Dogmatik nur bei unausgewogenen Leistungen als bedenklich angesehen, und auch das Kapitalaufbringungsrecht begnügt sich teilweise mit aufgeschobenen (noch nicht fälligen) Ansprüchen (vgl. § 7 Abs. 2 GmbHG; im Aktienrecht § 36a Abs. 1 AktG). Der Hinweis auf das Erlass- Stundungs- und Novationsverbot (§§ 19 Abs. 2, 31 Abs. 4 GmbHG bzw. § 66 Abs. 1 und 2 AktG) setzt eine im Kapitalaufbringungs- bzw. Kapitalerhaltungsrecht begründete Forderung bereits voraus, und auf eine Verschlechterung der Vermögensverhältnisse kann mit einem Kündigungsrecht aus wichtigem Grund, bei dessen Bestimmung gegebenenfalls das qualifizierte Verhältnis des Gesellschafters zur Gesellschaft berücksichtigt werden kann, reagiert werden. Auch der Hinweis auf eine »strukturelle Nachrangigkeit des Zugriffs der Gesellschaftsgläubiger auf Gesellschaftsmittel setzt bereits die Beantwortung der Frage voraus, ob insoweit überhaupt ein Verstoß gegen Kapitalerhaltungsvorschriften gegeben ist. Entsprechendes gilt für das Argument, durch die entwickelten Grundsätze würden Umgehungen vorgebeugt; denn dass die befürchtete Umgehung unzulässig wäre, ergibt sich aus der sofortigen Fälligkeit des Rückforderungsanspruchs aus § 31 GmbHG, kann aber keine weiteren Rückschlüsse auf die vorrangig zu beantwortende Frage der Zulässigkeit einer Kapitalgewährung zu Lasten des gebundenen Vermögens geben.

Unabhängig davon, dass sich in diesem Zusammenhang auch eine Vielzahl weiterer Fragen stellt, ist schließlich die im Urteil zu findende Bemerkung erwähnenswert, wonach wegen der Verhältnisse im konkret entschiedenen Fall dahin stehen könne,

*»ob die Gewährung eines Darlehens aus gebundenem Vermögen ausnahmsweise zulässig sein kann, wenn die Darlehensvergabe im Interesse der Gesellschaft liegt, die Darlehensbedingungen dem Drittvergleich standhalten und die Kreditwürdigkeit des Gesellschafters selbst bei Anlehnung strengster Maßstäbe außerhalb jedes vernünftigen Zweifels stehen oder die Rückzahlung des Darlehens durch werthaltige Sicherheiten voll gewährleistet ist.«*

Auf der Grundlage der Ausführungen im Urteil zur Unzulässigkeit einer Darlehensgewährung zu Lasten des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens dürften Erwägungen zur Frage der Vollwertigkeit an sich keine Rolle spielen. Die Vollwertigkeit eines Rückzahlungsanspruchs aus § 31 GmbHG kann hier keine Bedeutung haben, weil dieser Anspruch als die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften die unzulässige Verletzung der Kapitalerhaltungsvorschriften selbst nicht rechtfertigen kann. Ist dem aber so, kann sich die erwogene Ausnahme nur auf die Frage eines Verstoßes gegen das Kapitalerhaltungsgebot

selbst beziehen. Nimmt man die diesen Ausführungen vorangegangene Darlegung des Bundesgerichtshofs jedoch ernst, wonach es auf die Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs für die Frage der Zulässigkeit der Darlehensgewährung nicht ankommt, kann es konsequenterweise in diesem Zusammenhang auch nicht auf eine mit dem obiter dictum umschriebene »besondere Vollwertigkeit« ankommen. Denn entweder die Wertungen des Kapitalerhaltungsrechts stehen einer Berücksichtigung der Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs von vornherein entgegen – dies liegt auf der Linie der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 24.11.2003 –, dann muss es sich in jedem Falle, ungeachtet der Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs, um einen Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften handeln. Oder aber die Frage der Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs spielt doch eine Rolle bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Darlehensgewährung zu Lasten des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens; dann liegt man jedoch auf der Linie der vom Bundesgerichtshof in den Urteilsgründen zuvor ausdrücklich abgelehnten bislang herrschenden Meinung. Die Unsicherheit, die sich aus dem Widerspruch zwischen den Urteilsgründen und der erwogenen Ausnahme ergibt, ist bei der nachstehenden Darstellung noch zu berücksichtigen.

Im Übrigen ist ungeachtet der vorstehend dargelegten Zweifelsfragen die Begründung des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 24.11.2003 für die Praxis auch im Zusammenhang mit der Bewertung der Zulässigkeit von Cash-Pool-Vereinbarungen zu berücksichtigen, selbst wenn sich die Entscheidung nicht unmittelbar mit Fragen des Cash-Poolings befasst hat. Die in ihr enthaltenen Erwägungen werden deshalb der nachstehenden Untersuchung zugrunde gelegt. Soweit Zweifelsfragen verbleiben, wird hierauf aufmerksam gemacht.

#### **4. Folgerungen aus dem Urteil vom 24.11.2003 für das Cash-Pooling**

Nachdem sich der Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 24.11.2003 für den Fall der Darlehensvergabe an einen Gesellschafter gegen die Zulässigkeit eines Darlehens zu Lasten des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens ausgesprochen hat, stellt sich die Frage, ob die dortigen Erwägungen in gleicher Weise auf Leistungen einer GmbH in einem Cash-Pool anzuwenden sind. Insofern ist festzustellen, dass die Gründe, aus denen der BGH die Unzulässigkeit einer schlichten Darlehensgewährung an einen Gesellschafter zu Lasten des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens hergeleitet hat, beim Cash-Pooling gleichermaßen einschlägig sind: Wenn es richtig ist, dass



- § 30 Abs. 1 GmbHG auch die Erhaltung einer die Stammkapitalziffer deckenden Haftungsmasse gebietet,
- der Austausch realen Vermögens gegen einen zeitlich hinausgeschobenen schuldrechtlichen Rückzahlungsanspruch selbst bei dessen Vollwertigkeit die Vermögenslage der Gesellschaft und die Befriedigungsaussichten ihrer Gläubiger entgegen der Wertungen des § 30 GmbHG verschlechtert,
- durch eine solche Darlehenshingabe die Gläubiger des Gesellschafters zum Nachteil der Gläubiger der Gesellschaft begründet werden und
- bei Vorliegen einer Unterbilanz die reale Substanz des Gesellschaftsvermögens vor einer Aufspaltung in schuldrechtliche Ansprüche gegen die Gesellschafter zu schützen ist und eine nicht sofort realisierbare Forderung gegen Gesellschafter hier unvereinbar ist,

folgt hieraus für das Cash-Pooling ebenfalls die Unzulässigkeit einer Auszahlung von Vermögen zu Lasten des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens, auch wenn die vom Bundesgerichtshof zusätzlich ins Feld geführte Erwägung, das Verbot der Kreditgewährung beuge einer Aushöhlung des § 30 GmbHG durch Umbuchung verbotener Zahlungen im Darlehen vor, insoweit nicht (unbedingt) einschlägig ist.

In diesem Zusammenhang spielt es keine Rolle, ob es sich – wovon die in der Praxis anzutreffenden Verträge regelmäßig ausgehen – bei der dem Cash-Pooling zugrunde liegenden Vereinbarung um einen echten Darlehensvertrag handelt<sup>36</sup> oder ob insoweit eine Vereinbarung eigener Art<sup>37</sup> vorliegt. Denn der für § 30 GmbHG maßgebliche Kapitalabfluss liegt vor, unabhängig davon, wie man seine schuldrechtliche Grundlage einordnet.

Geht man mit der ganz herrschenden Meinung und der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs davon aus, dass § 30 GmbHG aufgrund seiner gläubigerschützenden Funktion zwingend und streng auszulegen ist, steht der Unzulässigkeit der Einstellung von Mitteln zu Lasten des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens auch nicht die (mögliche) Kurzfristigkeit der Auskehrung der Mittel bzw. der turnusmäßige Zugriff der GmbH auf das Cash-Pool-Konto entgegen. Denn auf die Dauer des Vermögensentzugs stellt § 30 GmbHG nicht ab. Auch der kontokorrentähnliche Charakter dieses Rechtsverhältnisses kann deshalb nicht zur Zulässigkeit der Mittelauskehrung herangezogen werden. Erwägenswert könnte lediglich sein, ob es sich bei dem mit der Zahlung in den Cash-Pool korrespondie-

36 In diesem Sinne auch die ganz herrschende Meinung, vgl. nur die Nachweise bei den in Fn. 26 wiedergegebenen Beiträgen.

37 Für diese Einordnung *Hommelhoff* WM 1984, 1105, 1106.

renden Anspruch um einen »zeitlich hinausgeschobenen schuldrechtlichen Rückzahlungsanspruch« der Gesellschaft im Sinne der Urteilsgründe des Bundesgerichtshofs handelt, weil nach den dem Cash-Pooling zugrunde liegenden Vereinbarungen regelmäßig davon ausgegangen wird, dass der Rückzahlungsanspruch sofort geltend gemacht werden kann, wenn die betreffende Gesellschaft entsprechende Liquidität benötigt. Welche Bedeutung diese zeitliche Komponente nach den Urteilsgründen haben sollte und ob ihr – was nach den dortigen Ausführungen im Übrigen eher fern liegt – überhaupt materielle Bedeutung im Sinne eines Vorbehalts zukommen sollte, kann hier offen bleiben. Denn in der Praxis ist die Gesellschaft nicht dagegen geschützt, dass sich andere Gesellschaften vor ihr aus dem Cash-Pool bedienen und die Gesellschaft jedenfalls aus diesem Grunde letztlich selbst leer ausgeht. Es läuft vom Risiko her gesehen auch nicht auf das Gleiche hinaus, ob die Gesellschaft ihre liquiden Mittel auf ein eigenes Bankkonto oder auf den Cash-Pool transferiert. Denn zum einen ist die Gesellschaft bei einem Bankkonto durch spezielle Fonds bis zu einer bestimmten Höhe gegen Verlust geschützt<sup>38</sup> und zum anderen können beim Cash-Pooling auch andere Gesellschaften, auf deren wirtschaftliche Situation die Gesellschaft keinen Einfluss hat, ebenfalls auf den Cash-Pool zugreifen und die Gesellschaft deshalb möglicherweise leer ausgehen. Darauf, dass es unabhängig von diesen Erwägungen schon im Ausgangspunkt auf der Grundlage der Entscheidung vom 24.11.2003 generell sachlich nicht überzeugen kann, zwischen einer gleichsam »einfachen« Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs und einer gleichsam »besonderen« Werthaltigkeit zu unterscheiden, wurde bereits hingewiesen.

Als **Zwischenergebnis** ist daher festzuhalten, dass § 30 GmbHG in der Auslegung, die diese Bestimmung durch das Urteil des BGH vom 24.11.2003 erfahren hat, den Urteilsgründen nach auch dem Cash-Pooling entgegen steht, soweit hierzu Mittel zu Lasten des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens verwendet werden. Zulässig ist das Cash-Pooling hiernach nur in dem Umfang, als nicht das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen betroffen ist. Die vom BGH im Rahmen seines obiter dictums erwogene Ausnahme ist aufgrund der insofern zumindest festzustellenden Unklarheit der Urteilsgründe für die Praxis nicht geeignet, eine verlässliche Entscheidungsgrundlage für die Zulässigkeit des Cash-Poolings zu bieten. Unerheblich ist es deshalb auch, dass der vom Bundesgerichtshof angesprochene notwendige Drittvergleich über die Gewährung marktüblicher Konditionen ohne weiteres hergestellt werden kann, eine Sicherung des Rückzah-

38 Hierzu etwa *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn. 19.131 ff.

lungsanspruchs derzeit beim Cash-Pooling in der Praxis zwar noch nicht üblich sein mag, aber möglich ist<sup>39</sup>, und das Gesellschaftsinteresse schon bei einer entsprechend günstigen Verzinsung<sup>40</sup> für gewährte Darlehen bzw. angesichts der Möglichkeit einer günstigen Darlehensaufnahme über den Cash-Pool wohl relativ schnell bejaht werden kann<sup>41</sup>.

## **5. Überlagerungen der Kapitalerhaltungsgrundsätze durch das Recht der verbundenen Unternehmen**

Hinsichtlich der Frage, inwieweit die Kapitalerhaltungsgrundsätze im GmbH-Recht durch das Recht der verbundenen Unternehmen überlagert werden, ist zwischen faktischen Unternehmensverbindungen und vertraglichen Unternehmensverbindungen zu unterscheiden. Eine *faktische (tatsächliche) Unternehmensverbindung* in diesem Sinne besteht, wenn im Verhältnis zwischen einem zumindest im Mehrheitsbesitz stehenden Tochterunternehmen und einem an diesem (gegebenenfalls mittelbar) mit Mehrheit beteiligten Mutterunternehmen *kein* Unternehmensvertrag im Sinne von § 291 Abs. 1 AktG vorliegt, sondern nur ein faktisches (tatsächliches, vertragsloses) Verhältnis. Besteht demgegenüber in diesem Verhältnis ein Unternehmensvertrag im Sinne des § 291 Abs. 1 AktG, also ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag, spricht man von einer *vertraglichen Unternehmensverbindung*.

### **a) Die Rechtslage bei faktischen Unternehmensverbindungen**

Hinsichtlich der Rechtslage bei faktischen Unternehmensverbindungen entspricht es heute allgemeiner Auffassung zum GmbH-Recht, dass die §§ 311 ff. AktG auf die GmbH keine entsprechende Anwendung finden<sup>42</sup>. Auch der Bundesgerichtshof hat dies in der Bremer-Vulkan-Entscheidung bestätigt<sup>43</sup>. Inwieweit die §§ 311 ff. AktG Auswirkungen auf das Recht der Kapitalerhaltung haben, kann hier deshalb noch unbeantwortet bleiben (zur abweichenden Situation im Aktienrecht vgl. sogleich noch unter II. 1.).

39 Eine andere Frage ist die, inwieweit das Cash-Pooling in diesem Falle aus Sicht der Konzernspitze dann noch wirtschaftlich sinnvoll ist.

40 Bereits heute werden in der Praxis Cash-Pool-Darlehen häufig günstiger als normale Darlehen verzinst.

41 Eingehend zu den Anforderungen bei Drittvergleich, Sicherung und Gesellschaftsinteresse *Reidenbach WM* 2004, 1421, 1424 f.; *Langner/Mentgen GmbH* 2004, 1121, 1124 ff.

42 Ganz hM, vgl. statt anderer: *Emmerich/Sonnenschein/Habersack Konzernrecht*, 7. Aufl., § 29 III 2 a mwN.; krit. *MünchKomm AktG/Kropff Vor* § 311 Rn. 97 ff. mwN.

43 BGHZ 149, 10 = NJW 2001, 3622 = DB 2001, 2338 = BB 2001, 2233.

Nachdem der Bundesgerichtshof in der bereits erwähnten Entscheidung Bremer-Vulkan auch die Rechtsfigur des »qualifizierten faktischen Konzerns« und die damit verbundene entsprechende Anwendung von § 302 Abs. 1 AktG auf das GmbH-Recht aufgegeben hat, kann hier auch dahin gestellt bleiben, inwieweit diese Rechtsgrundsätze das Recht der Kapitalerhaltung ganz oder teilweise verdrängt hätten<sup>44</sup>. Das an die Stelle dieser Rechtsprechung getretene Modell des Existenzschutzes der GmbH greift erst ein, wenn der Eingriff nicht bereits nach §§ 30, 31 GmbHG ausgeglichen werden kann<sup>45</sup>, sodass sich auch in diesem Zusammenhang die Frage einer Verdrängung der Kapitalerhaltungsgrundsätze nicht stellt.

### **b) Rechtslage bei vertraglichen Unternehmensverbindungen**

Inwieweit das Vorliegen einer unternehmensvertraglichen Unternehmensverbindung im Sinne von § 291 AktG Einfluss auf die Reichweite der Kapitalerhaltung hat, ist außerordentlich streitig<sup>46</sup>. Insoweit ist zu unterscheiden zwischen der Situation bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrags und derjenigen bei Vorliegen eines isolierten Gewinnabführungsvertrags:

Bei Vorliegen einer beherrschungsvertraglichen Unternehmensverbindung wird teilweise vertreten, die Kapitalerhaltungsvorschriften seien im Hinblick auf die in diesem Falle gebotene Analogie zu § 302 Abs. 1 AktG sowie die hieraus folgende Verlustübernahmepflicht des anderen Vertragsteils (des herrschenden Unternehmens) unanwendbar<sup>47</sup>. Nach anderer Auffassung soll hier zu differenzieren sein und das Recht der Kapitalerhaltung nur insoweit verdrängt werden, als der Verlustübernahmeanspruch vollwertig erscheine<sup>48</sup>. Schließlich findet sich auch die Auffassung, § 30 Abs. 1 GmbHG sei in jedem Falle anzuwenden<sup>49</sup>.

Nach zutreffender Auffassung<sup>50</sup> ist auch im GmbH-Recht bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrages die in § 291 Abs. 3 AktG zum Ausdruck gekommene gesetz-

44 Für eine partielle Verdrängung der Kapitalerhaltungsregeln im so gen. qualifizierten faktischen Konzern etwa *Cahn* ZIP 2001, 2159; wegen des bilanziellen Ansatzes von § 302 AktG aA *Pentz* in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG § 30 Rn. 76.

45 Hierzu näher unter F.II.3.

46 Aus diesem Grunde sind in der Praxis teilweise auch bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrags mit einer GmbH in den Cash-Pool-Vereinbarungen bezüglich des Umfangs der abzuführenden Mittel Vorbehalte bezüglich der Kapitalerhaltung enthalten.

47 *Hommelhoff* WM 1984, 1105, 1110; *Fleck* ZGR 1990, 31, 47; *ders.*, FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 391, 395 – unter Aufgabe seiner gegenteiligen Ansicht in ZHR 149 (1985), 387, 414; *Cahn* Kapitalerhaltung im Konzern, 1998, S. 87; *Habersack/Schüßbrand* NZG 2004, 689, 691; *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen* GmbHG § 30 Rn. 55; *Scholz/Westermann* Rn. 35.

48 *Sonnenhof/Stütze* DB 79, 925, 927; *Meister* WM 1980, 390, 399 f.; *Brandes*, FS *Kellermann*, 1991, S. 25, 33.

49 *Hachenburg/Goerdeler/Müller* Rn. 72.

50 Zum Folgenden vgl. *Pentz* in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG § 30 Rn. 75.

geberische Wertung zu beachten. Nach dieser Bestimmung werden im Aktienrecht bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrages angesichts der hiermit verbundenen Verlustübernahmepflicht gemäß § 302 Abs. 1 AktG und der Einräumung umfassender Weisungsrechte zugunsten des herrschenden Unternehmens nach § 308 AktG die Bestimmungen über die Kapitalerhaltung grundsätzlich außer Kraft gesetzt. Dies rechtfertigt es, auch im GmbH-Recht entsprechend § 291 Abs. 3 AktG die Kapitalerhaltungsvorschriften insoweit für unanwendbar anzusehen, als es um Leistungen geht, die die Gesellschaft aufgrund des Beherrschungsvertrages, also aufgrund einer beherrschungsvertraglich zulässigen Weisung erbringt. Leistungen, die durch das beherrschungsvertragliche Weisungsrecht gedeckt sind, unterfallen so nach ausschließlich dem Anwendungsbereich des Rechts des Beherrschungsvertrags. Für Auszahlungen außerhalb dieses Bereichs gilt demgegenüber die Kapitalbindung nach § 30 Abs. 1 GmbHG. Dies bedeutet im Ergebnis, dass die Weisung an eine beherrschungsvertraglich unterworfenen GmbH, an einem Cash-Pooling teilzunehmen, dazu führt, dass auch Mittel zu Lasten des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens in den Cash-Pool eingestellt werden kann.

Die Frage, wie auf eine Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des herrschenden Unternehmens zu reagieren ist, ist hiervon zu unterscheiden. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Verschlechterung der Vermögenslage des herrschenden Unternehmens und die hiermit verbundene Gefahr eines Ausfalls der beherrschungsvertraglich unterworfenen GmbH gegebenenfalls die fristlose Kündigung des Beherrschungsvertrags aus wichtigem Grund rechtfertigen kann.

Abweichend verhält es sich bei Vorliegen eines »isolierten« Gewinnabführungsvertrages, wenn also neben dem Gewinnabführungsvertrag kein Beherrschungsvertrag existiert. In diesem Falle ist ungeachtet der Verlustübernahmepflicht entsprechend § 302 Abs. 1 AktG die Kapitalerhaltungsbestimmung des § 30 Abs. 1 GmbHG zu beachten<sup>51</sup>. Dies ergibt sich aus dem Rechtsgedanken des § 301 AktG, wonach für den Fall des isolierten Gewinnabführungsvertrages trotz der auch hier geltenden Verlustübernahmepflicht die Kapitalerhaltung sicher gestellt wird<sup>52</sup>, und rechtfertigt sich aus der Überlegung, dass die Außerkraftsetzung der Kapitalerhaltungsvorschriften maßgeblich auch auf die Zulassung eines Weisungsrechts entsprechend § 308 AktG zurückgeht. Außerdem spricht für diese Auffassung, dass auch die aktienrechtliche Vorschrift des § 291 Abs. 3 AktG bei Vorliegen eines Gewinn-

51 *Sonnenschein* Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, 1976, S. 345; *Pentz* in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG § 30 Rn. 75; *Michalski/Heidinger* GmbHG § 30 Rn. 161.

52 Vgl. hierzu nur *Hüffer* AktG § 301 Rn. 1.

abführungsvertrages im Wege der Fiktion<sup>53</sup> nur die vertragliche Leistung selbst, hier also das Abführen des Gewinns im Rahmen von § 301 AktG, von den Schranken der Kapitalerhaltungsvorschriften freistellt, die Kapitalerhaltungsvorschriften im Übrigen jedoch unberührt lässt. Besteht nur ein isolierter Gewinnabführungsvertrag, ist mithin die Kapitalerhaltungsvorschrift des § 30 GmbH zu beachten und die Auskehrung des zur Erhaltung des Stammkapitals notwendigen Vermögens in den Cash-Pool unzulässig.

## **II. AKTIENRECHT**

Entsprechend den vorstehenden Darlegungen verbietet das gegenüber dem GmbH-Recht deutlich strengere Aktienrecht grundsätzlich jegliche Auskehrung von Vermögen der Aktiengesellschaft an Aktionäre oder an einen einem Aktionär gleichzustellenden Dritten außerhalb einer Verteilung des Bilanzgewinns. Für den Bereich der hier darzustellenden Cash-Pool-Vereinbarungen, die praktisch nur bei verbundenen Unternehmen vorkommen, ergeben sich jedoch auch für das Cash-Pooling Besonderheiten aus dem Recht der verbundenen Unternehmen:

### **1. Faktische Unternehmensverbindungen**

Besteht zwischen der abhängigen Aktiengesellschaft und dem herrschenden Unternehmen kein Beherrschungsvertrag (faktische Abhängigkeit), darf das herrschende Unternehmen gemäß § 311 Abs. 1 AktG seinen Einfluss nicht dazu benutzen, die abhängige Aktiengesellschaft zu veranlassen, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen oder zu unterlassen, es sei denn, dass die Nachteile ausgeglichen werden. Ein hiernach notwendiger, aber unterlassener Nachteilsausgleich führt nach § 317 AktG zur Schadensersatzpflicht des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter, über §§ 93, 116, 318 AktG, möglicherweise auch zur Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat der abhängigen Aktiengesellschaft. Flankiert wird dieses System durch den nach § 312 AktG notwendigen Abhängigkeitsbericht, der nach §§ 313, 314 AktG sowohl durch den Abschlussprüfer als auch durch den Aufsichtsrat zu prüfen ist und gegebenenfalls nach § 315 AktG einer Sonderprüfung unterzogen werden kann. Nur wenn zwischen der abhängigen Aktiengesellschaft und dem herrschenden Unternehmen

<sup>53</sup> Hüffer AktG § 291 Rn. 36.

ein isolierter Gewinnabführungsvertrag besteht, finden die Vorschriften über den Abhängigkeitsbericht und seine Prüfungen gemäß § 316 AktG wegen des umfassenden Gläubiger- und Minderheitenschutzes nach §§ 300 ff., 304 f. AktG keine Anwendung.

Aus dem Vorbehalt in § 311 Abs. 1 AktG, wonach die Nachteilszufügung nur dann unzulässig ist, wenn die Nachteile nicht ausgeglichen werden, leitet die ganz herrschende Meinung zu Recht ab, dass die §§ 311 ff. AktG eine aktienrechtliche Privilegierung zugunsten des herrschenden Unternehmens beinhalten, die – den Nachteilsausgleich vorausgesetzt – auch die grundsätzlich anwendbaren Kapitalerhaltungsvorschriften verdrängen<sup>54</sup>. Nur wenn der Nachteilsausgleich im Sinne von § 311 Abs. 1 AktG nicht erfolgt, greifen neben der scharfen Haftung aus § 317, 318 AktG die durch die §§ 311 ff. AktG grundsätzlich ebenfalls suspendierten Grundsätze der gesellschafterlichen Treuepflicht, die Haftung aus § 117 AktG wegen Schädigung der Gesellschaft und auch die strengen Kapitalerhaltungsregeln der §§ 57, 62 AktG ein. Soweit dem teilweise entgegen gehalten wird, eine Verdrängung der Kapitalerhaltungsgrundsätze durch die §§ 311 ff. AktG überzeuge nicht, weil das herrschende Unternehmen sonst für von ihm nicht veranlasste Vorteilszuwendungen einer strengeren Haftung unterläge als hinsichtlich der von ihm veranlassten Vermögensverschiebungen<sup>55</sup>, überzeugt dies nicht. Denn dieser auf den ersten Blick wertungswidersprüchliche Befund beruht auf der Privilegierungsfunktion der §§ 311 ff. AktG, durch die der Dispositionsspielraum der Konzernspitze erweitert und eine Alternative zu dem Vertragskonzern eröffnet werden sollte<sup>56</sup>. Unter dem Aspekt der Rechtsfigur des qualifizierten faktischen Konzerns stellen sich demgegenüber in diesem Zusammenhang heute keine weiteren Fragen mehr. Zwar hat der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung zum qualifizierten faktischen Konzern lediglich zum GmbH-Recht aufgegeben (vgl. hierzu oben unter I. 5.). Aktienrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hierzu gab es jedoch ohnehin nicht, und nach zutreffender Auffassung ist davon auszugehen, dass diese Rechts-

54 Statt anderer: *Habersack* in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH-Konzernrecht § 311 Rn. 82 ff.; *Hüfner* AktG § 311 Rn. 49; KölnKomm AktG/*Koppensteiner* § 311 Rn. 107; MünchKomm AktG/*Kropff* § 311 Rn. 326 ff., jew. mwN. auch auf Gegenmeinungen.

55 *Cahn*, Kapitalerhaltung im Konzern, 1998, S. 65 f. unter Hinweis auf *Bommert*, Verdeckte Vermögensverlagerungen im Aktienrecht, 1989, S. 182 f.; *Röhrkasten*, Die verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschafts- und Steuerrecht, 1976, S. 98.

56 Zu dieser Funktion der §§ 311 ff. AktG zuletzt *Habersack/Schürnbrand* NZG 2004, 689, 692; s. auch *Habersack* in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH-Konzernrecht § 311 Rn. 1 f., 4 ff.; MünchKomm AktG/*Kropff* § 311 Rn. 30 f., jew. mwN.; zur Frage der europarechtlichen Zulässigkeit eines solchen Konzernprivilegs *Habersack* ZGR 2003, 724, 733 f.; ders in Europäisches Gesellschaftsrecht Rn. 171.

figur mit Blick auf die noch zu behandelnden neueren Rechtsprechungsgrundsätze zum existenzvernichtenden Eingriff auch für das Aktienrecht heute keine Geltung mehr beanspruchen kann<sup>57</sup>.

Für die hier darzustellenden Zulässigkeitsgrenzen des Cash-Poolings im Aktienrecht bedeutet dies, dass die Kapitalerhaltungsvorschriften durch die §§ 311 ff. AktG insoweit außer Kraft gesetzt werden, als diese Teilnahme auf eine Einflussnahme des herrschenden Unternehmens zurückgehen, nach diesem System ausgleichsfähig sind und auch tatsächlich ausgeglichen werden. Maßgeblich kommt es also darauf an, ob die mit einem Cash-Pooling verbundenen Gefahren für die abhängige Aktiengesellschaft als ausgleichsfähig anzusehen sind. Dies ist mit der herrschenden Meinung<sup>58</sup> entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung<sup>59</sup> selbst für den Fall grundsätzlich zu bejahen, dass die im Rahmen des Cash-Poolings von der Aktiengesellschaft gewährten Darlehen ungesichert sind. Denn wenn das Gesetz in § 311 Abs. 2 AktG als tauglichen Ausgleich für zugefügte Nachteile die Einräumung eines Anspruchs auf bestimmte Vorteile genügen lässt, wäre es wertungswidersprüchlich, in der Gewährung eines ungesicherten Darlehens als solche bereits ein nachteiliges Rechtsgeschäft zu sehen. Dass der Vorstand der abhängigen Aktiengesellschaft bei konkreten Liquiditäts- oder Insolvenzrisiken erforderlichenfalls auf die Einräumung werthaltiger Sicherheiten bestehen oder von einer Teilnahme am Cash-Pooling absehen muss bzw. einen bestehenden Vertrag gegebenenfalls zu kündigen hat, bleibt hiervor unberührt.

Für den Vorstand der abhängigen Aktiengesellschaft folgen sonach trotz der Privilegierung der §§ 311 ff. AktG zugunsten des herrschenden Unternehmens und der grundsätzlichen Zulässigkeit selbst ungesicherter Darlehen in diesem Zusammenhang konkrete **Verhaltenspflichten**<sup>60</sup>. Zunächst muss er eine Einschätzung der mit der Einbeziehung in das Cash-Pooling für die Aktiengesellschaft verbundenen Risiken vornehmen. Hierzu gehört in jedem Falle die vertragliche (schriftliche) Regelung des Cash-Poolings und die Sicherstellung ordnungsgemäßer Buchführung in diesem Zusammenhang. Im Übrigen hat der Vorstand der abhängigen Aktiengesellschaft vor seiner Entscheidung über die Teilnahme an dem Cash-Pooling eine Einschätzung der mit dem Cash-Pooling für die abhängige Aktiengesellschaft wirt-

57 Eingehend Hüffer AktG § 1 Rn. 23; eingehend hierzu auch Henze AG 2004, 405 ff.

58 Eingehend zu diesen Fragen mit umfangreichen Nachweisen Habersack/Schürnbrand NZG 2004, 689, 692; enger etwa Hüffer AG 2004, 416, 419, jew. mwN.

59 Angemessene Besicherung als Zulässigkeitsvoraussetzung des Cash-Poolings: Schön ZHR 159 (1995) 351, 372; MünchKomm AktG/Bayer § 57 Rn. 131; § 69 Rn. 56; Zeidler Zentrales Cashmanagement im faktischen Aktienkonzern, 1999, S. 65 ff.

60 Zum Folgenden eingehend MünchKomm AktG/Kropff § 311 Rn. 186 ff. mwN.



schaftlich verbundenen Vor- und Nachteile vorzunehmen und hierauf entsprechend zu reagieren. Da die Einbeziehung in ein Cash-Pooling für die Gesellschaft erhebliche Gefahren mit sich bringt (vgl. hierzu bereits unter A. III.), muss er gegebenenfalls auf die Stellung werthaltiger Sicherheiten bestehen, wenn er überhaupt das mit dem Cash-Pool verbundenen Risiko eingehen zu können glaubt. Das Risiko, dass die Gesellschaft durch eine Krise anderer Cash-Pool-Teilnehmer ebenfalls in ihrer Existenz gefährdet wird, darf er in keinem Falle eingehen. Ist abzusehen, dass die Gesellschaft dem Cash-Pool höhere Beträge entnehmen wird, als sie zuführen kann, kann dies im konkreten Fall einen niedrigeren als den banküblichen Zinssatz für Guthaben der Gesellschaft im Cash-Pool rechtfertigen, sofern die von ihr entnommenen Kredite ebenfalls zinsgünstig gewährt werden. Ist demgegenüber abzusehen, dass die Gesellschaft höhere Beträge in den Cash-Pool einzahlen als sie entnehmen wird, hat der Vorstand auf eine angemessene, mindestens marktübliche, am Verhalten der Banken orientierte Verzinsung und Laufzeitregelung sowie Kündigungsmöglichkeiten etc. zu bestehen. Sicherzustellen hat der Vorstand in jedem Falle, dass die von ihm geleitete Gesellschaft jederzeit Zugriff auf die für sie notwendige Liquidität hat, wobei er gegebenenfalls Einschränkungen bei den in dem Cash-Pool einzuzahlenden Mittel vornehmen muss. Außerdem hat der Vorstand<sup>61</sup> im Abhängigkeitsbericht gemäß § 312 AktG über das Cash-Pooling zu berichten und hierzu Einzelangaben zur Leistung und Gegenleistung sowie zu etwaigen Ausgleichsansprüchen zu machen und zu erklären, ob die Gesellschaft in diesem Zusammenhang benachteiligt wurde.

## **2. Unternehmensvertragliche Unternehmensverbinding**

Hinsichtlich der aktienrechtlichen Situation bei Bestehen von Unternehmensverträgen verhält es sich entsprechend der oben (unter I. 5.) dargelegten Situation im GmbH-Recht:

Ein Beherrschungsvertrag hebt nach § 291 Abs. 3 AktG die Vorschriften über die Kapitalerhaltung insoweit auf, als es um Maßnahmen geht, die auf die Ausübung des beherrschungsvertraglichen Weisungsrechts zurückgehen. Geht die Teilnahme an einem Cash-Pooling auf eine beherrschungsvertragliche Weisung gegenüber der Gesellschaft zurück, stehen die Kapitalerhaltungsgrundsätze der Teilnahme an dem Cash-Pooling sonach nicht entgegen. Inwieweit die Verschlechterung der Liquiditätslage und die damit verbundene Gefährdung der Verlustübernahmepflicht

61 Vorbehaltlich des Bestehens eines isolierten Gewinnabführungsvertrags, § 316 AktG.

nach § 302 Abs. 1 AktG die fristlose Kündigung des dem Cash-Pooling zugrunde liegenden Vertrages oder sogar des Beherrschungsvertrags rechtfertigen kann, ist eine Frage des Einzelfalls.

Das Bestehen eines isolierten Gewinnabführungsvertrages lässt auch im Aktienrecht die Grundsätze der Kapitalbindung grundsätzlich unberührt. Es greifen jedoch die vorstehend (unter II. 1.) dargelegten Grundsätze der §§ 311 ff. AktG ein, die trotz der Suspendierung der §§ 312 bis 315 AktG auch nachteilige Einflussnahmen insoweit zulassen, als der Nachteil nach § 311 Abs. 1 AktG ausgeglichen wird.

## **E. KAPITALERSATZRECHT UND RECHT DES FINANZPLANKREDITS**

---

Hinsichtlich der dem Cash-Pooling kapitalgesellschaftsrechtlich gesetzten Grenzen sind über die Grundsätze der Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung hinaus die richterrechtlich entwickelten, teilweise zwischenzeitlich auch gesetzlich normierten Grundsätze (vgl. §§ 32a, 32b GmbHG, § 135 InsO, § 6 AnfG) des Kapitalerhaltungsrechts und des Finanzplankredits zu berücksichtigen, die aufgrund ihrer Komplexität im Folgenden jedoch nur überblicksartig dargelegt werden können:

### **I. KAPITALERSATZRECHT**

Gewährt im GmbH-Recht ein Gesellschafter der GmbH zu einem Zeitpunkt, in dem die GmbH von dritter Seite aus zu marktüblichen Bedingungen keinen Kredit mehr erhalten hätte (sogenannte Krise) einen Kredit, wird dieser Kredit nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 30 GmbHG wie Eigenkapital gebunden. Dies bedeutet, dass die Rückzahlung des Kredits aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen nicht erfolgen darf und gleichwohl ausgekehrte Mittel entsprechend § 31 GmbHG zurückzuzahlen sind. Entsprechendes gilt für Darlehen, die zwar außerhalb einer Gesellschaftskrise gewährt worden sind, in der Krise aber nicht innerhalb einer Überlegungsfrist von ca. zwei Wochen abgezogen werden; sie werden in der Krise gewährten Darlehen gleich gestellt. In der Insolvenz kann der Gesellschafter nach § 32a Abs. 1 GmbHG den Anspruch auf Rückgewähr eines solchen Darlehens nur als nachrangiger Insolvenzgläubiger, also erst nach Befriedigung aller sonstigen Insolvenzgläubiger geltend machen, was im praktischen Ergebnis regelmäßig auf den vollständigen Ausfall der Forderungen hinausläuft.

Im Aktienrecht finden die zum GmbH-Recht entwickelten Grundsätze zur Kapitalerhaltung entsprechende Anwendung, wobei insoweit allerdings streitig ist, ob hier entsprechend den gesetzlichen Vorgaben Kredite, die in der Krise geleistet wurden, überhaupt nicht zurückgezahlt werden dürfen, oder ob dies nur nicht aus dem zur Erhaltung des Grundkapitals und der in § 150 AktG vorgeschriebenen gesetzli-

chen Rücklage erforderlichen Vermögens erfolgen darf<sup>62</sup>. Die weiter streitige Frage, ob im Aktienrecht jeder Aktionär vom Kapitalersatzrecht erfasst wird, oder nur Aktionäre mit einer über 25 % liegenden Beteiligung<sup>63</sup>, kann vorliegend offen bleiben, da das Cash-Pooling praktisch nur unter verbundenen Gesellschaften stattfindet und hier die Beteiligungsquote von 25 % wohl in allen Fällen überschritten wird. Auch die Frage, inwieweit die Kleinbeteiligungsschwelle bzw. das Sanierungsprivileg gemäß § 32 a Abs. 3 S. 2 und 3 GmbHG im Aktienrecht Anwendung findet<sup>64</sup>, kann vorliegend aus praktischen Gründen dahin gestellt bleiben, da die Kleinbeteiligungsschwelle im Unternehmensverbund keine Rolle spielt und das Sanierungsprivileg im Zusammenhang mit dem Cash-Pooling praktisch nicht relevant wird.

Für die Geschäftsführer einer GmbH bzw. den Vorstand einer Aktiengesellschaft folgt aus dem Kapitalersatzrecht, dass von einem Mutterunternehmen in der Krise gewährte bzw. stehen gelassene Darlehen nicht zurückgeführt werden dürfen. Ein Verstoß hiergegen führt zur Rückzahlungspflicht des Empfängers entsprechend den Kapitalerhaltungsbestimmungen in § 31 GmbHG, § 62 AktG bzw. nach § 135 InsO, § 6 AnfG sowie zu einer persönlichen Haftung der Geschäftsführungsorgane entsprechend § 43 Abs. 3 GmbHG, § 93 Abs. 3 Nr. 1 AktG. Derzeit als ungeklärt anzusehen ist dabei die Frage, ob im Rahmen eines Cash-Poolings jeder entnommene Betrag bzw. jede Einzahlung auf den Cash-Pool als Kreditgewährung bzw. unzulässige Rückzahlung eines kapitalersetzende Darlehens anzusehen ist. Überzeugend erscheint es, in diesem Zusammenhang in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Warenkredit nicht auf die Einzelleistungen, sondern auf den durchschnittlichen Gesamtbetrag abzustellen<sup>65</sup>.

Für die Gesellschafter von Kapitalgesellschaften, hier insbesondere des Mutterunternehmens, aber auch für die geschäftsführenden Organe bedeutet diese nach wie vor ungeklärte Rechtslage ein erhebliches Haftungsrisiko, das im faktischen Ergebnis dazu zwingen kann, ein für die Gesellschaft möglicherweise überlebensnotwendiges Cash-Pooling aufzukündigen und die Kapitalgesellschaft damit gegebenenfalls in das Insolvenzverfahren zu führen.

62 Vgl. hierzu nur GroßKomm AktG/Henze § 57 Rn. 98 ff., 147; Hüffer AktG § 57 Rn. 16 ff., 19; MünchKomm AktG/Bayer § 57 Rn. 157 ff., 210.

63 Eingehend hierzu MünchKomm AktG/Bayer § 57 Rn. 175 ff.

64 Hierzu MünchKomm AktG/Bayer § 57 Rn. 187 ff.

65 S. in diesem Zusammenhang auch Vetter in Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2002, S. 69, 82 f.; Vetter/Stadler, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash-Pooling Rn. 51; Lutter/Hommelhoff GmbHG § 32a/b Rn. 92.

## II. FINANZPLANKREDIT

Von einem Finanzplankredit bzw. einer Finanzplanfinanzierung wird gesprochen, wenn die Gesellschafter aufgrund einer gesonderten Vereinbarung der Kapitalgesellschaft Leistungen zur Verfügung stellen oder sich zu solchen Leistungen verpflichten, auf die die Gesellschaft ihrer Finanzplanung nach dringend angewiesen ist, weil ihre Finanzierung auf einer Kombination von Eigen- und Fremdfinanzierung durch ihre Gesellschafter beruht (»funktional gesellschaftseigenes Kapital«). Nach der Rechtsprechung kann eine solche Finanzplanfinanzierung von Seiten der Gesellschafter in der Krise nicht frei widerrufen werden, und bereits erbrachte Leistungen unterliegen in der Krise der Gesellschaft den allgemeinen Regeln des Kapitalersatzes<sup>66</sup>.

Für das Cash-Pooling ergibt sich hieraus zunächst die Pflicht der geschäftsführenden Organe, anhand des Finanzplans der Gesellschaft eine Überprüfung darauf vorzunehmen, inwieweit es sich bei den über den Cash-Pool bezogenen Darlehen möglicherweise um einen Finanzplankredit handelt. Die schuldrechtliche Grundlage eines solchen Kredits kann dabei auch in einem stillschweigenden Abschluss einer Finanzplanabrede über die jährliche Finanzplanung liegen, wie sie insbesondere in finanziell einheitlich geleiteten Unternehmensgruppen häufig anzutreffen ist. Sind die an einen Finanzplankredit zu stellenden Voraussetzungen erfüllt, müssen die geschäftsführenden Organe gegebenenfalls auf Durchführung der Finanzplanfinanzierung bestehen und aufgrund des Rechts des Kapitalersatzes erforderlichenfalls die Rückführung von Verbindlichkeiten verweigern.

66 BGHZ 142, 116, = NJW 1999, 2809 = DB 1999, 1647 = BB 1999, 1672; wegen weiterer Fragen in diesem Zusammenhang vgl. *Pentz* in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG § 32a Rn. 46 ff.; *Scholz/K. Schmidt GmbHG* § 32a, 32b Rn. 91 ff., jew. mwN.



## F. EINFLUSS DER RECHTSPRECHUNG DES BGH ZUM EXISTENZVERNICHTENDEN EINGRIFF AUF DAS CASH-POOLING

### I. ÜBERBLICK

Mit dem »Bremer Vulkan«-Urteil vom 17.09. 2001<sup>67</sup> hat der Bundesgerichtshof für das GmbH-Recht seine bisherige, an § 302 Abs. 1 AktG angelehnte und mit dem Stichwort »qualifizierter faktischer Konzern« verbundene konzernrechtliche Rechtsprechung<sup>68</sup> aufgegeben und auf der Grundlage von Vorarbeiten seines Vorsitzenden<sup>69</sup> ein neues Haftungskonzept entwickelt<sup>70</sup>. Dieses in zwei weiteren Entscheidungen<sup>71</sup> fortentwickelte, kein Konzernverhältnis voraussetzende Haftungssystem fußt auf einem dem Recht der Kapitalgesellschaften unausgesprochen zugrundeliegenden Grundsatz, wonach das Gesellschaftsvermögen in der Gesellschaft zum

- 67 BGHZ 149, 10 = NJW 2001, 3622 – Bremer Vulkan; hier ging es um den über ein Cash-Pooling erfolgten Abzug zweckgebunden gewährter öffentlicher Mittel (Investitionshilfebeträge): Die Bremer Vulkan AG hatte von der Treuhandanstalt zwei ostdeutsche GmbH erworben, die Werften betrieben. Die liquiden Mittel der GmbH wurden einschließlich der dort vorhandenen, zweckbezogenen zur Verfügung gestellten staatlichen Fördermittel in ein Cash-Pool-System einbezogen und gingen dort unwiederbringlich verloren.
- 68 Die Entwicklung ist mit umfangreichen Nachweisen nachgezeichnet bei *Habersack* in *Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH-Konzernrecht* Anh. § 317 Rn. 3 ff.
- 69 *Röhrich* in *FS 50 Jahre BGH*, 2000, S. 83 ff.
- 70 Zur neuen Rechtsprechung mit Unterschieden im Einzelnen s. insbes. *Röhrich* *FS 50 Jahre BGH*, 2000, S. 83 ff.; *ders.* in *Gesellschaftsrecht in der Diskussion* 2001, S. 3, 10 ff. und in *Gesellschaftsrecht in der Diskussion* 2002, S. 3, 22 ff.; *Altmeyden* ZIP 2001, 1837 ff.; *ders.* ZIP 2002, 961 ff.; *ders.* ZIP 2002, 1553 ff.; *ders.* NJW 2002, 321 ff.; *Benecke* BB 2003, 1190 ff.; *Bitter* WM 2001, 2133 ff.; *Bruns* WM 2003, 815 ff.; *Burgard* *Gesellschaftsrecht in der Diskussion* 2002, S. 45 ff.; *Diem* ZIP 2003, 1283 ff.; *Drygalla* GmbHR 2003, 729 ff.; *Freitag* WM 2003, 805 ff.; *Haas* WM 2003, 1929 ff.; *Henze* NZG 2003, 649 ff.; *ders.* AG 2004, 405 ff.; *Hoffmann* NZG 2002, 68 ff.; *Kessler* GmbHR 2002, 945 ff.; *Koppensteiner* FS Honsell, 2002, 607 ff.; *Lutter/Banerjia* ZGR 2003, 402 ff.; *dies.* ZIP 2003, 2177 ff.; *Mülbert* DStR 2001, 1937 ff.; *Raiser* FS *Ulmer*, 2003, S. 493 ff.; *K. Schmidt* NJW 2001, 2133; *Schön* ZHR 168 (2004)268, 2272 ff.; *Ulmer* ZIP 2001, 2021 ff.; *ders.* JZ 2002, 1049 ff.; *Vetter* ZIP 2003, 601 ff.; *ders.* *Gesellschaftsrecht in der Diskussion* 2002, 2003, S. 69, 83, 96 ff. *Wahl* GmbHR 2004, 994 ff.; *H. P. Westermann* NZG 2002, 1129 ff.; *Wiedemann* ZGR 2003, 283 ff.; *Wilhelm* NJW 2003, 175 ff.; *Wilhelmi* DZWIR 2003, 45 ff.; *Habersack* in *Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH-Konzernrecht* Anh. § 317 Rn. 3 ff.; *Hüffer* AktG § 1 Rn. 22 ff., jew. mwN.; ablehnend etwa *Nassall* ZIP 2003, 969 ff. (Verfassungswidrigkeit).
- 71 BGHZ 150, 61 = NJW 2002, 1803 – Ausfallhaftung; BGHZ 151, 181 = NJW 2002, 3024 – KBV, bestätigt durch BGH ZIP 2004, 2138, 2139, dort allerdings Haftung nach § 826 BGB (sittenwidrige Schädigung).

Zwecke der Befriedigung ihrer Gläubiger verbleiben muss und damit der – im GmbH-Recht im Übrigen sehr weit reichenden – Dispositionsbefugnis der Gesellschafter entzogen ist. Die Gesellschafter sind zwar berechtigt, die Existenz der Gesellschaft durch eine freiwillige Liquidation oder im Rahmen eines Insolvenzverfahrens zu beenden. Es ist ihnen nach dieser Rechtsprechung aber nicht erlaubt, der Gesellschaft Vermögen ohne Rücksichtnahme auf ihre gesetzliche Funktion, anstelle der Gesellschafter als Haftungsträger zu dienen, zu entziehen und ihr dadurch die Möglichkeit zu nehmen, ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen. Entziehen die Gesellschafter unter Außerachtlassung der gebotenen Rücksichtnahme auf diese Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens der Gesellschaft durch offene oder verdeckte Entnahmen Vermögenswerte und beeinträchtigen sie dadurch »in einem ins Gewicht fallenden Ausmaß« die Fähigkeit der Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten, liegt hierin ein Missbrauch der Rechtsform der GmbH. Die Rechtsfolge dieses Rechtsmissbrauchs liegt nach der neueren Rechtsprechung des BGH im Verlust des Haftungsprivilegs und damit in der persönlichen Haftung der verantwortlichen Gesellschafter, soweit nicht der der GmbH durch den Eingriff insgesamt zugefügte Nachteil bereits nach §§ 30, 31 GmbHG vollständig ausgeglichen werden kann oder kein ausreichender Ausgleich in das Gesellschaftsvermögen erfolgt. Vor diesem Hintergrund sind die Gläubiger außerhalb eines Insolvenzverfahrens<sup>72</sup> berechtigt, ihre Forderungen unmittelbar gegen die Gesellschafter geltend zu machen<sup>73</sup>, wobei diese Ausfallhaftung auch diejenigen Mitgesellschafter trifft, die, ohne selbst etwas empfangen zu haben, durch ihr Einverständnis mit dem Vermögenszug an der Existenzvernichtung der Gesellschaft mitgewirkt haben<sup>74</sup>.

## **II. VORAUSSETZUNGEN EINER HAFTUNG WEGEN EXISTENZVERNICHTENDEN EINGRIFFS**

Nach dem derzeitigen Stand der Diskussion kann – soweit vorliegend von Interesse sowie mit der Maßgabe, dass die Diskussion in diesem Bereich bei Weitem noch nicht abgeschlossen ist und die Tatbestandsmerkmale teilweise konkretisierungs- bzw. ausfüllungsbedürftig sind – hinsichtlich der Haftungsvoraussetzungen im Wesentlichen von Folgenden ausgegangen werden:

72 Im Rahmen eines Insolvenzverfahrens werden die Ansprüche durch den Insolvenzverwalter verfolgt.

73 BGHZ 151, 181, 186 f. = NJW 2002, 3024 – KBV.

74 BGHZ 150, 61 = NJW 2002, 1803 – Ausfallhaftung.



## 1. Eingriff ohne angemessene Rücksichtnahme auf die Belange der Gesellschaft

Erste Voraussetzung einer Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs ist nach der Rechtsprechung des II. Senats des BGH ein ins Gewicht fallender<sup>75</sup> Eingriff des Alleingeschafters bzw. des herrschenden Geschafters oder mehrerer Geschaftshaber auf Grund eines einverstandlichen Handelns, durch den der Geschaftsellschaft offen oder verdeckt Vermögen entzogen wird oder deren Geschaftschancen vereitelt werden<sup>76</sup>. Die kritische Grenze ist dabei nicht schon bei jeder künftige Risiken falsch einschatzenden Fehldisposition des Geschaftschafters anzunehmen, sondern »erst bei Eingriffen in das Vermögen der Geschaftsellschaft und bei dem Entzug ihrer Marktchancen (...), die mit den Mindestmastaben eines seriösen und verantwortungsbewussten unternehmerischen Verhaltens nicht mehr zu vereinbaren sind und deshalb als Missbrauch des mit der Rechtsform der GmbH verbundenen Haftungsprivilegs zu gelten haben«<sup>77</sup>. Diskutiert werden in diesem Zusammenhang etwa<sup>78</sup> auch im Zusammenhang mit dem Cash-Pooling möglicherweise relevant werdenden Gestaltungen wie

- undurchsichtige Geschaftsverhaltnisse (Waschkorbfrage)
- Vermögensvermischung
- Konzerneinbindung (Entzug zentraler Unternehmensfunktionen, Eingehung eines Haftungsverbundes der abhängigen Geschaftsellschaften gegenüber der Konzernobergesellschaft)
- Überbürdung unvertretbarer Risiken, Übertragung der Rolle des Kostenträgers (Aschenputtelgesellschaften)
- Einbindung in zentrales Cash-Management ohne Gewährleistung jederzeitiger Liquidität der abhängigen Geschaftsellschaft,
- Existenzvernichtung durch Abzug von Finanz- oder sonstigem (insbesondere Anlage-) Vermögen, Entzug von Nutzungsbefugnissen, Steuervorteilen, Informationen etc.,
- Bestandsgefährdung

75 Zur Einordnung dieser Voraussetzung *Ulmer* JZ 2002, 1049, 1051; *Henze* NZG 2003, 649, 657.

76 BGHZ 149, 10, 16 = NJW 2001, 3622 = DB 2001, 2338 = BB 2001 2233 – Bremer Vulkan; BGHZ 151, 181, 186 = NJW 2002, 3024 = DB 2002, 1875 = BB 2002, 1823 – KBV.

77 *Röhricht* Geschaftsrecht in der Diskussion, 2002, S. 3, 31 mwN.; ähnlich auch *Pentz* in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG § 13 Rn. 113: Abstellen auf betriebliche Veranlassung.

78 Vgl. hierzu etwa *Bruns* WM 2003, 815, 819; *Henze* NZG 2003, 649, 658 mwN.

## **2. Beeinträchtigung der Fähigkeit der Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten (Existenzvernichtung)**

Auf Grund des vorstehenden Eingriffs muss die Fähigkeit der Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten »in einem ins Gewicht fallenden Ausmaß« beeinträchtigt werden<sup>79</sup>. Im Anschluss an die Entscheidung »Bremer Vulkan« des Bundesgerichtshofs erscheint es in diesem Zusammenhang zunächst ausreichend, dass die Existenz der abhängigen Gesellschaft gefährdet wird<sup>80</sup>; ob der tatsächliche Eintritt der Insolvenz (nicht: Eröffnung des Insolvenzverfahrens) erforderlich ist<sup>81</sup>, ist fraglich, hier jedoch nicht abschließend zu beurteilen. In jedem Falle ist die Insolvenzvertiefung der Existenzvernichtung gleichzustellen<sup>82</sup>.

## **3. »Subsidiarität« gegenüber den Kapitalerhaltungsgrundsätzen**

Gegenüber den Kapitalerhaltungsgrundsätzen der §§ 30, 31 GmbHG ist die Haftung wegen Existenzvernichtung in dem Sinne subsidiär, als sie nicht eingreift, wenn die zugefügte Nachteile vollständig kompensiert werden können bzw. vollständig kompensiert worden sind<sup>83</sup>.

## **4. Kausalität und Beweislast**

Notwendig ist weiter, dass der nachteilige Eingriff kausal für die Insolvenz der Gesellschaft geworden ist. Die Einzelheiten hierzu (unmittelbare oder auch mittelbare Kausalität) sind umstritten<sup>84</sup>, hier jedoch nicht abschließend zu klären.

79 BGHZ 151, 181, 187 = NJW 2002, 3024 – KBV, s. auch den dortigen 1. LS; näher zu dieser Formulierung Henze NZG 2003, 649, 657.

80 BGHZ 149, 10 = NJW 2001, 3622 – Bremer Vulkan, 2. LS. (Verpflichtung des Gesellschafters, die Existenz der Gesellschaft »nicht zu gefährden«).

81 In dieser Richtung OLG Thüringen GmbHR 2002, 112, 115; Bruns WM 2003, 815, 819; Drygalla GmbHR 2003, 729, 733; Hoffmann NZG 2002, 68, 69; Lutter/Banerjea ZGR 2003, 402, 417 f.; Ulmer JZ 2002, 1049, 1051; ders. ZIP 2001, 2021, 2023; Vetter Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2002, 2003, S. 69, 84; Wilhelmi DZWIR 2003, 45, 46.

82 Lutter/Banerjea ZGR 2003, 402, 418.

83 Vgl. nur BGHZ 151, 181, 187 = NJW 2002, 3024 – KBV; Röhricht Gesellschaftsrecht in der Diskussion, 2002, S. 3, 29; eingehend etwa Lutter/Banerjea ZGR 2003, 402, 420 ff. mwN; teilweise kritisch hierzu Vetter ZIP 2003, 601, 605 f. unter Hinweis auf Ulmer ZIP 2001, 2021, 2028; vgl. hierzu auch Henze AG 2004, 405, 413; Haas WM 2003, 1929, 1936.

84 Eingehend Lutter/Banerjea ZGR 2003, 402, 418 ff.

Da die Gläubiger mangels Einsichtsrechten in der Regel auf kaum zu überwindende Schwierigkeiten stoßen, den Nachweis zu führen, dass und wie im Einzelnen die GmbH in rechtswidriger Weise zu Lasten unbefriedigter Gläubiger vernichtet worden ist<sup>85</sup>, ist die Beweiserleichterung, die der BGH noch zum früheren Modell des qualifizierten faktischen Konzerns im »TBB«-Urteil entwickelt hat<sup>86</sup>, sinngemäß auf die Existenzvernichtungshaftung zu übertragen<sup>87</sup>. Der Insolvenzverwalter oder die Gläubiger haben danach einen möglicherweise existenzgefährdenden Eingriff des Gesellschafters darzulegen und ggf. zu beweisen. Es ist dann Sache des/der Gesellschafter(s), darzulegen, dass trotz dieser Eingriffe angemessene Rücksicht auf die Erhaltung der Fähigkeit der Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten genommen worden ist oder dass die Insolvenz auf Umständen beruht, die mit diesen Eingriffen nichts zu tun haben<sup>88</sup>.

## 5. Zurechenbarkeit und Rechtsfolgen

Während ein Verschulden für die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs nicht für erforderlich gehalten wird<sup>89</sup>, genügt für die Zurechenbarkeit der Existenzvernichtung zu Lasten der Gesellschafter<sup>90</sup> und die hieran anknüpfende Haftung bereits eine Mitwirkung an dem Eingriff im Wege eines Einverständnisses<sup>91</sup>.

Rechtsfolge eines existenzvernichtenden Eingriffs ist die persönliche Außenhaftung des betreffenden Gesellschafters entsprechend § 128 HGB<sup>92</sup>. Die Haftung greift jedoch nur insoweit ein, als der Gläubiger keine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen erlangen kann<sup>93</sup>. Der Gläubiger muss deshalb erfolglos versucht haben, in das Vermögen der Gesellschaft zu vollstrecken bzw. ein Insolvenz-

85 *Röhrich* in Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2001, S. 28 ff.

86 BGHZ 122, 123.

87 Näher *Vetter* ZIP 2003, 601, 611 f.

88 S. in diesem Zusammenhang auch *Röhrich* in Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2001, S. 28 ff.

89 *Bitter* WM 2001, 2133, 2139; *Bruns* WM 2003, 815, 816; *Kessler* GmbHR 2002, 945, 950; *Raiser* FS Ulmer, 2003, S. 493, 502 f.; *Vetter/Stadler* Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash-Pooling, 2003, Rn. 134.

90 *Vetter* ZIP 2003, 601, 607 ff.; zur Haftung des Geschäftsführers für existenzvernichtende Eingriffe *ders.* aaO. 610 ff.; *Lutter/Banerjea* ZIP 2003, 2177 ff.; zur Haftung von Schwestergesellschaften *Vetter* aaO. 608 f.; *Raiser* FS Ulmer, 2003, S. 493 ff.

91 BGHZ 150, 61, 67 = NJW 2002, 1803 – Ausfallhaftung.

92 OLG Thüringen GmbHR 2002, 112, 115; *Bitter* WM 2001, 2133, 2139; *Hoffmann* NZG 2002, 68, 71; *Ulmer* JZ 2002, 1049, 1050; *Westermann* NZG 2002, 1129, 1136; *Vetter* ZIP 2003, 601, 602; *Vetter/Stadler* Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash-Pooling, 2003, Rn. 137; für Haftungsbegrenzungen in diesem Zusammenhang etwa *Bruns* WM 2003, 825, 822; *Bitter* WM 2001, 2133, 2140; *Vetter* ZIP 2003, 601, 603 ff.; für eine Differenzierung nach Gläubigergruppen *Lutter/Banerjea* ZGR 2003, 402, 431 f.; gegen solche Überlegungen wiederum *Henze* AG 2004, 414.

93 BGHZ 151, 181 = NJW 2002, 3024 – KBV (2. LS).

antrag muss mangels Masse abgelehnt worden sein<sup>94</sup>. Im Falle der eröffneten Insolvenz wird die Haftung nach den neuen Grundsätzen über den existenzvernichtenden Eingriff entsprechend § 93 InsO durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht<sup>95</sup>.

## 6. Haftung der Geschäftsführungsorgane

Von Bedeutung beim Cash-Pooling ist ein im Zusammenhang mit der Prüfung von Schadensersatzansprüchen gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 StGB (Untreue) erfolgter Hinweis im Urteil »Bremer Vulkan«<sup>96</sup>, wonach die erforderliche Vermögensbetreuungspflicht zu Lasten des den Cash-Pool führende Mutterunternehmen bereits daraus erwächst, dass sie als herrschendes Unternehmen das in den Cash-Pool einzahlende Tochterunternehmen faktisch beherrscht, von dieser Herrschaftsmöglichkeit auch Gebrauch gemacht hat, indem sie es veranlasst hat, dem Liquiditätsverbund des Konzerns beizutreten und die liquiden Mittel in den Cash-Pool einzubringen. Zwar bestehe diese Betreuungspflicht nicht unbegrenzt. Das Mutterunternehmen habe im konkreten Fall jedoch die Pflicht gehabt, das Vermögen der Tochtergesellschaft insoweit zu betreuen, als sie bei ihren Dispositionen über Vermögenswerte der Tochtergesellschaft durch angemessene Rücksichtnahme auf deren Eigeninteresse an der Aufrechterhaltung ihrer Fähigkeit, ihre Verbindlichkeiten nachzukommen, darauf habe achten müssen, dass sie die Existenz der Tochtergesellschaft nicht gefährdete. Im Zusammenhang mit Schadensersatzansprüchen gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB (Betrug) findet sich im Urteil »Bremer Vulkan«<sup>97</sup> der Hinweis, das den Cash-Pool führende Unternehmen könne verpflichtet sein, das in den Cash-Pool einzahlende Tochterunternehmen auf eine Verschlechterung der Vermögens- und Liquiditätslage des Konzerns hinzuweisen, weil hierdurch die Rückzahlung der von dem Tochterunternehmen geleisteten Beträge gefährdet seien und dies zu einer Schädigung des Tochterunternehmens führen könne (Täuschung durch Unterlassen).

Auch der 5. Strafsenat des BGH ist in der strafrechtlichen Entscheidung zum »Bremer Vulkan«<sup>98</sup> davon ausgegangen, dass Vorstandsmitglieder der beherrschenden

94 Vgl. etwa Henze NZG 2003, 649, 657; krit. Lutter/Banerjea ZGR 2003, 402, 430 f.

95 Altmeyen ZIP 2002, 1559 f.; Henze NZG 2003, 649, 657; Lutter/Banerjea ZGR 2003, 402, 430; Ulmer JZ 2002, 1049, 1050; Vetter ZIP 2003, 601, 606 f.; zweifelnd Haas WM 2003, 1929, 1937.

96 BGHZ 149, 10, 17 f. = NJW 2001, 3622 – Bremer Vulkan.

97 BGHZ 149, 10, 27 = NJW 2001, 3622 = DB 2001, 2338 = BB 2001, 2233.

98 BGH ZIP 2004, 1200 = NZG 2004, 717.

Aktiengesellschaften gegenüber einer abhängigen GmbH eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne von § 266 StGB haben können und sie diese jedenfalls dann verletzen, wenn die Vermögenswerte der GmbH in einem solchen Umfang ungesichert im Konzern angelegt werden, dass im Falle ihres Verlustes die Erfüllung von Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft oder deren Existenz gefährdet wäre.

Die Verletzung der vorstehenden Pflichten kann über § 823 Abs. 2 BGB, ggf. auch über § 826 BGB zu Schadensersatzansprüchen des abhängigen Unternehmens führen, und zwar sowohl gegen die Organmitglieder des den Cash-Pool führenden Mutterunternehmens (i. V. m. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB) als auch gegen das Mutterunternehmen selbst.

### **III. FOLGERUNGEN FÜR DAS CASH-POOLING**

Nach den dargelegten Grundsätzen stellt die Veranlassung zur Teilnahme an einem Cash-Pooling als solche noch keinen existenzvernichtenden Eingriff dar; nur die Ausgestaltung des Cash-Pooling-Verhältnisses im Einzelnen und seine Durchführung können die Tatbestandsvoraussetzungen des existenzvernichtenden Eingriffs erfüllen. Zur Vermeidung einer Existenzgefährdung bzw. -vernichtung der am Cash-Pooling teilnehmenden Gesellschaft sollte insbesondere auf das Vorliegen der nachstehenden Voraussetzungen geachtet werden:

- Zunächst sollte das Cash-Pooling-Verhältnis unter den Beteiligten nicht nur auf Grund einer mündlichen Vereinbarung bzw. faktisch, sondern auf der Grundlage eines schriftlichen Vertrages durchgeführt werden, damit die gegenseitigen Rechte und Pflichten für die Beteiligten festgeschrieben sind.
- Sicherzustellen ist in jedem Falle, dass die geschäftsführenden Organe der in den Cash-Pool einzahlenden Gesellschaften trotz der Anbindung an den Cash-Pool jederzeit einen Überblick über die finanzielle Situation der Gesellschaft haben. In der Praxis ist teilweise festzustellen, dass die geschäftsführenden Organe wegen der Auslagerung der Buchhaltung auf andere Konzerngesellschaften über die finanzielle und wirtschaftliche Situation ihrer Gesellschaften nur unzureichend informiert sind. Insbesondere dann, wenn die den Cash-Pool führende Gesellschaft selbst in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät, zieht dies häufig die Insolvenz auch der an den Cash-Pool angeschlossenen Tochtergesellschaften nach sich.
- Vertraglich zu regeln ist, auch wenn sich diese Pflicht nach Auffassung der Rechtsprechung bereits aus dem Gesetz ergibt, die Pflicht des den Cash-Pool führen-

den Unternehmens, die hieran angeschlossenen Gesellschaften rechtzeitig über etwaige Risiken, insbesondere auf den drohenden Verlust der eingelegten Mittel hinzuweisen (Informationspflicht), damit die Gesellschaften über eine – ggf. außerordentliche – Kündigung rechtzeitig aus den Cash-Pooling-Verhältnis ausscheiden können. Zur Gewährleistung der erforderlichen Kenntnisse sollte in den Cash-Pooling-Vereinbarungen insoweit vorgesehen werden, dass die Tochtergesellschaften nicht nur regelmäßig über ihre wirtschaftliche Situation zu berichten haben, sondern dass sie auch (auf der Grundlage der über diese Berichte erhobenen Informationen) auch umgekehrt von der den Cash-Pool führenden Gesellschaft über die wirtschaftliche Lage der übrigen Gesellschaften und die Situation der Gruppe unterrichtet werden.

- Hinsichtlich der Höhe des Betrages, auf den die an den Cash-Pool angeschlossenen Gesellschaften zugreifen können, empfiehlt es sich zur Risikominimierung Maximalbeträge vorzusehen, damit sich der Abfluss von erheblichen Mitteln zugunsten nur einer Gesellschaft sich nicht zu nachteilig auf die übrigen Gesellschaften auswirkt.
- Für den Umfang der von den angeschlossenen Gesellschaften abzuführenden Beträge sind zunächst die durch das Kapitalerhaltungsrecht gezogenen Grenzen zu beachten. In der Praxis bereitet die Wahrung dieser Grenzen allerdings teilweise insoweit Schwierigkeiten, als dies eine taggenaue Buchung voraussetzt, und diese nicht immer gewährleistet ist. Im Übrigen sollte zur Risikominimierung sicher gestellt werden, dass der Gesellschaft ein Mindestmaß betriebsnotwendiger Liquidität verbleibt, damit nicht jeder Verlust von Liquidität über den Cash-Pool zugleich zur Illiquidität auch der Gesellschaft führt. Wie hoch dieser verbleibende Liquiditätsbestand einzusetzen ist, ist eine Frage des Einzelfalls. Erwirtschaftet die Gesellschaft beispielsweise monatlich im Wesentlichen gleich bleibende Beträge, die zur Führung ihres Unternehmens genügen, kann sich der Liquiditätsbestand auf die für einen Monat betriebsnotwendige Liquidität (zuzüglich absehbarer sonstiger Verbindlichkeiten, wie etwa Steuervorauszahlungen etc.) beschränken. Schwankt demgegenüber die erwirtschaftete Liquidität, ist dem entsprechend Rechnung zu tragen. Mit der herrschenden Meinung wird man auch eine Aufrechterhaltung eigener Bankkontakte und Kreditlinien der Kapitalgesellschaft für erforderlich halten müssen<sup>99</sup>.

99 *Habersack* in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH-Konzernrecht § 311 Rn. 48; *Krieger* in MünchHdB AG § 69 Rn. 56; *Hommelhoff/Kleindiek* in Lutter/Scheffler/Schneider, Handbuch der Konzernfinanzierung, § 21 Rn. 20; für den Fall, dass die Gesellschaft genügend unbelastetes Vermögen zur kurzfristigen Wiederherstellung von Bankverbindungen besitzt, einschränkend *Vetter* in Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2002, S. 69, 101 f.

- Damit nicht die Krise einer Gesellschaft über den Cash-Pool auf die anderen Gesellschaften durchschlägt, ist darauf zu achten, dass die teilnehmenden Gesellschaften der Bank gegenüber nicht für die Gesamtverbindlichkeiten auf dem Cash-Pool haften, sondern entweder überhaupt nicht oder aber nur in der Höhe, in der sie selbst Mittel aus dem Cash-Pool entnommen haben.





# G. RECHTE UND PFLICHTEN DES AUFSICHTSRATS BEI VORLIEGEN EINES CASH-POOLINGS

---

## I. RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN

Der Aufsichtsrat ist bei der Aktiengesellschaft eines der gesetzlich zwingend notwendigen drei Organe (Vorstand, Aufsichtsrat, Hauptversammlung). Die Aufgabenverteilung im Aktienrecht ist dadurch gekennzeichnet, dass diese drei Organe drei gleichsam nebeneinander stehende Säulen bilden, die unterschiedliche, einander grundsätzlich nicht überschneidende Kompetenzbereiche besitzen. Dem Vorstand obliegt die Leitung und die Vertretung der Gesellschaft, dem Aufsichtsrat obliegt schwerpunktmäßig die Überwachung der Geschäftsführung sowie die Vertretung der Gesellschaft gegenüber dem Vorstand. Bei mitbestimmten GmbH finden diese aktienrechtlichen Grundsätze nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 MitbestG, § 3 Abs. 2 MontanMitbestG, § 3 Abs. 1 MitbestErgG entsprechende Anwendung.

Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats ist in § 111 Abs. 1 AktG allgemein geregelt. Nach dieser Bestimmung hat der Aufsichtsrat die Geschäftsführung zu überwachen. Zur Wahrnehmung seiner Überwachungsaufgabe hat der Aufsichtsrat umfangreiche Einzelbefugnisse, die in § 111 Abs. 2 S. 1 AktG lediglich exemplarisch damit umschrieben werden, dass die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände, namentlich die Gesellschaftskasse und die Bestände an Wertpapieren und Waren, vom Aufsichtsrat eingesehen und geprüft werden können. Die Grundlage für seine Überwachungstätigkeit erhält der Aufsichtsrat grundsätzlich durch die Vorlage der Vorstandsberichte nach § 90 Abs. 1 und 2 AktG. Gemäß § 90 Abs. 3 AktG kann der Aufsichtsrat jedoch vom Vorstand auch jederzeit einen Bericht verlangen über Angelegenheiten der Gesellschaft, über ihre rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen zu verbundenen Unternehmen sowie über geschäftliche Vorgänge in diesem Unternehmen, die auf die Lage der Gesellschaft von erheblichem Einfluss sein können. Auch ein einzelnes Mitglied kann einen Bericht verlangen, diesen nur jedoch nur an den Aufsichtsrat. Will der Aufsichtsrat als Gesamtorgan einen Bericht des Vorstands nach § 90 Abs. 3 S. 1 AktG anfordern,

muss er hierüber zunächst einen Aufsichtsratsbeschluss gem. § 108 AktG fassen. In diesem Zusammenhang ist dabei insbesondere darauf zu achten, dass bereits in diesem Beschluss beispielsweise über eine ausformulierte Liste eine hinreichende Präzisierung des Berichtsverlangens erfolgt, um einem etwaigen Einwand, es fehle hinsichtlich eines später formulierten Verlangens an dem notwendigen Aufsichtsratsbeschluss, von vornherein vorzubeugen. Das hiervon zu unterscheidende Berichtsverlangen einzelner Aufsichtsratsmitglieder nach § 90 Abs. 3 S. 2 AktG besteht unabhängig vom Recht des Gesamtaufichtsrats zur Vorlage eines Berichts nach § 90 Abs. 3 S. 1 AktG. Nachrangig gegenüber einem Berichtsverlangen des Gesamtaufichtsrats ist das Einzelrecht der Aufsichtsratsmitglieder nicht (es darf jedoch nicht rechtsmissbräuchlich ausgeübt werden, etwa allein zu dem Zweck, dass ein Wettbewerber der Gesellschaft ohne Bezug zur Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats über das Berichtsverlangen nur versucht, für ihn wichtige Informationen zu erlangen).

Was die gegenständliche Reichweite der Überwachungspflicht des Aufsichtsrats angeht, so besteht Einigkeit darüber, dass diese sich trotz der Formulierung in § 111 Abs. 1 AktG, der von der Geschäftsführung spricht, auf die gesamten Leitungsmaßnahmen des Vorstandes im Sinne von § 76 Abs. 1 AktG erstreckt. Gegenstand der Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats ist zunächst vor allem die Rechtmäßigkeit, die Ordnungsmäßigkeit und die Wirtschaftlichkeit sowie die Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung des Vorstands. Die Überwachungspflicht erstreckt sich im Rahmen ihrer auf die Zukunft gerichteten präventiven Funktion aber auch auf die Beratung mit dem Vorstand bzw. der Geschäftsführung.

Verletzt der Aufsichtsrat schuldhaft seine Überwachungspflicht, macht er sich gegenüber der Gesellschaft gem. §§ 116 S. 1, 93 AktG schadensersatzpflichtig.

## **II. ÜBERWACHUNGSPFLICHT UND CASH-POOLING INSBESONDERE**

Aus dem dargelegten Rahmen ergibt sich, dass sich die Pflichten des Aufsichtsrats auch auf die Frage der Ordnungsmäßigkeit eines Cash-Poolings erstrecken. Insofern lässt sich unterscheiden zwischen den Pflichten bei der Einrichtung eines solchen Systems und den Pflichten während seines Bestehens:

## 1. Einrichtung eines Cash-Poolings

Bezüglich der Einrichtung eines Cash-Poolings hat der Aufsichtsrat zu überprüfen, ob die geltenden Zulässigkeitsgrenzen eingehalten worden sind. Betroffen ist insoweit nicht nur der Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft, die an den Cash-Pool angeschlossen werden soll, sondern auch der Aufsichtsrat des Mutterunternehmens<sup>100</sup>. Auch der Aufsichtsrat des Mutterunternehmens hat deren Vorstand nämlich unter dem Aspekt der Rechtmäßigkeit der Unternehmensleitung zu überwachen. Die mit einem fehlerhaften Cash-Pooling verbundene Gefahr einer Haftung der Muttergesellschaft wegen unzulässigen Kapitalabzugs gegenüber der Tochtergesellschaft bzw. ggf. gegenüber den Gläubigern der Tochtergesellschaft nach den Grundsätzen des existenzvernichtenden Eingriffs ist derart schwerwiegend, dass sie eine Kontrolle des Vorstands ohne Weiteres veranlasst, zumal anerkannt ist, dass der Aufsichtsrat die Konzerngeschäftsführung auch dahin zu überwachen hat, dass diese durch die Art und Weise ihrer Einwirkung auf die abhängigen Gesellschaften für das herrschende Mutterunternehmen kein Haftungsrisiko begründet<sup>101</sup>.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich für den Aufsichtsrat sowohl des herrschenden als auch des abhängigen Unternehmens, hinsichtlich der Einrichtung eines Cash-Poolings einen Zustimmungsvorbehalt nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG zu setzen, damit der Aufsichtsrat die Einrichtung eines solchen Systems von der Einhaltung der vorstehend dargelegten Zulässigkeitsgrenzen abhängig machen kann. Wird dem Aufsichtsrat bekannt, dass der Vorstand im Begriff ist, ein Cash-Pooling einzurichten, wird sich im Regelfall die Pflicht ergeben, die Umsetzung dieses Vorhabens über einen ad hoc gesetzten Zustimmungsvorbehalt von seiner Zustimmung abhängig zu machen und damit präventiv die Geschäftsführung zu kontrollieren<sup>102</sup> sowie die konkrete Ausgestaltung des Cash-Poolings mit dem Vorstand bzw. der Geschäftsführung zu beraten. Verweigert der Aufsichtsrat dann seine Zustimmung zur Einrichtung eines Cash-Poolings, darf dieses nicht eingerichtet werden. Beabsichtigt der Vorstand bzw. die Geschäftsführung gleichwohl die Einrich-

100 Auch einzelne Maßnahmen können entgegen der scheinbar abweichenden Gesetzesfassung Gegenstand der Überwachung des Aufsichtsrats sein, vgl. nur *Köstler/Kittner/Zachert/Müller Aufsichtsratspraxis* Rn. 581.

101 *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats Rn. 144.

102 Zur Pflicht, ggf. einen Zustimmungsvorbehalt zu setzen, s. BGHZ 124, 111 = NJW 1994, 520; *Hoffmann-Becking* in MünchHdB AG § 29 Rn. 39; *Köstler/Kittner/Zachert/Müller Aufsichtsratspraxis* Rn. 646; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats Rn. 108; Theisen in *Potthoff/Trescher*, Das Aufsichtsratsmitglied Rn. 1279; *Kropff* in Semler/v. Schenck, *Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder* § 8 Rn. 42.

tung eines solchen Systems, kann der Aufsichtsrat namens der Gesellschaft Unterlassungsansprüche geltend machen, notfalls auch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes.

## **2. Überwachung eines bestehenden Cash-Poolings**

Ist ein Cash-Pooling bereits eingerichtet, trifft den Aufsichtsrat sowohl des herrschenden als auch des abhängigen Unternehmens die Pflicht zu überwachen, ob dieses eingerichtete System die Zulässigkeitsgrenzen einhält. Zu diesem Zweck kann der Aufsichtsrat vom Vorstand die Vorlage eines Berichts über die Ausgestaltung des Cash-Poolings nach § 90 Abs. 3 AktG verlangen. Stellt der Aufsichtsrat hierbei fest, dass die Zulässigkeitsgrenzen des Cash-Poolings nicht eingehalten worden sind, hat er den Vorstand bzw. die Geschäftsführung hierauf aufmerksam zu machen. Werden die Missstände auf diesen Hinweis hin gleichwohl nicht abgestellt, beispielsweise durch die Herbeiführung eines Beherrschungsvertrags, muss der Aufsichtsrat notfalls von seiner Personalkompetenz gem. § 84 Abs. 3 AktG Gebrauch machen und den Vorstand bzw. die Geschäftsführung aus wichtigem Grund abberufen. In diesem Zusammenhang kann es sich auch empfehlen, eine Hauptversammlung gem. § 111 Abs. 3 AktG (Wohl der Gesellschaft) einzuberufen, die Hauptversammlung entsprechend zu unterrichten und dem Vorstand nach § 84 Abs. 3 S. 2 AktG das Vertrauen entziehen zu lassen, wobei bei der Wahl dieses Vorgehens allerdings zu beachten ist, dass hinsichtlich des ggf. zu kündigenden Dienstvertrages des Vorstands für eine außerordentliche Kündigung nach § 626 Abs. 2 S. 1 BGB eine zweiwöchige Ausschlussfrist gilt. Die Möglichkeit, über einen Zustimmungsvorbehalt nach § 111 Abs. 4 AktG in dem Sinne vorzugehen, dass der Aufsichtsrat die Nichtkündigung des Cash-Poolings von seiner Zustimmung abhängig macht (im Ergebnis als eine Fortführung des Vertrages nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats möglich sein soll) und damit den Vorstand mittelbar zur Kündigung des Cash-Poolings zwingt, besteht nicht. Denn ein solches Vorgehen liefe der Sache nach auf eine Maßnahme der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat hinaus, die diesem nach § 111 Abs. 4 S. 1 AktG nicht übertragen werden kann und einen Verstoß gegen die aktienrechtliche Zuständigkeitsverteilung darstellen würde.

Besteht ein ordnungsgemäß eingerichtetes Cash-Pooling, empfiehlt es sich, die Änderung dieses Systems mit einem Zustimmungsvorbehalt nach § 111 Abs. 4 AktG zu versehen.

### III. VERHALTENSPFLICHTEN EINZELNER AUFSICHTSRATS- MITGLIEDER

Ist ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied der Auffassung, dass ein bestehendes Cash-Pooling gegen zwingendes Recht verstößt, kann es gem. § 110 Abs. 1 AktG vom Aufsichtsratsvorsitzenden die Einberufung einer Aufsichtsratsitzung verlangen. Die Einberufung der Aufsichtsratsitzung muss unverzüglich erfolgen, die Sitzung selbst muss binnen zwei Wochen nach der Einberufung stattfinden. Wird diesem Verlangen nicht entsprochen, kann das Aufsichtsratsmitglied nach § 110 Abs. 2 AktG unter Mitteilung des Sachverhalts und der Angabe der Tagesordnung selbst eine Aufsichtsratsitzung einberufen.

Um sich selbst ein Bild von einem bestehenden Cash-Pooling zu machen, kann das einzelne Aufsichtsratsmitglied nach § 90 Abs. 3 S. 2 AktG vom Vorstand bzw. der Geschäftsführung einen Bericht hierüber verlangen, allerdings nicht an sich persönlich, sondern nur an den Aufsichtsrat; hierauf wurde bereits hingewiesen.

Ist das einzelne Aufsichtsratsmitglied der Auffassung, der Aufsichtsrat habe einen Zustimmungsvorbehalt gegen ein anstehendes Cash-Pooling zu setzen oder Maßnahmen wegen eines unzulässigen Cash-Poolings einzuleiten, kommt hierzu jedoch im Aufsichtsrat kein Beschluss nach § 108 AktG zu Stande, ist das einzelne Aufsichtsratsmitglied hieran grundsätzlich gebunden. Es kann jedoch versuchen, im Wege der gegen die durch den Vorstand (nicht: den Aufsichtsrat) vertretene Gesellschaft<sup>103</sup> gerichteten Feststellungsklage gem. § 256 ZPO die Rechtswidrigkeit des gefassten Aufsichtsratsbeschlusses über das Nichteinschreiten des Aufsichtsrats gerichtlich feststellen zu lassen. Ein Recht, anstelle des Gesamtaufichtsrats tätig zu werden, hat das einzelne Aufsichtsratsmitglied nach zutreffender Auffassung<sup>104</sup> nicht.

103 BGHZ 122, 342, 345 = NJW 1993, 2307; für eine Vertretung der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat analog § 112 AktG *Lutter/Krieger* Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats Rn. 707, 709.

104 Für »Ausnahmefälle« ein solches Recht erwägend *Lutter/Krieger* Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats Rn. 710.



## H. ZUSAMMENFASSUNG DER WICHTIGSTEN ERGEBNISSE

---

1. Das Cash-Pooling führt im Zusammenhang mit der Gründung von Kapitalgesellschaften zu erheblichen Problemen, weil nach dem Recht der Kapitalaufbringung die zu leistende Einlage zur endgültigen freien Verfügung des Vorstands bzw. der Geschäftsführung erbracht werden muss und dies einer Einbeziehung der Einlagemittel in den Cash-Pool entgegensteht. Unproblematisch erscheint lediglich die über einen Umweg mögliche Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln.
2. Nach der neueren, inhaltlich allerdings nicht völlig zweifelsfreien Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind Darlehen einer GmbH zu Lasten des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens an einen Gesellschafter oder einen ihm gleichzustellenden Dritten unzulässig. Diese Mittel dürfen, weil die für den BGH maßgebenden Gründe für dieses Verbot auch hier einschlägig sind, von der Gesellschaft deshalb auch nicht in einen Cash-Pool eingezahlt werden. Im Aktienrecht wird die dort deutlich weiterreichende Kapitalbindung, die an sich jede Auszahlung von Vermögen der Aktiengesellschaft an einen Aktionär oder einen ihm gleichzustellenden Dritten verbietet, durch das System der §§ 311 ff. AktG überlagert. Dies bedeutet, dass dann, wenn die durch die Teilnahme an einem Cash-Pooling entstehenden Nachteile im Sinne von § 311 Abs. 1 AktG ausgeglichen werden, Liquidität auch ohne Sicherheitsleistung in den Cash-Pool eingezahlt werden darf. Hiervon unberührt bleibt jedoch die Pflicht des Vorstands, je nach Lage des Einzelfalls auf die Stellung von Sicherheiten zu bestehen oder das Cash-Pool-Verhältnis aus wichtigem Grund zu kündigen.
3. Bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrags werden die Kapitalerhaltungsvorschriften außer Kraft gesetzt, soweit die Teilnahme am Cash-Pooling auf eine Weisung des herrschenden Unternehmens zurückgeht. Dies bedeutet, dass die Grundsätze der Kapitalerhaltung einem Cash-Pooling in diesem Falle weder im GmbH- noch im Aktienrecht entgegenstehen. Ob in der Krise des herrschenden Unternehmens eine Kündigung des Beherrschungsvertrags oder sonstige Maßnahmen notwendig sind, ist eine Frage des Einzelfalls. Das Vorliegen eines isolierten Gewinnabführungsvertrages lässt demgegenüber die Kapitalerhaltungsvorschriften sowohl in GmbH- als auch im Aktienrecht unberührt.
4. Vom Vorstand und der Geschäftsführung im Falle der Krise zu berücksichtigen sind die Grundsätze des Kapitalersatzrechts und des Finanzplankredits. Sie kön-

nen aus Sicht der abhängigen Gesellschaft zur Unzulässigkeit der Rückführung eines über den Cash-Pool bezogenen Darlehens und im Verstoßfalle zur Haftung der Vorstands- bzw. Geschäftsführungsmitglieder persönlich führen und aus Sicht eines herrschenden Unternehmens das Risiko eines Cash-Poolings signifikant erhöhen, weil sie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht nur bereits gewährte Mittel binden, sondern auch die Beendigung eines Finanzplanverhältnisses verbieten.

5. Die Grundsätze der neueren Rechtsprechung zum existenzvernichtenden Eingriff gelten sowohl in GmbH- als auch im Aktienrecht. Aus ihnen ergeben sich hinsichtlich der abhängigen Kapitalgesellschaft nach der hier vertretenen Auffassung insbesondere folgende Pflichten:
  - Schriftform des dem Cash-Pooling zu Grunde liegenden Vertrages;
  - Sicherstellung des jederzeitigen Überblicks über die finanzielle Situation der Gesellschaft durch Vorstand bzw. Geschäftsführer und Dokumentation;
  - Installierung eines Frühwarnsystems und Kündigungsmöglichkeiten;
  - Begrenzung der aus dem Cash-Pool abrufbaren Mittel auf Maximalbeträge;
  - Sicherstellung der durch das Kapitalerhaltungsrecht gezogenen Grenzen;
  - Verbleiben eines Mindestmaßes betriebsnotwendiger Liquidität bei der Kapitalgesellschaft;
  - Aufrechterhaltung eigener Bankkontakte und Kreditlinien der Kapitalgesellschaft;
  - Keine gesamtschuldnerische Haftung der am Cash-Pooling teilnehmenden Gesellschaften; Haftungsbegrenzung auf die Höhe der selbst entnommenen Mittel.
6. Die Überwachungspflicht des Aufsichtsrates erstreckt sich auch auf Cash-Pooling-Verhältnisse, und zwar sowohl aus Sicht des herrschenden als auch des abhängigen Unternehmens. Zur Sicherstellung der Einhaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen sollte der Aufsichtsrat für die Einrichtung eines Cash-Poolings einen Zustimmungsvorbehalt nach § 111 Abs. 4 AktG setzen; Entsprechendes gilt bezüglich der Änderung bestehender Cash-Pooling-Vereinbarungen. Unmittelbare Möglichkeiten, auf den Inhalt von Cash-Pooling-Vereinbarungen einzuwirken, hat der Aufsichtsrat nicht, er kann lediglich über seine Beratungsfunktion versuchen, hierauf einzuwirken. Rechtswidrigen Vereinbarungen muss er, wenn der Vorstand auf entsprechende Hinweise nicht reagiert, ggf. über seine Personalkompetenz entgegenwirken und den Vorstand aus wichtigem Grund abberufen.



## AUSGEWÄHLTE LITERATUR

---

- Burgard*, Cash-Pooling und Existenzgefährdung, in Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2002, 2003, S. 45 ff.
- Cahn*, Das richterrechtliche Verbot der Kreditvergabe an Gesellschafter und seine Folgen, Konzern 2004, 235 ff.
- Habersack/Schürnbrand*, Cash-Management und Sicherheitenbestellung bei AG und GmbH im Lichte des richterrechtlichen Verbots der Kreditvergabe an Gesellschafter, NZG 2004, 689 ff.
- Henze*, Gesichtspunkte des Kapitalerhaltungsgebotes und seiner Ergänzung im Kapitalgesellschaftsrecht in der Rechtsprechung des BGH, NZG 2003, 649 ff.
- ders.*, Reichweite und Grenzen des aktienrechtlichen Grundsatzes der Vermögensbindung – Ergänzung durch die Rechtsprechung zum Existenz vernichtenden Eingriff?, AG 2004, 405 ff.
- Reidenbach*, Cash-Pooling und Kapitalerhalt nach neuer höchstrichterlicher Rechtsprechung, WM 2004, 1421 ff.
- Vetter*, Rechtliche Grenzen und praktische Ausgestaltung von Cash-Management-Systemen, in Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2002, 2003, S. 69 ff.
- ders./Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash-Pooling, 2003
- ders.*, Darlehen der GmbH an ihren Gesellschafter und Erhaltung des Stammkapitals, BB 2004, 1509 ff.



*Achim Sollanek*

# **Cash-Management- Systeme**

**Eine betriebswirtschaftliche  
Darstellung  
(Inhalt, Aufbau, Risiken)**



# 1. PROBLEMSTELLUNG

---

Die Liquidität ist die Bereitschaft eines Unternehmens seinen bestehenden Zahlungsverpflichtungen nachzukommen. Sie stellt eine Existenzbedingung dar, die jederzeit – auch kurzfristig – gesichert sein muss, da Illiquidität unweigerlich die Insolvenz einer Unternehmung herbeiführt. Zu diesem Zweck ist also jederzeit ein ausreichender Bestand an Zahlungsmitteln (Cash) vorzuhalten. Problematisch ist jedoch, dass diese Zahlungsmittel auf Geschäftskonten bei Banken meist keine oder nur eine geringe Verzinsung erzielen, was gegenläufig zu den Renditezielen einer Unternehmung ist. Auf längere Zeit fest angelegt, oder an anderer Stelle im Unternehmen investiert, könnten diese Finanzmittel weitaus höhere Erträge erwirtschaften.

Folglich ist ein Unternehmen bestrebt zu keinem Zeitpunkt mehr Liquidität als notwendig vorzuhalten. Werden andererseits, z. B. im Falle vorübergehender Liquiditätsengpässe oder zur Finanzierung von Investitionen Geldmittel benötigt, ist üblicherweise, gemessen an den Guthabenzinsen, ein deutlich höherer Zinssatz an die Banken oder andere Fremdkapitalgeber zu entrichten. Darum werden in Unternehmen stets Liquiditätsplanungen vorgenommen, die dem Zweck dienen die Zahlungsfähigkeit aufrecht zu halten, Kreditinanspruchnahmen zu minimieren und Zahlungsmittelüberschüsse möglichst ertragbringend anzulegen.

Geht man davon aus, dass mehrere Unternehmen in einem Konzern miteinander verbunden sind und jedes dieser Unternehmen eigene Bankverbindungen unterhält, müssen weitere Faktoren in die Überlegung mit einbezogen werden. Weist der Cash-Bestand des einen Unternehmens ein Defizit aus, während ein anderes Konzernunternehmen einen positiven Saldo ausweist, so liegt es nahe, dass diese beiden Unternehmen ihre Zahlungsmittelbestände ausgleichen. Zu diesem Zweck werden in Konzernen sog. Cash-Management-Systeme (CMS) eingesetzt. Sie dienen der Zentralisierung der Zahlungsmittelbestände bei einem Unternehmen sowie dem Ausgleich von Zahlungsmittelüberschüssen und -defiziten zwischen mehreren verbundenen Unternehmen mit dem Ziel die Kosten für die Fremdkapitalfinanzierung zu senken. Insbesondere mit dem Einsatz moderner Informationstechnologien sowie der Einführung des Euro haben sich CMS in grenzüberschreitenden Konzernen fest etabliert. Es ist davon auszugehen, dass CMS auch in mittelständischen Konzernen zunehmende Bedeutung erlangen.

In der jüngeren Vergangenheit hat sich jedoch gezeigt, dass diese Systeme auch wirtschaftliche und rechtliche Risiken beinhalten können. Wirtschaftliche Risiken

können vor allem dann entstehen, wenn an dem Cash-Management-System Unternehmen beteiligt sind, die sich in einer Krisensituation befinden und denen die Zahlungsunfähigkeit droht.

Die vorliegende Arbeitshilfe soll daher zum einen die verschiedenen Varianten und Ausgestaltungen der heute eingesetzten CMS aus betriebswirtschaftlicher Sicht vorstellen und gleichzeitig deren Vorteile und Risiken aufzeigen. Darüber hinaus werden Informationen für ArbeitnehmervertreterInnen in Aufsichtsräten entsprechender Unternehmen zusammengetragen. Damit soll für diesen Personenkreis aufgezeigt werden, welche Faktoren zu beachten sind, sofern ein CMS bereits im Unternehmen eingesetzt wird oder der Einsatz geplant ist.

## 2. DIE LIQUIDITÄTSSTEUERUNG ALS BESTANDTEIL DER KONZERNSTEUERUNG

---

Wie bereits eingangs dargestellt, ist die Steuerung der Liquidität von zentraler Bedeutung für eine Unternehmung bzw. einen Konzern. Eine konzernweite, aktive Steuerung der Zahlungsmittel ist heutzutage nicht nur wichtig, um die Zahlungsfähigkeit aufrecht zu erhalten, sondern auch, weil sich hier Kostensenkungspotentiale (bedingt durch unterschiedliche Zinssätze für Guthaben und Kredite) innerhalb einer bestehenden Konzernstruktur realisieren lassen. Dies wirkt sich letztendlich positiv auf die Rentabilität aus.

### 2.1 DEFINITION: CASH-MANAGEMENT-SYSTEME

In der Literatur und in der Praxis wird der Begriff Cash-Management-System zur Bezeichnung unterschiedlicher Systeme verwendet. So werden CMS teilweise als Management Informationssysteme verstanden, deren Funktion sich allein auf die Darstellung eines aktuellen Kontenstandes über eine Unternehmensgruppe mit mehreren Bankverbindungen und Konten hinweg beschränkt.

Diese Informationsfunktion erfüllen CMS in dem hier verstandenen Sinne zwangsläufig auch. Ihre eigentliche Bedeutung geht hierüber jedoch hinaus. Als CMS werden hier solche Systeme bezeichnet, die mit dem Ziel der Zinsoptimierung bei gleichzeitiger Wahrung der Liquidität innerhalb eines Konzerns die Finanzkonten ganz oder teilweise zusammenführen. Die Zusammenführung kann hierbei durch

- die Aufrechnung von Forderungen und Verbindlichkeiten am CMS beteiligter Unternehmen,
- die physische Übertragung sämtlicher Zahlungsmittel auf ein zentrales Konto,
- oder die fiktive Zusammenfassung sämtlicher Kontensalden, mit dem Ziel einheitliche Sätze für Soll- oder Habenzinsen für einen Konzern zu ermitteln, erfolgen. Die Verfahren werden unter Gliederungspunkt 3 detailliert vorgestellt.

## 2.2 ZIELE UND AUFGABEN VON CASH-MANAGEMENT-SYSTEMEN

Oberziel des Cash-Managements ist die aktive Steuerung der Liquidität eines Konzerns, um die konzernweiten Kosten der Liquiditätsfinanzierung zu minimieren. Zu diesem Zweck findet im Rahmen des Cash-Managements eine Zusammenfassung der konzernweiten Zahlungsmittelbestände statt.

Als weitere Ziele von CMS gelten

- die Sicherung der jederzeitigen Zahlungsfähigkeit der beteiligten Konzernunternehmen,
- die Optimierung der Währungspositionen (Vermeiden von Risiken, Nutzen von Chancen) sowie
- die Maximierung der Geldanlageerlöse.

Darüber hinaus verbessert sich im Falle konzernweiter Überschüsse bzw. Defizite die Verhandlungsbasis des gesamten Konzerns gegenüber den Kreditinstituten, da die Bündelung der Liquidität größere Kredit- bzw. Anlagevolumina erzeugt. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass Banken zum einen durch das Kreditwesengesetz verpflichtet sind, sich laufend über die wirtschaftliche Situation der Unternehmen zu informieren. Ferner sieht Basel II eine umfassende interne Prüfung der Unternehmen vor, die Kredite beantragen, wobei vor allem die Informations-, Planungs- und Steuerungssysteme der Unternehmen und hierbei vor allem die Liquiditätsplanung und -überwachung von großer Bedeutung sind.

Die weiteren Aufgaben von CMS gleichen weitestgehend denen einer Liquiditätsplanung, die wiederum Teil der allgemeinen Finanzplanung ist. So werden im Cash-Management

- die zu erwartenden Zu- und Abgänge an liquiden Mitteln unter Berücksichtigung der Entwicklung in den jeweiligen Währungen,
- die Gestaltung des Zahlungsverkehrs bezüglich Zahlungszielen bei Kunden und Lieferanten
- und die zinsoptimierte Anlage überschüssiger Mittel bzw. Aufnahme fehlender Mittel vorgenommen.

Die genaue Planung der Liquidität ist in diesem Zusammenhang besonders wichtig, da Zahlungsmittelbestände nur dann zu möglichst günstigen Konditionen zur Verfügung gestellt werden können, wenn der Bedarf frühzeitig bekannt ist.

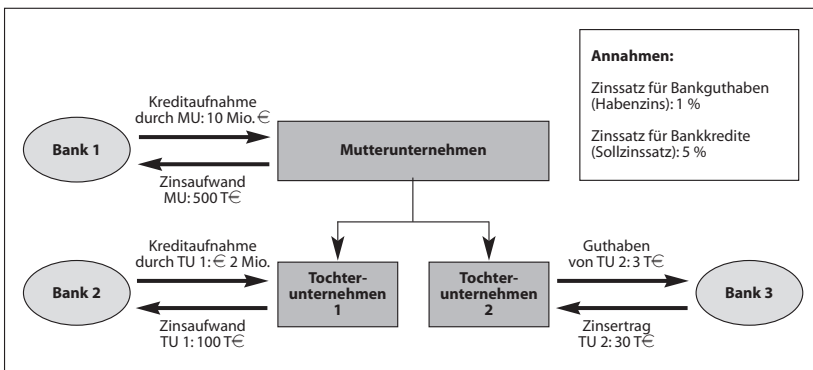
Gewissermaßen als »Nebeneffekt« deckt ein eingerichtetes CMS zudem auch einen Teil einer gesetzlichen Forderung ab. Das am 1. Mai 1998 in Kraft getretene Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) ver-



pflichtet Aktiengesellschaften zur Einführung von Risikomanagement-Systemen, die der frühzeitigen Erkennung unternehmensgefährdender Risiken dienen. Da, wie oben bereits angesprochen, die Liquidität eine Existenzbedingung für ein Unternehmen darstellt, ist ein geeignetes System zu implementieren, um das Risiko einer Zahlungsunfähigkeit adäquat abzudecken.

## 2.3 AUSGANGSBEISPIEL

Anhand eines einfachen Ausgangsbeispiels sollen die Auswirkungen eines CMS veranschaulicht werden. Wie bereits zuvor erwähnt, sind in der Praxis unterschiedliche Varianten des Cash-Managements anzutreffen, die im einzelnen unter Gliederungspunkt 3 erläutert werden. Das in diesem Abschnitt dargestellte Modell entspricht dem zentralisierten Cash-Pooling, das unter Gliederungspunkt 3.2 vorgestellt wird.



**Abbildung 1: Finanzierungskosten ohne CMS**

In dem Ausgangsbeispiel besteht der Konzern aus dem Mutterunternehmen und zwei Tochterunternehmen, die alle unabhängig voneinander Geschäftsbeziehungen zu Banken unterhalten, bei denen sie entweder ihre überschüssige Liquidität kurzfristig anlegen oder sich im Rahmen der Kreditfinanzierung (Kontokorrent) Liquidität beschaffen. Die Kosten, die sich für den gesamten Konzern aus dieser Art des (passiven) Cash-Managements ergeben, stellen sich wie folgt dar:

- Das Mutterunternehmen und das Tochterunternehmen 1 haben jeweils Kredite bei ihren Hausbanken (Bank 1 und 2) in Höhe von 10 Mio. € und 2 Mio. € auf-

genommen. Die Finanzierungskosten in Form von Zinsaufwand belaufen sich in Summe auf 600 T€.

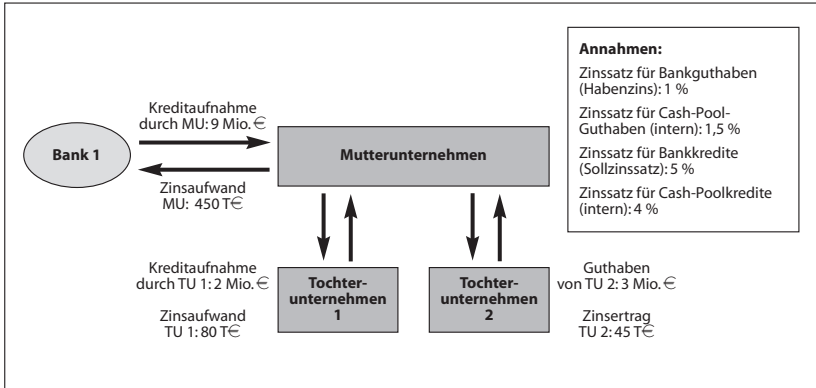
- Gleichzeitig hat das Tochterunternehmen 2 überschüssige Liquidität bei Bank 3 angelegt. Für sein Guthaben in Höhe von 3 Mio. € erhält das Unternehmen einen Zinsertrag von 30 T€.
- Fasst man nun die durch Geldanlage und Kreditaufnahme entstandenen Zinsaufwendungen und -erträge zusammen, so ergibt sich ein Konzernzinsergebnis von – 570 T€, wie Abb. 2 nochmals verdeutlicht:

	<b>Zins- erträge:</b>	<b>Zinsauf- wendungen:</b>
Mutterunternehmen:		– 500 T€
Tochterunternehmen 1:		– 100 T€
Tochterunternehmen 2:	30 T€	
<b>Zinserträge/-aufwendungen, gesamt:</b>	<b>30 T€</b>	<b>– 600 T€</b>
davon konzernintern:	0 €	0 €
<b>Konzernzinsergebnis:</b>	<b>– 570 T€</b>	

**Abbildung 2: Konzernergebnis zu dem Beispiel aus Abbildung 1**

Durch die Einführung eines CMS wird nun die Liquidität der Unternehmensgruppe gebündelt, d.h. die Liquiditätsüberschüsse der einen Unternehmung werden mit der Kreditaufnahme der anderen Unternehmung ausgeglichen bzw. verrechnet. Das Mutterunternehmen tritt in diesem Beispiel als sog. Pool Master auf, d.h. bei dem Hauptverrechnungskonto, über das sämtliche anderen Konten verrechnet werden, handelt es sich um das Geschäftskonto des Mutterunternehmens.

Das Mutterunternehmen zahlt an die Tochterunternehmen bei Geldanlage, genau wie die Hausbank, über die die Finanzierung zuvor lief, ebenfalls einen Habenzins und berechnet im Falle der Kreditvergabe an ein Tochterunternehmen ebenfalls Sollzinsen. Im vorliegenden Beispiel wird von einem konzerninternen Guthabenzins von 1,5 % (zuvor: 1 %) und einem Kreditzins von 4 % (zuvor: 5 %) ausgegangen. Die Höhe der konzerninternen Zinssätze ist für die Beurteilung der Vorteilhaftigkeit eines CMS aus Konzernsicht allerdings uninteressant. Entscheidend ist, dass sich, wie in diesem Beispiel der Finanzbedarf gegenüber Dritten (Banken) reduziert. Die Abbildung 3 veranschaulicht die Auswirkungen dieser Vorgehensweise.



**Abbildung 3: Finanzierungskosten mit CMS**

Das Konto des Mutterunternehmens wird nunmehr zum Hauptkonto des Cash-Pools, d.h. hier werden nun täglich sämtliche Konten der drei Unternehmen in der Form zusammengefasst, dass die Konten der beiden Tochterunternehmen jeweils auf € 0 ausgeglichen werden. Das bedeutet im vorliegenden Zahlenbeispiel, dass das Mutterunternehmen dem Tochterunternehmen 1 2 Mio. € zur Verfügung stellt und von Tochterunternehmen 2 die überschüssige Liquidität in Höhe von 3 Mio. € abzieht. Für das Mutterunternehmen, welches zuvor noch einen Liquiditätsbedarf von 10 Mio. € hatte, ergibt sich nun unter Berücksichtigung des Kontenausgleichs mit den beiden Tochterunternehmen ein Nettokapitalbedarf von nur 9 Mio. €. Diesen Kredit nimmt das Mutterunternehmen wie zuvor bei der Bank 1 zu marktüblichen Bedingungen auf. Im Ergebnis werden durch diese Form der Fremdfinanzierung aber noch 450 T€ an externen Kosten verursacht. Die Zinsforderungen und -zahlungen zwischen den beteiligten Unternehmen gleichen sich aus Konzernsicht gegeneinander aus. Es fließen also keine weiteren Gelder aus dem Konzern ab.

Abbildung 4 fasst diese Rechnung nochmals zusammen:

	<b>Zins- erträge:</b>	<b>Zinsauf- wendungen:</b>
Mutterunternehmen:	80 T€	- 495 T€
Tochterunternehmen 1:		- 80 T€
Tochterunternehmen 2:	45 T€	
Zinserträge/-aufwendungen, gesamt:	125 T€	- 575 T€
davon konzernintern:	125 T€	- 125 T€
<b>Konzernzinsergebnis:</b>	<b>- 450 T€</b>	

**Abbildung 4: Konzernergebnis zu dem Beispiel aus Abbildung 3**

Wie das Ausgangsbeispiel zeigt, ist aus finanzwirtschaftlicher Perspektive ein CMS grundsätzlich sinnvoll, da mit der Reduzierung des externen Kapitalbedarfs eine deutliche Reduzierung der Finanzierungskosten einhergeht.

## **2.4 ZUNEHMENDE BEDEUTUNG VON CASH-MANAGEMENT-SYSTEMEN IN KONZERNEN**

Die Bedeutung von CMS in Konzernen ist bereits hoch und wird vermutlich weiter zunehmen, da eine optimal gesteuerte Liquidität langfristig einen wesentlichen Wettbewerbsvorteil für ein Unternehmen darstellen kann. Eine Unternehmensgruppe, die ihre Liquidität aktiv managt wird langfristig ihre Kosten senken und so eine bessere Wettbewerbsposition einnehmen als Unternehmen, die auf Cash-Management verzichten und stattdessen für jedes Unternehmen innerhalb des Konzerns eigenständige Bankverbindungen aufrecht erhalten. Dieser Trend wird durch die Verbesserung der Informationstechnologien noch verstärkt. Es ist davon auszugehen, dass nahezu alle börsennotierten, multinational tätigen Konzerne in irgendeiner Form ein aktiv gemanagtes CMS implementiert haben. Da sowohl Banken als auch Softwarehäuser CMS als komplettes EDV-Tool anbieten wird auch für mittelständische Konzerne, die nicht über die entsprechenden personellen Ressourcen verfügen um ein Cash-Management selbst zu organisieren, der Schritt zur Implementierung des Cash-Managements im eigenen Konzern erleichtert. Es ist daher davon auszugehen, dass sich CMS auch in kleinen und mittelständischen Konzernen zunehmend verbreiten werden.

Die Einführung des Euro hat für europäische Konzerne, die in mehreren Mitgliedstaaten der EU Niederlassungen unterhalten oder Tochterunternehmen gegründet haben, das Cash-Management stark vereinfacht, da die Währungsrisiken ausgeschaltet wurden. Vor dem Hintergrund der ständigen EU – Erweiterung ist eine Implementierung eines CMS zudem sinnvoll, da der ebenfalls wachsende, gemeinsame Währungsraum Marktwachstumspotentiale eröffnet, die durch eine rasche Expansion in diese neuen Märkte realisiert werden können. Ein bereits installiertes CMS bedeutet an dieser Stelle einen klaren Wettbewerbsvorteil.

Vor dem Hintergrund einer zunehmenden Bedeutung von CMS ist es sinnvoll auch, die je nach Ausgestaltung, unterschiedlich hohen betriebswirtschaftlichen und juristischen Risiken zu berücksichtigen, auf die später eingegangen wird.

## **2.5 ZENTRALES UND DEZENTRALES CASH-MANAGEMENT**

Die Zusammenfassung der konzernweiten Liquidität kann auf unterschiedliche Art und Weise vorgenommen werden und im Grad ihrer Ausprägung stark variieren.

Grundsätzlich kann unterschieden werden zwischen solchen CMS, die sehr zentralisiert aufgebaut sind und solchen, die eher dezentral funktionieren. Unterschiede ergeben sich insbesondere durch die Anzahl der eingebunden Konzernunternehmen, die Anzahl der Banken und die Vorstufen, über die die Verdichtung stattfindet, aber auch den Grad der Zentralisierung der Liquiditätsplanung und -steuerung.

Eine logische Fortsetzung des Zentralisierungsgedankens ist die Einrichtung einer Payment Factory. Dabei handelt es sich um die zentrale Organisation sämtlicher Zahlungsvorgänge für die an das Cash-Management angeschlossenen Unternehmen, wodurch die optimale Koordination aller Zahlungsvorgänge ermöglicht wird. Diese Organisation erfordert gleichwohl den Einsatz stabiler Software, da riesige Datenmengen zu verarbeiten sind. Gleichzeitig verbessert sich jedoch die Qualität der Basisdaten für die Liquiditätsplanung, die für ein optimales Cash-Management, das auf die Realisierung sämtlicher Kostensenkungspotenziale abzielt, von zentraler Bedeutung ist. Anstatt eine Mehrzahl von verschiedenen Teilplanungen in einen Gesamtplan zu integrieren, was zwangsläufig zu Konflikten bei der Abstimmung der Teilpläne führt, kann auf die Ursprungsdaten zurückgegriffen werden um auf dieser Basis eine Gesamtplanung für den Konzern zu erstellen.

Vom Grundsatz her ist, wenn man auf eine optimale Ausschöpfung der finanzwirtschaftlichen Möglichkeiten abstellt, einem Modell der Vorzug zu geben, das

möglichst zentralisiert aufgebaut ist, da hier eine Konzentration auf wenige Einheiten stattfindet und zugleich größere Geldvolumina gebündelt werden können.

Praktische Probleme bzw. gesetzliche Vorschriften können allerdings den Grad der Dezentralisierung beschränken. So können in der Praxis möglicherweise solche Länder an einem gemeinsamen CMS nicht teilnehmen, deren Währungen nicht frei konvertierbar sind, oder die Kapitalausfuhrbeschränkungen unterliegen. Weiterhin weisen einige Länder besondere Belastungen auf. So müssen z. B. Ausländer (»non-residents«) in Österreich bei Kreditvereinbarungen eine 0,8 % - ige Rechtsgeschäftsgebühr bezahlen. Von solchen Fällen abgesehen ist allerdings davon auszugehen, dass zumindest in westlichen Industrienationen keine nennenswerten Beschränkungen hinsichtlich der Ausgestaltung von CMS bestehen dürften.

Aus den hier genannten Gründen werden in der Praxis Mischformen der verschiedenen Verfahren gebildet.

### 3. ARTEN VON CASH-MANAGEMENT-SYSTEMEN

Im Folgenden werden die drei gebräuchlichsten Varianten des Cash-Managements erläutert, die als

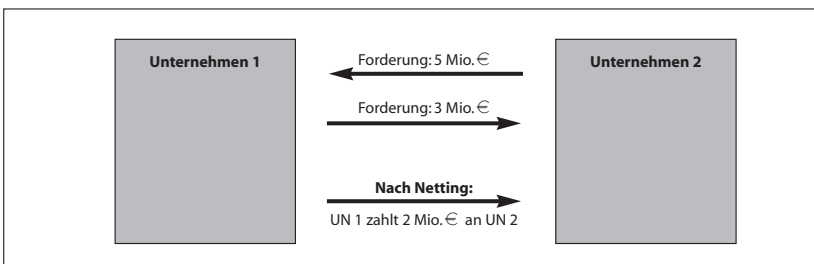
- Netting,
- Cash-Pooling und
- Notional Pooling

bezeichnet werden. Die Verfahren werden hier in ihrer jeweiligen Ursprungsform vorgestellt. Wie im vorangegangenen Abschnitt erläutert, werden bei der Umsetzung dieser Verfahren häufig Mischformen gebildet, da die jeweilige Konzernstruktur die Implementierung eines Standardverfahrens in Reinform gegebenenfalls nicht zweckmäßig erscheinen lässt oder sogar verbietet.

#### 3.1 NETTING

##### a) Wirkungsweise

Das Netting-Verfahren wird auch als »Clearing« oder »Konzernclearing« bezeichnet. Dieses Verfahren ist das einfachste CMS, da es sich lediglich um eine Aufrechnung von Forderungen und Verbindlichkeiten zwischen mehreren Unternehmen handelt. Wird das Netting zwischen Unternehmen in verschiedenen Staaten durchgeführt, so erfolgt zuvor noch die Umrechnung der zu verrechnenden Beträge in eine Basiswährung. Dabei können tagesaktuelle Wechselkurse oder zuvor intern festgelegte Kurse verwendet werden.



**Abbildung 5: Netting zwischen zwei verbundenen Unternehmen**

Der hauptsächliche Aufwand bei diesem Verfahren besteht in der Zusammenstellung der Daten aus den Buchhaltungen der beteiligten Unternehmen. Diese werden in eine so genannte Verrechnungsmatrix eingestellt, aus der sich danach die Nettoforderungen und -verbindlichkeiten ergeben. Die verbleibenden Spitzenbeträge (Restsalden) werden dann zu bestimmten, im voraus festgelegten Terminen über die Bankkonten ausgeglichen.

Der Kreis der beteiligten Unternehmen kann zudem um solche erweitert werden, die zwar nicht zum Konzern gehören, jedoch mit diesem in regelmäßigen Lieferbeziehungen stehen. In diesem Fall spricht man auch von »matching«. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass Abstimmungen mit Dritten bzw. konzernfremden Unternehmen grundsätzlich nicht mit der gleichen Qualität und Genauigkeit erfolgen können, wie mit Konzernunternehmen.

## **b) Auswirkungen in der Bilanz**

In der Bilanz der teilnehmenden Gesellschaften wirkt sich die gegenseitige Verrechnung der Forderungen und Verbindlichkeiten bilanzverkürzend aus. Bilanzverkürzung bedeutet, dass durch die Verrechnung von Forderungen mit Verbindlichkeiten gegenüber jeweils identischen verbundenen Unternehmen die Bilanzpositionen »Forderungen gegen verbundene Unternehmen« bzw. »Verbindlichkeiten gegenüber verbundenen Unternehmen« gekürzt wird. Weitere nennenswerte Auswirkungen auf die Bilanz ergeben sich nicht. Insbesondere werden die Konten mit den Zahlungsmittelbeständen nicht verändert, da ja, soweit die Salden verrechnet werden, keine Zahlungsmittel fließen.

## **c) Vorteile (+) und Nachteile (-)**

- + Der Vorteil des »Netting« Verfahrens besteht darin, dass die Transaktionskosten (Überweisungsgebühren etc.) reduziert werden, weil auch die Anzahl der Transaktionen sinkt. Darüber hinaus vermindert sich der Float (Gelder im Transfer) und die Zahlungen werden leichter planbar.
- + Zudem verfügt beim »Netting« jedes Konzernunternehmen, im Gegensatz zum physischen Cash-Pooling, nach wie vor über seine kompletten Geldbestände. Die mögliche Gefahr eines Übergreifens der Krise eines Unternehmens auf andere Unternehmen wird zumindest reduziert.
- Demgegenüber steht ein höherer Aufwand für die Abstimmung der Salden, die Verrechnung und die Abstimmung des Zahlungsausgleichs.

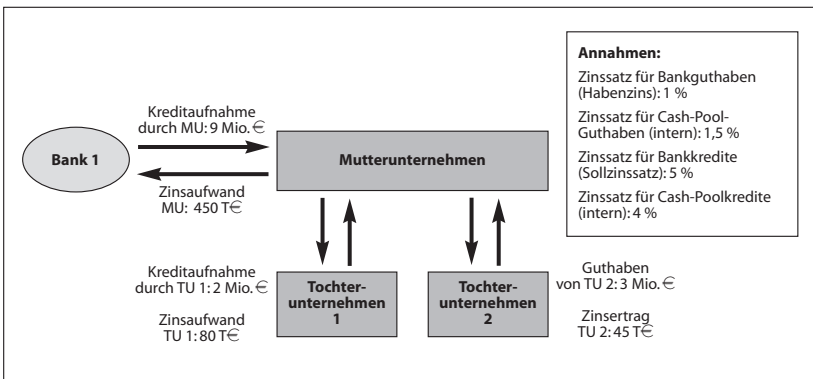


- Aus dem Umstand, dass sich »Netting« ausschließlich auf gegenseitige Forderungen und Verbindlichkeiten bezieht, folgt zudem, dass die in dem Eingangsbeispiel dargestellten Vorzüge (Zinersparnis) des CMS nur zu einem geringen Teil bzw. gar nicht realisiert werden können.

### 3.2 CASH-POOLING

#### a) Wirkungsweise

Das (physische) Cash-Pooling – Verfahren entspricht weitgehend dem im Beispiel unter Gliederungspunkt 2.3 erläuterten Vorgehen (vgl. auch Abb. 6) und stellt das in der Praxis am häufigsten angewandte Konzept dar.



**Abbildung 6: Cash-Pooling**

Beim Cash-Pooling verpflichten sich die teilnehmenden Gesellschaften ihre Guthaben auf den Cash-Pool zu übertragen. Der Cash-Pool wiederum (bzw. die Betreibergesellschaft) verpflichtet sich, den Liquiditätsbedarf der beteiligten Gesellschaften zu befriedigen.<sup>1</sup>

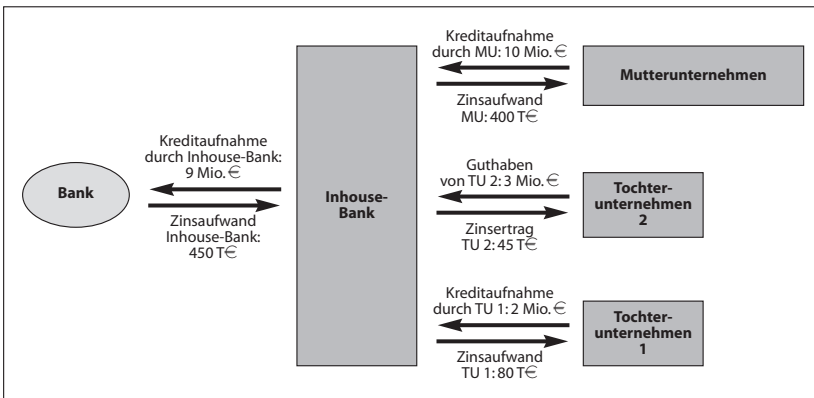
Die Konten der Tochterunternehmen werden folglich auf Null verrechnet, d.h. entweder »abgeräumt« oder »aufgefüllt«. Dieser Vorgang wird auch als Zero-Balancing-Approach bezeichnet. Es kann jedoch im Rahmen des so genannten Target Cash-Pooling, das auch als Conditional Balancing bezeichnet wird, ein Mindestbestand für einzelne Konten festgelegt werden.

1 Zur Umsetzung des CMS bedarf es im Vorfeld gegenseitiger Verträge, in denen die Bedingungen für den Beitritt und die Teilnahme am CMS geregelt werden.

Dies alles geschieht von einem Hauptkonto aus, das beim Mutterunternehmen des Konzerns angesiedelt ist. Alternativ zur Konzernmutter kann auch ein eigenständiges Unternehmen (z. B. eine konzerninterne Finanzierungsgesellschaft o. a.) den Cash-Pool der Gruppe verwalten. Dieses ist ebenfalls ein Tochterunternehmen der Konzernmutter und wird meist als Inhouse-Bank bezeichnet. Das Hauptkonto des Cash-Pools läuft auf den Namen der Inhouse-Bank, bei der es sich um keine Geschäftsbank handelt und die somit auch nicht den entsprechenden bankrechtlichen Auflagen unterliegt.

Die Inhouse-Bank übernimmt die Koordination des Cash-Pools und regelt auch die Beziehungen zu den Geschäftsbanken, bei denen die einzelnen Konzernunternehmen ihre jeweiligen Geschäftskonten unterhalten.

In internationalen Unternehmen wird auch dazu übergegangen in jedem Land, in dem mehrere Tochterunternehmen ansässig sind jeweils eine Inhouse-Bank zu gründen. Diese regionalen Inhouse-Banken übernehmen das sog. Cash Concentrating, was bedeutet, dass auf Landesebene auf ein Hauptkonto verrechnet wird, und dieses dann anschließend auf das Konzernhauptkonto verrechnet wird. Dieses Verfahren ist in Abbildung 7 (allerdings nur mit einer einzelnen Inhouse-Bank) schematisch dargestellt.



**Abbildung 7: Cash-Management-System mit Inhouse-Bank**

Die Geschäftskonten der Tochterunternehmen werden beim Cash-Pooling als Unterkonten des Hauptkontos geführt. Ziel ist es bei diesen globalen Cash-Pooling-Systemen die täglichen Euro Positionen der teilnehmenden Gesellschaften auf einem Konto zu konzentrieren.

Soweit neben dem Euro auch andere Währungen am Cash-Pooling beteiligt werden sollen, stehen hierfür grundsätzlich zwei Möglichkeiten zur Verfügung. Beim sogenannten »single-currency-pools« wird für jede Währung ein eigener Pool eingerichtet, d.h. es kommt nicht zu einer Umrechnung der verschiedenen Währungen zu in eine Basiswährung. Im Gegensatz dazu werden beim »cross-currency-pooling« die unterschiedlichen Währungen fiktiv in eine Basiswährung (z. B. Euro) umgerechnet.

## **b) Auswirkungen auf die Bilanz**

In den Bilanzen der teilnehmenden Gesellschaften ergeben sich mehrere Auswirkungen. Zum einen können sich durch die Verrechnung der Forderungen und Verbindlichkeiten zwischen den teilnehmenden Gesellschaften die bereits unter 3.1. beschriebenen Auswirkungen ergeben, da eine vorherige Verrechnung der Salden dem anschließenden physischen Cash-Pooling nicht entgegensteht.

Soweit nun die einzelnen Unternehmen ihre überschüssige Liquidität an den Cash-Pool abführen oder von dort Geld erhalten, erfolgt eine Umbuchung der Cash Bestände in »Forderungen gegen verbundene Unternehmen« bzw. »Verbindlichkeiten gegenüber verbundenen Unternehmen«, soweit negative Zahlungsmittelbestände ausgeglichen werden.

## **c) Vorteile (+) und Nachteile (-)**

- + Durch die physische Zusammenführung der Geldbestände können die oben geschilderten Vorteile bzw. die verbesserte Verhandlungsposition gegenüber Kreditinstituten durch die Realisierung größerer Volumina, und die damit günstigeren Kredit- und Anlagekonditionen in vollem Umfang realisiert werden.
- + Auch die oben erläuterten Vorteile durch eine starke Zentralisation lassen sich beim physischen Cash-Pooling umsetzen.
- Da sämtliche Zahlungsmittelbestände im Cash-Pool gebündelt werden bzw. von dort Zahlungsmittel konzernintern ausgeliehen werden, geht das Kreditausfallrisiko auf den Cash-Pool über. Da hierdurch gegebenenfalls der Cash-Pool zahlungsunfähig werden kann, geht das Ausfallrisiko auch auf diejenigen Unternehmen über, die Forderungen gegenüber dem Cash-Pool haben.
- Durch die Vielzahl der Bankbewegungen können die Transaktionskosten steigen.

### 3.3 NOTIONAL POOLING

#### a) Wirkungsweise

Die Vorgehensweise des National Pooling (auch virtuelles Cash-Pooling genannt) ist der beim physischen Cash-Pooling ähnlich. Allerdings werden die verschiedenen Kontensalden der zu einer Unternehmensgruppe gehörenden Gesellschaften auf einem Konto nur fiktiv zusammengefasst, d.h. es wird auf eine tatsächliche Überweisung von Geldbeträgen verzichtet. Auf der Basis diese künstlich erzeugten Saldos werden die Soll- und Habenzinssätze für die einzelnen Banksalden bemessen.

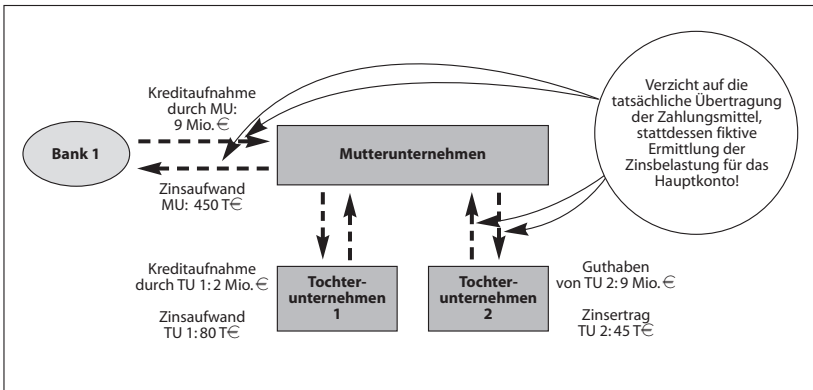
Um die Konzernunternehmen an den Vorteilen des Cash-Pools partizipieren zu lassen, werden zwei Ausgestaltungsmöglichkeiten unterschieden:

- das Zinskompensationsmodell
- und das Zinsoptimierungsmodell.

Das **Kompensationsmodell** sieht vor, dass den teilnehmenden Tochterunternehmen weiterhin die üblichen Soll- und Haben Zinssätze berechnet werden. Der Ausgleich erfolgt dadurch, dass die Bank der Gesellschaft, die den Cash-Pool führt, eine Gutschrift für die optimierte Verzinsung erteilt. Möglich ist, dass diese Gesellschaft dann diesen Vorteil nach einem Schlüssel auf die übrigen teilnehmenden Gesellschaften weitergibt.

Das **Optimierungsmodell** hingegen beinhaltet eine direkte Beteiligung aller Unternehmen an den Vorteilen des Cash-Poolings. Soweit sich im Rahmen des fiktiven Cash-Poolings Soll und Haben Salden ausgleichen erfolgt hier eine Anpassung des Zinssatzes durch die Bank insoweit, als die Habenzinssätze höher und die Sollzinssätze niedriger als vorher angesetzt werden. Die verbleibenden Spitzenbeträge werden zu marktüblichen Zinssätzen verzinst.

Diese Vorgehensweise ist in Abbildung 8 nochmals schematisch dargestellt.



**Abbildung 8: Notional Pooling (am Bsp. des zentralisierten CMS)**

Wie bereits oben erläutert wurde empfiehlt sich der Einsatz des Notional Pooling in den Fällen in denen ausländische Tochtergesellschaften am Cash-Management teilnehmen, denen die rechtlichen Rahmenbedingungen in den jeweiligen Ländern aber die Teilnahme an einem internationalen physischen Cash-Pooling nicht ermöglichen, da bspw. staatliche Genehmigungen zum Transfer von Zahlungsmitteln ins Ausland erst eingeholt werden müssen.

## **b) Auswirkungen auf die Bilanz**

Es ergeben sich durch das Notional Cash-Pooling keine besonderen Auswirkungen auf die Bilanzen der teilnehmenden Gesellschaften.

## **c) Vorteile (+) und Nachteile (-)**

- + Das Notional Cash-Pooling vermeidet die Übertragung des Ausfallrisikos auf den Cash-Pool bzw. die teilnehmenden Gesellschaften.
- + Es kommt zu einer Optimierung der Zinsbelastung im Konzern
- Dadurch, dass die Konten jedoch nur fiktiv zusammengefasst werden, das Ausfallrisiko auf Seiten der Bank höher ist als im Fall des »echten« physischen Cash-Poolings, ist der erzielbare Zinsvorteil dementsprechend auch geringer.



## 4. EXKURS: STEUERLICHE ASPEKTE VON CASH MANAGEMENT – SYSTEMEN

---

Hinsichtlich der steuerlichen Folgen der Implementierung von CMS sind aus inländischer Sicht insbesondere Auswirkungen hinsichtlich der

- Körperschaftsteuer
- Gewerbesteuer sowie
- sonstiger Steuern

zu beachten. Darüber hinaus können sich bei grenzüberschreitenden CMS zusätzliche Besteuerungstatbestände nach den jeweiligen landesspezifischen Gesetzen ergeben. Dabei ist im Folgenden davon auszugehen, dass durch reines »Netting« (vgl. 3.1) bzw. »Notional Pooling« (vgl. 3.3) – also den Varianten, bei denen es zu keinem Zahlungsfluss kommt – keine weiteren steuerlichen Folgen resultieren. Steuerliche Konsequenzen können aber aus dem Cash-Pooling resultieren, da hier durch die Übertragung der Geldbestände Rechtsbeziehungen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften (bzw. den beteiligten Pool-Gesellschaften) geschaffen werden.

### 4.1 KÖRPERSCHAFTSTEUER

Körperschaftsteuerliche Konsequenzen können sich beim CMS insbesondere durch sogenannte »verdeckte Gewinnausschüttungen« ergeben. Ein Spezialfall verdeckter Gewinnausschüttungen ist der Fall der Gesellschafter-Fremdfinanzierung gem. § 8a KStG.

#### 4.1.1 Verdeckte Gewinnausschüttungen

Durch das CMS gehen die Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber den Banken auf ein Konzernunternehmen, z. B. die Muttergesellschaft über. Sofern die Verzinsung hierfür nicht marktüblich ist, können verdeckte Gewinnausschüttungen vorliegen. Unter einer verdeckten Gewinnausschüttung versteht das Gesetz eine »Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Einkommens auswirkt und nicht auf einem den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften entsprechenden Gewinnverteilungsbeschluss beruht« (A 31 Abs. 3 S. 1 KStR). Steuerlich werden die ver-

deckten Gewinnausschüttungen dem Gewinn der betreffenden Gesellschaft wieder hinzugerechnet und somit der Besteuerung unterworfen.

**Beispiel:**

Ein Mutterunternehmen gewährt dem Tochterunternehmen ein Darlehen über 1 Mio. € zu einem Zinssatz von 10 % (100.000 € Zins pro Jahr). Der »marktübliche« Zinssatz, den das Tochterunternehmen bei einer Bank zahlen müsste, beträgt zur gleichen Zeit ca. 6 % (60.000 €). Es ist davon auszugehen, dass der überhöhte Zinssatz den die Tochtergesellschaft bezahlt, durch das Gesellschafterverhältnis veranlasst ist, da die Tochtergesellschaft ansonsten das Darlehen zu einem günstigeren Zinssatz auf dem Markt aufnehmen könnte. In Höhe von 40.000 € (100.000 € - 60.000 €) liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung vor, die dem Gewinn der Tochtergesellschaft hinzuzurechnen ist und der Körperschaftsteuer sowie der Gewerbebeertragsteuer unterliegt.

Eine »Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis« wird bereits dann vermutet, wenn eine Gesellschaft durch einen Gesellschafter beherrscht wird, und es an einer »zivilrechtlich wirksamen, klaren und im voraus abgeschlossenen Vereinbarung darüber fehlt, ob und in welcher Höhe ein Entgelt für eine Leistung des Gesellschafters zu zahlen ist« (R 31 Abs. 5 S. 1 KStR). Ein Unternehmen wird von einem Gesellschafter beherrscht, wenn dieser den Abschluss des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts »erzwingen« kann (R 31 Abs. 6 S. 1 KStR). Von dieser Möglichkeit ist stets bei Beteiligungen über 50 % auszugehen.

Als praktische Konsequenz lässt sich hieraus ableiten, dass bei der Einführung von CMS entsprechende Verträge innerhalb des Konzerns selbstverständlich im voraus abzuschließen sind und die Rechtsbeziehungen untereinander sowie die Höhe der Zinsen und übrigen Abrechnungsmodalitäten fixieren sollten.

Ferner ist darauf zu achten, dass die Modalitäten nicht nur schriftlich im voraus vereinbart werden, sondern darüber hinaus auch dem Fremdvergleich (»at-arms-length-principle«) standhalten, d.h. dass die vereinbarten Konditionen marktüblich sind.

Sind einem CMS auch ausländische Unternehmen angeschlossen ergibt sich eine weitere Verschärfung der Dokumentationspflichten, da der Gesetzgeber in § 90 Abs. 3 AO eine Regelung geschaffen hat, wonach der Steuerpflichtige Aufzeichnungen über Art und Inhalt seiner Geschäftsbeziehungen mit nahe stehenden Personen i. S. des Außensteuergesetzes zu erstellen hat. Die Aufzeichnungspflicht umfasst auch die »wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen für eine den Grundsatz



des Fremdvergleichs beachtende Vereinbarung von Preisen und anderen Geschäftsbedingungen mit den Nahestehenden«. Im Ergebnis müssen die betroffenen Gesellschaften somit nicht nur den Abschluss entsprechender Vereinbarungen im voraus nachweisen, sondern auch noch die Angemessenheit der Vergütungen belegen (die Beweislast trägt das Unternehmen). Verletzt der Steuerpflichtige diese Dokumentationspflichten sind die Finanzbehörden berechtigt, Schätzungen zulaasten des Steuerpflichtigen vorzunehmen.

Zudem können sich bei grenzüberschreitenden Cash-Pool Vereinbarungen weitere Besteuerungstatbestände aus dem Außensteuergesetz (AStG) ergeben, auf deren Darstellung hier aber aus Gründen der Übersichtlichkeit verzichtet wird.

#### **4.1.2 Gesellschafter-Fremdfinanzierung**

Ein in der Praxis häufig vorzufindender Spezialfall der verdeckten Gewinnausschüttungen sind die Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung in § 8a KStG. Im Kern besagt die Vorschrift, dass Zinszahlungen an einen wesentlich beteiligten Anteilseigner als verdeckte Gewinnausschüttungen gelten, soweit ein bestimmtes Verhältnis (1,5 : 1) zwischen Fremdkapital und anteiligem Eigenkapital überschritten ist und der Darlehensnehmer nicht nachweisen kann, dass er das Geld zu gleichen Konditionen auch von einem fremden Dritten (z. B. einer Bank) erhalten hätte. Die Folgen der verdeckten Gewinnausschüttungen treten in diesem Fall unabhängig davon ein, ob die Verzinsung des Darlehens im Übrigen marktüblich ist oder nicht.

Die vom Gesetzgeber vorgesehene Freigrenze von 250 T€, ab der erst die Folgen der verdeckten Gewinnausschüttung eintreten sollen, kann in größeren Konzernen allerdings schnell überschritten werden.

## **4.2 GEWERBESTEUER**

Neben den Folgen einer verdeckten Gewinnausschüttung, die auch der Gewerbesteuer unterliegt, können sich steuerliche Konsequenzen aus gewerbesteuerlichen Spezialvorschriften ergeben.

So sind dem Gewinn aus Gewerbebetrieb u. a. die Hälfte der Entgelte für Schulden hinzuzurechnen, die »nicht nur der vorübergehenden Stärkung des Betriebskapitals dienen« (sog. »Dauerschulden«, § 8 Nr. 1 GewStG). Eine nicht nur vorübergehende Stärkung des Betriebskapitals ist bei Kontokorrentschulden oder Schulden

mit wechselndem Bestand (wie sei beim Cash-Pooling ja typischerweise auftreten können) bereits insoweit anzunehmen, wie diese dem Unternehmen dauerhaft in Form eines Mindestbestandes zur Verfügung stehen. Zur Bemessung der Mindestschuld, die dem Unternehmen dauerhaft zur Verfügung steht, greift die Finanzverwaltung auf den Betrag zurück, der dem Unternehmen unter Außerachtlassen der niedrigsten auch positiven Kontensalden an sieben Tagen im Jahr mindestens zur Verfügung steht.

Refinanziert sich die inländische Muttergesellschaft (als Cash-Pool Betreiber) ihrerseits bei einer Bank gelten für sie die gleichen Regelungen zur Hinzurechnung von Dauerschuldzinsen. Es kann in diesen Fällen mithin zu einer doppelten Belastung mit Gewerbesteuern auf die (hälftigen) Dauerschuldzinsen kommen.

Diese Konsequenz kann nur durch das Konstrukt einer gewerbesteuerlichen Organschaft vermieden werden<sup>2</sup>, die im Regelfall bei Abschluss von Cash-Pool-Verträgen vorliegen sollte.

### **4.3 QUELLENSTEUER UND SONSTIGE STEUERN**

Da die am Cash-Pooling teilnehmenden Unternehmen nicht unter die aufsichtsrechtliche Definition eines Kreditinstitutes fallen, werden auf Zinszahlungen zwischen den Unternehmen keine Quellensteuern »Zinsabschlagsteuer« erhoben. Dies gilt auch bei Zinszahlungen an ausländische Pool-Unternehmen.

Im Gegensatz hierzu können allerdings im Ausland Quellensteuern auf Zinszahlungen ausländischer Pool-Unternehmen an inländische Mitgliedsunternehmen anfallen. Solche Quellensteuern sind im Inland unter bestimmten Voraussetzungen (zumindest teilweise) auf die inländische Körperschaftsteuer anrechenbar.

Zudem können in ausländischen Staaten zusätzlich weitere Verkehrssteuern auf den Geldfluss erhoben werden, wie z.B. die in Deutschland mittlerweile abgeschaffte Kapitalverkehrssteuer oder sonstige Registrierungs- und Stempelsteuern.

2 Eine Organschaft liegt vor, wenn ein Unternehmen finanziell in ein anderes Unternehmen eingegliedert ist und ein Ergebnisabführungsvertrag zwischen den beiden Unternehmen geschlossen wurde. Die Gewerbesteuerermess-beträge der in der Organschaft zusammengefassten Unternehmen werden beim Organträger zusammengerechnet. Die einzelnen Organgesellschaften geben keine separate Steuererklärung ab.

## 5. CHANCEN UND RISIKEN VON CASH-MANAGEMENT- SYSTEMEN

---

Zusammenfassend lassen sich die folgenden wesentlichen Chancen und Risiken für den Einsatz von CMS festhalten:

<b>Chancen:</b>	<b>Risiken:</b>
<ul style="list-style-type: none"><li>+ Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit aller beteiligten Unternehmen</li><li>+ Optimierung des Zinsergebnisses im Konzern</li><li>+ Kostensenkungspotential</li><li>+ Verbesserung der Liquiditätsplanung</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>– Wirtschaftliches Risiko durch Übernahme der Ausfallrisiken</li><li>– Gesellschaftsrechtliche und sonstige rechtliche Risiken</li><li>– Abgabe von Kompetenzen auf Ebene einzelner Gesellschaften</li><li>– Steuerliche Risiken</li></ul>

**Abbildung 9: Chancen und Risiken von CMS**

### **Chancen**

- Ein wesentlicher Vorteil von CMS liegt darin, dass hierdurch die jederzeitige Zahlungsfähigkeit aller Unternehmen, insbesondere der Unternehmen des Verbundes, die Zahlungsmittel benötigen, sichergestellt werden kann.
- Der Einsatz eines CMS kann konzernweit die Finanzierungskosten senken bzw. das Konzernzinsergebnis verbessern. Der Umfang der Ergebnisverbesserung hängt insbesondere davon ab, welche Art von CMS eingeführt wird und wie viele Unternehmen sich am CMS beteiligen. Der größte Effekt dürfte beim unter 3.2. beschriebenen Cash-Pooling erzielbar sein. Dies wird im Wesentlichen dadurch erreicht, dass durch die Bündelung von Liquidität bzw. die teilweise Übernahme des Kreditausfallrisikos innerhalb des Cash-Pools eine bessere Verhandlungsposition gegenüber Kreditinstituten erreicht wird.
- Neben einer Verbesserung des Zinsergebnisses kann ein CMS auch zur Reduzierung weiterer Kosten (z. B. Bankgebühren oder andere Transaktionskosten) führen. Dieser Effekt wird ebenfalls im Wesentlichen durch die Bündelung von Liquidität sowie die Konzentration auf einige wenige Banken erreicht.
- Für den Einsatz eines CMS spricht ferner die Tatsache, dass eine detaillierte Liquiditätsplanung aller teilnehmenden Gesellschaften als Basis vorhanden sein

muss. Die Liquiditätsplanung stellt zudem ein wichtiges Instrument zur Unternehmens- bzw. Konzernführung dar.

### **Risiken**

- Das größte Risiko, das aus einem CMS resultiert, liegt darin, dass der Cash-Pool zumindest beim Cash-Pooling (teilweise) das Ausfallrisiko der Banken übernimmt. Kommt es zu einer Krise eines teilnehmenden Unternehmens, kann die Forderung des Cash-Pools gegenüber diesem Unternehmen wertlos werden, wodurch sich die Krise auf den Cash-Pool ausweitet. Nachfolgend können die Forderungen der Unternehmen, die ihre Liquidität an den Cash-Pool abgeführt haben, ebenfalls (teilweise) wertlos werden.
- CMS beinhalten rechtliche Risiken in mehrfacher Hinsicht, auf die später noch detaillierter eingegangen wird. Insbesondere sei an dieser Stelle auf die gesellschaftsrechtlichen Risiken verwiesen, die entstehen können, wenn die Abführung der Liquidität als verbotene Stammkapitalrückzahlung gewertet wird. Daneben können rechtliche Beschränkungen (z. B. Beschränkung des Kapitalverkehrs in einigen Ländern) die Implementierung eines CMS erschweren.
- Ebenfalls nachteilig am CMS ist aus Sicht der teilnehmenden Konzerntöchter die (mögliche) Abgabe der Planungs- und Steuerungskompetenz bezüglich der Liquidität an eine zentrale Stelle im Konzern. Dies hängt davon ab, wie weit die Zentralisierung der Liquiditätssteuerung geht.
- Ein CMS kann steuerliche Risiken beinhalten, die insbesondere zu einer höheren Ertragsteuerbelastung (Körperschaftsteuer- und Gewerbesteuer) führen können. Zudem erfordern die deutschen Steuergesetze umfangreiche Dokumentationen zur Angemessenheit der vereinbarten Bedingungen wenn rechtliche Beziehungen mit nahestehenden ausländischen Unternehmen eingegangen werden.

## 6. CASH-MANAGEMENT-SYSTEME UND AUFSICHTSRÄTE

---

Häufig stehen Entscheidungen der Geschäftsführung bzw. eines Vorstandes zum Beitritt in ein CMS unter dem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates, so dass diese sich mit der Ausgestaltung des CMS vor dessen Einführung – gleichgültig ob beim Mutterunternehmen oder bei einem Tochterunternehmen – beschäftigen müssen. Auch nach Einführung des CMS sollten die Aufsichtsräte permanent Informationen hierüber von der Geschäftsleitung einfordern, um so die Risiken aus dem CMS (z. B. negative Entwicklung der Kreditwürdigkeit der beteiligten Unternehmen) jederzeit zu kontrollieren. So kann es unter Umständen sinnvoll sein, dem Vorstand aufzuerlegen, im Rahmen seiner generellen Informationspflichten nach § 90 AktG über das Cash-Management zu berichten.

Dabei sollten aus betriebswirtschaftlicher Sicht insbesondere die folgenden Punkte beachtet werden:

1. Zunächst sollten die wirtschaftsrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen des CMS geklärt und dokumentiert sein:
  - Warum und mit welchem Zweck soll das CMS eingesetzt werden?
  - Welche Form von CMS soll eingesetzt werden? (Cash-Pooling, Notional Pooling oder Netting)
  - Wie soll die jederzeitige Zahlungsfähigkeit des Cash-Pools sichergestellt werden?
  - Welche Kontrollmöglichkeiten hat das betreffende Unternehmen gegenüber dem Cash-Pool?
  - Wer entscheidet darüber welche Unternehmen in den Cash-Pool aufgenommen werden oder nicht?
  - Welches Unternehmen führt das Hauptkonto? (Konzernmutter, Inhouse-Bank)
  - Wer führt die Liquiditätsplanungen durch? (Mutter- oder Tochterunternehmen)
  - In welcher Form werden die ausländischen Konzernunternehmen in das CMS eingebunden?

Die Dokumentation dieser Punkte ist vor allem dann zu gewährleisten, wenn ausländische Unternehmen am CMS teilnehmen, da eine Prüfung der beabsichtigten Vereinbarungen hinsichtlich der länderspezifischen Regelungen anhand dieser Dokumentationen vorgenommen werden sollte.

2. Die Beziehungen der am CMS teilnehmenden Unternehmen sowie der Kreditinstitute, die die operative Abwicklung des CMS übernehmen, müssen durch schriftliche Verträge geregelt werden. Der Aufsichtsrat sollte diese Verträge genau prüfen oder zumindest über die Grundzüge der Vereinbarungen informiert sein. In diesem Zusammenhang sollten die folgenden Punkte hinterfragt werden:

- Wie viele Verträge werden insgesamt und mit welchen Unternehmen abgeschlossen?
- In welcher Sprache werden die Verträge abgefasst? Gibt es unklare Begrifflichkeiten, die eine genauere Definition erfordern?
- Welche Regelungen werden dort zur Verzinsung des Zielkontos getroffen? (Die Klärung ist insbesondere notwendig um einen Fremdvergleich mit unabhängigen Kreditinstituten durchführen zu können bzw. auch um sicherzustellen, dass den steuerlichen Anforderungen genügt wird)
- Welche Regelungen werden dort zur Höhe der Kreditlinien der teilnehmenden Unternehmen getroffen?
- Welche Regelungen bestehen zur Besicherung bzw. Absicherung konzerninterner Darlehen?
- Welche weiteren Garantien (z.B. Bürgschaften) müssen gegebenenfalls zu Gunsten des Cash-Pools oder externer Banken abgegeben werden?
- Welche Regelungen bestehen zur Laufzeit und Kündigung des Vertrages?
- Welche Konsequenzen ergeben sich u.U. bei Kündigung der CMS-Verträge
- falls die CMS-Verträge nicht den jederzeitigen Ausstieg aus dem CMS zugelassen: Welche Regelungen zum vorzeitigen Ausscheiden bzw. zur Kündigung aus wichtigem Grund bestehen? Es ist darauf zu achten, dass insbesondere in den folgenden Fällen ein sofortiger Ausstieg aus dem CMS möglich ist:
  - Insolvenz oder drohende Insolvenz eines beteiligten Unternehmens
  - Ausscheiden des beteiligten Unternehmens aus dem Konzernverbund
  - Die weitere Bedienung des Cash-Pools würde für die Geschäftsleitung eine Straftat darstellen (z. B. verbotene Stammkapitalrückzahlung)

**Beachte:** Vereinbarungen die den Ausstieg aus dem CMS erschweren oder verhindern, oder die keine Sicherheiten für den Fall eines Ungleichgewichts in der Kreditwürdigkeit der beteiligten Unternehmen vorsehen, sollten nicht unterschrieben werden!

3. Steuerliche Aspekte sind üblicherweise nicht die wichtigsten Gründe, aus denen ein CMS eingeführt oder abgelehnt wird. Dennoch sollten auch hier zumindest die folgenden Aspekte hinterfragt werden:
  - Durch wen wurden die steuerlichen Auswirkungen aus den CMS Verträgen geprüft und welche Ergebnisse haben sich hieraus ergeben?
  - Wer trägt die Risiken aus eventuellen steuerlichen Nachteilen (vgl. z.B. Gesellschafter-Fremdfinanzierung, verdeckte Gewinnausschüttung)?
4. Sollte das CMS durch eine Inhouse-Bank betrieben werden und diese auch den externen Zahlungsverkehr abwickeln, so muss mit dieser ein Geschäftsbesorgungsvertrag geschlossen werden. Hieraus können sich weitere Fragen ergeben:
  - Welche Vereinbarungen sieht der Geschäftsbesorgungsvertrag vor?
  - Sind die Konditionen branchenüblich, bzw. halten diese einem Fremdvergleich stand?





## QUELLENVERZEICHNIS

---

- Ammelung, U./Kaeser, C. (2003):* Cash-Management-Systeme in Konzernen, in: Deutsches Steuerrecht, Heft 16 2003, S. 655 – 660.
- Arentzen, U./Lörcher, U./Haderl, T. [Red.] (1997):* Gabler Wirtschaftslexikon, 14. Aufl., Wiesbaden 1997.
- Brealey, R. A./Myers, S. C. (2000):* Principles of Corporate Finance, 6. Aufl., Boston 2000.
- Ertl, M. (2000):* Finanzmanagement in der Unternehmenspraxis, 1. Aufl., München 2000.
- Fleischer, K. (1999):* Euro-Cash-Management Chancen für den Mittelstand, in: Creditreform, Wirtschafts- und Steuermagazin, Heft 9/99, S. 18 – 20.
- Goette, W. (2001):* AG/GmbH: »Qualifiziert faktische Konzernhaftung« – Zulässigkeit und Grenzen des Cash-Managements, in: Deutsches Steuerrecht, Heft 43 2001, S. 1853 – 1857.
- Hasselbach, K./Sieger, J. (1999):* Konzernfinanzierung durch Cash-Pools und Kapitalerhöhung, in: Betriebs-Berater, Heft 13 1999, S. 645 – 651.
- Hünerrwadel, A./Ruggle, P./Hess, M./Grunder, R. (2003):* Cash-Management unter Schweizer Recht, abrufbar unter: [www.wengerlaw.ch](http://www.wengerlaw.ch).
- Jäckle, J. (2000):* Cash-Management in einem multinationalen Unternehmen, in: Finanz-Betrieb, Heft 2/2000, S. 82 – 88.
- Jäckle, J. (2004):* Henkel: Cash-Management in Multinational Corporates, abrufbar unter: [www.trema.com](http://www.trema.com).
- Jäger, A. (2000):* Kapitalaufbringung und Haftungsrisiken in Cash-Management-Systemen von GmbH – Konzernen, in: Deutsches Steuerrecht, Heft 39 2003, S. 1653 – 1658.
- Lind, I. (2004):* Cash-Pool and Short Term Liquidity Management, abrufbar unter: [www.trema.com](http://www.trema.com).
- Oho, W./Eberbach, C. (2001):* Konzernfinanzierung durch Cash-Pooling, in: Der Betrieb, Heft 16 2001, S. 825 – 830.
- o.V. (I) (2004):* Effizientes Cash- und Liquiditätsmanagement, abrufbar unter: [www.firmenwissen.de](http://www.firmenwissen.de).
- o.V. (II) (2004):* The cross-border Multi-Currency Cash-Pooling-System, abrufbar unter: [www.mendesgans.nl](http://www.mendesgans.nl).

- o.V. (III) (2004): Dresdner Cash-Management, Dresdner Cash-Pooling, abrufbar unter: [www.beraterbank.de](http://www.beraterbank.de).
- o.V. (IV) (2004): ING BHF-Pooling, abrufbar unter: [www.businessnet.ing-bhf-bank.com](http://www.businessnet.ing-bhf-bank.com).
- o.V. (V) (2004): Cashmanagement, Cash-Pooling, abrufbar unter: [www.unternehmerinfo.de](http://www.unternehmerinfo.de).
- Perridon, L./Steiner, M. (2002): Finanzwirtschaft der Unternehmung, 11. Aufl., München 2002.*
- Schierenbeck, H. (1999): Grundzüge der Betriebswirtschaftslehre, 14. Aufl., München 1999.*
- Seidel, W. (2004): Cash-Pooling nur noch im Vertragskonzern?, in: Deutsches Steuerrecht, Heft 27 2004, S. 1130 – 1136.*
- Ullrich, N. (2002): Cash-Management und Abschied von der Haftung im »qualifiziert faktischen GmbH-Konzern«, in: Steuern und Bilanzen, Heft 6 2002, S. 310.*
- Zätzsch, J. (2001): Cash-Management im Konzern, abrufbar unter: [www.forumrecht.com](http://www.forumrecht.com).*

**In der edition der Hans-Böckler-Stiftung sind bisher erschienen:**

Nr.	Autor/Titel	€	Bestell-Nr.	ISBN-Nr.
50	<i>Peter Kalkowski/Matthias Helmer/ Otfried Mickler</i> <b>Telekommunikation im Aufbruch</b>	10,23	13050	3-935145-22-5
51	<i>Dunja M. Mohr</i> <b>Lost in Space: Die eigene wissen- schaftliche Verortung in und außerhalb von Institutionen</b>	14,32	13051	3-935145-23-3
53	<i>Wolfhard Kohte</i> <b>Störfallrecht und Betriebsverfassung</b>	10,23	13053	3-935145-25-X
54	<i>Manfred Deiß/Eckhard Heidlring</i> <b>Interessenvertretung und Expertenwissen</b>	13,29	13054	3-935145-28-4
55	<i>Herbert Bassarak/Uwe Dieter Steppuhn (Hrsg.)</i> <b>Angewandte Forschung und Entwicklung an Fachhochschulen in Bayern</b>	15,00	13055	3-935145-29-2
56	<i>Herbert Bassarak/Uwe Dieter Steppuhn (Hrsg.)</i> <b>Angewandte Forschung und Entwicklung an Fachhochschulen Sozialer Arbeit</b>	23,00	13056	3-935145-30-6
57	<i>Heide Pfarr (Hrsg.)</i> <b>Ein Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter in der Privatwirtschaft</b>	12,00	13057	3-935145-31-4
58	<i>Stefan Eitenmüller</i> <b>Reformoptionen für die gesetzliche Rentenversicherung</b>	15,00	13058	3-935145-32-2
59	<i>Bernd Kriegesmann/Marcus Kottmann</i> <b>Neue Wege für Personalanpassungen in der Chemischen Industrie</b>	10,00	13059	3-935145-33-0
60	<i>Hans-Böckler-Stiftung/DGB-Bundesvorstand</i> <b>Welthandelsorganisation und Sozialstandards</b>	7,00	13060	3-935145-34-9
61	<i>Renate Büttner/Johannes Kirsch</i> <b>Bündnisse für Arbeit im Betrieb</b>	11,00	13061	3-935145-35-7
62	<i>Elke Ahlers/Gudrun Trautwein-Kalms</i> <b>Entwicklung von Arbeit und Leistung in IT-Unternehmen</b>	9,00	13062	3-935145-36-5
63	<i>Thomas Fritz/Christoph Scherrer</i> <b>GATS 2000. Arbeitnehmerinteressen und die Liberalisierung des Dienstleistungshandels</b>	12,00	13063	3-935145-37-3
64	<i>Achim Truger/Rudolf Welzmüller</i> <b>Chancen der Währungsunion – koordinierte Politik für Beschäftigung und moderne Infrastruktur</b>	13,00	13064	3-935145-38-1
65	<i>Martin Sacher/Wolfgang Rudolph</i> <b>Innovation und Interessenvertretung in kleinen und mittleren Unternehmen</b>	19,00	13065	3-935145-39-X

Nr.	Autor/Titel	€	Bestell-Nr.	ISBN-Nr.
66	Volker Meinhardt/Ellen Kirner/ Markus Grabka/Ulrich Lohmann/Erika Schulz <b>Finanzielle Konsequenzen eines universellen Systems der gesetzlichen Alterssicherung</b>	12,00	13066	3-935145-40-3
67	Thomas Ebert <b>Langfrist-Arbeitszeitkonten und Sozialversicherung</b>	12,00	13067	3-935145-41-1
68	Jan Prieue unter Mitarbeit von Christoph Scheuplein und Karsten Schuldt <b>Ostdeutschland 2010 – Perspektiven der Innovationstätigkeit</b>	23,00	13068	3-935145-42-X
69	Sylke Bartmann/Karin Gille/Sebastian Haunss <b>Kollektives Handeln</b>	30,00	13069	3-935145-43-8
70	Bernhard Nagel <b>Mitbestimmung in öffentlichen Unter- nehmen mit privater Rechtsform und Demokratieprinzip</b>	12,00	13070	3-935145-44-6
72	Eva Kocher <b>Gesetzentwurf für eine Verbandsklage im Arbeitsrecht</b>	12,00	13072	3-935145-46-2
73	Hans-Böckler-Foundation (ed.) <b>Future Works</b>	10,00	13073	3-935145-47-0
74	Reinhard Schüssler/Claudia Funke <b>Vermögensbildung und Vermögensverteilung</b>	16,00	13074	3-935145-48-9
75	Ingrid Ostermann (Hrsg.) <b>Perspektive: GLOBAL! Inter-nationale Wissenschaftlerinnenkooperationen und Forschung</b>	20,00	13075	3-935145-49-7
76	Christine Schön <b>Betriebliche Gleichstellungspolitik</b>	12,00	13076	3-935145-50-0
77	Volker Korthäuer/Marius Tritsch <b>US-Cross-Border-Lease</b>	8,00	13077	3-935145-51-9
78	Jörg Towara <b>Tarifvertragliche Regelungen zur Teilzeitarbeit</b>	8,50	13078	3-935145-52-7
79	Anja Riemann <b>Auswertung und Darstellung gesetzlicher Bestimmungen zur Teilzeitarbeit</b>	8,00	13079	3-935145-53-5
80	Heide Pfarr/Elisabeth Vogelheim <b>Zur Chancengleichheit von Frauen und Männern im Bündnis für Arbeit, Ausbildung und Wettbewerbsfähigkeit</b>	12,00	13080	3-935145-56-X
81	Wilfried Kruse/Daniel Tech/Detlev Ullenbohm <b>Betriebliche Kompetenzentwicklung. 10 Fallstudien zu betrieblichen Vereinbarungen</b>	12,00	13081	3-935145-57-8

Nr.	Autor/Titel	€	Bestell-Nr.	ISBN-Nr.
82	<i>Stefan Bach/Bernd Bartholmai</i> <b>Perspektiven der Vermögensbesteuerung in Deutschland</b>	12,00	13082	3-935145-58-6
83	<i>Charlotte Wahler (Hrsg.)</i> <b>Forschen mit Geschlecht? Zwischen Macht und Ohnmacht: Frauen in der Wissenschaft</b>	20,00	13083	3-935145-59-4
84	<i>Henry Schäfer</i> <b>Sozial-ökologische Ratings am Kapitalmarkt</b>	16,00	13084	3-935145-60-8
85	<i>Maliszewski/Neumann</i> <b>Bündnisse für Arbeit – Best Practice aus Ländern und Regionen</b>	14,00	13085	3-935145-61-1
86	<i>Matthias Müller</i> <b>International Accounting Standards</b>	9,00	13086	3-935145-62-4
87	<i>Arno Prangenberg</i> <b>Grundzüge der Unternehmensbesteuerung</b>	8,00	13087	3-935145-63-2
88	<i>Klaus Jacobs/Jürgen Wasem</i> <b>Weiterentwicklung einer leistungsfähigen und solidarischen Krankenversicherung unter den Rahmenbedingungen der europäischen Integration</b>	12,00	13088	3-935145-64-0
89	<i>Thomas Schönwälder</i> <b>Begriffliche Konzeption und empirische Entwicklung der Lohnnebenkosten in der Bundesrepublik Deutschland – eine kritische Betrachtung</b>	25,00	13089	3-935145-65-9
90	<i>Helene Mayerhofer</i> Handbuch Fusionsmanagement <b>Personalpolitische Aufgaben im Rahmen von Fusionen</b>	10,00	13090	3-935145-66-7
91	<i>Helene Mayerhofer</i> Handbuch Fusionsmanagement <b>Fusionsbedingte Integration verschiedener Organisationen</b>	10,00	13091	3-935145-67-5
92	<i>Hans-Erich Müller</i> Handbuch Fusionsmanagement <b>Übernahme und Restrukturierung: Neuausrichtung der Unternehmensstrategie</b>	8,00	13092	3-935145-68-3
93	<i>Christian Timmreck</i> Handbuch Fusionsmanagement <b>Unternehmensbewertung bei Mergers &amp; Acquisitions</b>	10,00	13093	3-935145-69-1
94	<i>Volker Korthäuer, Manuela Aldenhoff</i> Handbuch Fusionsmanagement <b>Steuerliche Triebfedern für Unternehmensumstrukturierungen</b>	6,00	13094	3-935145-70-5
95	<i>Dieter Behrendt</i> <b>Ökologische Modernisierung: Erneuerbare Energien in Niedersachsen</b>	11,00	13095	3-935145-73-X

Nr.	Autor/Titel	€	Bestell-Nr.	ISBN-Nr.
96	<i>Uwe Wilkesmann/Ingolf Rascher</i> <b>Wissensmanagement – Analyse und Handlungsempfehlungen</b>	12,00	13096	3-935145-71-3
97	<i>Tanja Klenk/Frank Nullmeier</i> <b>Public Governance als Reformstrategie</b>	12,00	13097	3-935145-72-1
98	<i>Reiner Hoffmann/Otto Jacobi/Berndt Keller/ Manfred Weiss (eds.)</i> <b>European Integration as a Social Experiment in a Globalized World</b>	14,00	13098	3-935145-74-8
99	<i>Angelika Bucerius</i> <b>Alterssicherung in der Europäischen Union</b>	25,00	13099	3-935145-75-6
100	<i>Werner Killian/Karsten Schneider</i> <b>Die Personalvertretung auf dem Prüfstand</b>	12,00	13100	3-935145-76-4
101	<i>Nils Fröhlich/Jörg Huffschmid</i> <b>Der Finanzdienstleistungssektor in Deutschland</b>	15,00	13101	3-935145-77-2
102	<i>Susanne Felger/Angela Paul-Kohlhoff</i> <b>Human Resource Management</b>	15,00	13102	3-935145-78-0
103	<i>Paul Elshof</i> <b>Zukunft der Brauwirtschaft</b>	16,00	13103	3-935145-79-9
104	<i>Henry Schäfer/Philipp Lindenmayer</i> <b>Sozialkriterien im Nachhaltigkeitsrating</b>	19,00	13104	3-935145-80-2
107	<i>Axel Olaf Kern/Ernst Kistler/Florian Mamberer/ Ric Rene Unteutsch/Bianka Martolock/ Daniela Wörner</i> <b>Die Bestimmung des Leistungskataloges in der gesetzlichen Krankenversicherung</b>	18,00	13107	3-935145-84-5
108	<i>Dea Niebuhr/Heinz Rothgang/Jürgen Wasem/ Stefan Greß</i> <b>Die Bestimmung des Leistungskataloges in der gesetzlichen Krankenversicherung</b>	28,00	13108	3-935145-85-3
109	<i>Yasmine Chahed/Malte Kaub/Hans-Erich Müller</i> <b>Konzernsteuerung börsennotierter Aktiengesellschaften in Deutschland</b>	14,00	13109	3-935145-86-1
110	<i>Klaus Löbbe</i> <b>Die europäische Chemieindustrie</b>	25,00	13110	3-935145-87-X
111	<i>Friedrich Hauss/Dörthe Gatermann</i> <b>Die Erhöhung der Nutzerkompetenz von Krankenversicherten</b>	10,00	13111	3-935145-88-8
112	<i>Andreas Diettrich/Korinna Heimann/Rita Meyer</i> <b>Berufsausbildung im Kontext von Mobilität, interkulturellem Lernen und vernetzten Lernstrukturen</b>	16,00	13112	3-935145-89-6
113	<i>Uwe Fachinger, Anna Frankus</i> <b>Selbstständige im sozialen Abseits</b>	13,00	13113	3-935145-90-X
114	<i>Frank Havighorst</i> <b>Jahresabschluss von Krankenhäusern</b>	14,00	13114	3-935145-91-8
115	<i>Achim Sollanek</i> <b>Versicherungsbilanzen nach deutschem Handelsrecht</b>	10,00	13115	3-935145-92-6

Nr.	Autor/Titel	€	Bestell-Nr.	ISBN-Nr.
116	<i>Kuno Schedler/John Philipp Siegel</i> <b>Strategisches Management in Kommunen</b>	28,00	13116	3-935145-93-4
117	<i>Marita Körner</i> <b>Staatlich subventionierte private versorgung und Gleichbehandlungs- grundsatz</b>	Alters- 10,00	13117	3-935145-94-2
119	<i>Andrea Jochmann-Döll/Karin Tondorf</i> <b>Monetäre Leistungsanreize im öffentlichen Sektor</b>	16,00	13119	3-935145-96-9
120	<i>Andreas Boes, Michael Schwemmler unter Mitarbeit von Ellen Becker</i> <b>Herausforderung Offshoring</b>	15,00	13120	3-935145-97-7
121	<i>Wolfgang Gerstlberger/Wolfram Schmittel</i> <b>Public Private Partnership als neuartige Regelungsmuster zwischen öffentlicher Hand und Unternehmen</b>	15,00	13121	3-935145-98-5
122	<i>Barbara Sternberger-Frey</i> <b>Finanzwirtschaftliche Kennzahlen als Basis von Erfolgsbeteiligungen</b>	10,00	13122	3-935145-99-3
123	<i>Johannes Koch/Winfried Heidemann/ Christine Zumbeck</i> <b>Arbeitshilfe für Betriebsräte Nutzung elektronischer Netze zur Unterstützung des Lernens im Betrieb (E-Learning)</b>	12,00	13123	3-86593-001-8
124	<i>Wolfgang Däubler</i> <b>Die Kontrolle von Arbeitsverträgen durch den Betriebsrat</b>	12,00	13124	3-86593-002-6
125	<i>Klaus Heß/Siegfried Leittretter</i> <b>Innovative Gestaltung von Call Centern – Kunden- und arbeitsorientiert</b>	10,00	13125	3-86593-000-X
126	<i>Margarethe Herzog (Hrsg.)</i> <b>Gender Mainstreaming</b>	28,00	13126	3-86593-003-4
127	<i>Elke Wiechmann</i> <b>Trendreport: Gleichstellungspolitik im Veränderungsprozess</b>	18,00	13127	3-86593-004-2
128	<i>Christoph Andersen/Marcus Beck/ Stephan Selle (Hrsg.)</i> <b>Konkurrieren statt Privatisieren</b>	18,00	13128	3-86593-005-0
129	<i>Bernhard Hillebrand</i> <b>Ökologische und ökonomische Wirkungen der energetischen Sanierung des Gebäudebestandes</b>	10,00	13129	3-86593-006-9
131	<i>Hartmut Kühle</i> <b>Rüstungsindustrie transatlantisch?</b>	12,00	13131	3-86593-008-5
135	<i>Hartmut Kühle</i> <b>Die Neustrukturierung des deutschen Rüstungsmarktes als industriepolitische Aufgabe</b>	20,00	13135	3-86593-012-3

**Bestellungen  
bitte unter  
Angabe der  
Bestell-Nr. an:**



Kreuzbergstraße 56  
40489 Düsseldorf  
Telefax: 02 11 / 408 00 90 40  
E-Mail: mail@setzkasten.de





## **Hans-Böckler-Stiftung**

Die Hans-Böckler-Stiftung ist das Mitbestimmungs-, Forschungs- und Studienförderungswerk des Deutschen Gewerkschaftsbundes. Gegründet wurde sie 1977 aus der Stiftung Mitbestimmung und der Hans-Böckler-Gesellschaft. Die Stiftung wirbt für Mitbestimmung als Gestaltungsprinzip einer demokratischen Gesellschaft und setzt sich dafür ein, die Möglichkeiten der Mitbestimmung zu erweitern.

## **Mitbestimmungsförderung und -beratung**

Die Stiftung informiert und berät Mitglieder von Betriebs- und Personalräten sowie Vertreterinnen und Vertreter von Beschäftigten in Aufsichtsräten. Diese können sich mit Fragen zu Wirtschaft und Recht, Personal- und Sozialwesen oder Aus- und Weiterbildung an die Stiftung wenden. Die Expertinnen und Experten beraten auch, wenn es um neue Techniken oder den betrieblichen Arbeits- und Umweltschutz geht.

## **Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI)**

Das Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Institut (WSI) in der Hans-Böckler-Stiftung forscht zu Themen, die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Bedeutung sind. Globalisierung, Beschäftigung und institutioneller Wandel, Arbeit, Verteilung und soziale Sicherung sowie Arbeitsbeziehungen und Tarifpolitik sind die Schwerpunkte. Das WSI-Tarifarchiv bietet umfangreiche Dokumentationen und fundierte Auswertungen zu allen Aspekten der Tarifpolitik.

## **Institut für Makroökonomie und Konjunkturforschung (IMK)**

Das Ziel des Instituts für Makroökonomie und Konjunkturforschung (IMK) in der Hans-Böckler-Stiftung ist es, gesamtwirtschaftliche Zusammenhänge zu erforschen und für die wirtschaftspolitische Beratung einzusetzen. Daneben stellt das IMK auf der Basis seiner Forschungs- und Beratungsarbeiten regelmäßig Konjunkturprognosen vor.

## **Forschungsförderung**

Die Stiftung vergibt Forschungsaufträge zu Mitbestimmung, Strukturpolitik, Arbeitsgesellschaft, Öffentlicher Sektor und Sozialstaat. Im Mittelpunkt stehen Themen, die für Beschäftigte von Interesse sind.

## **Studienförderung**

Als zweitgrößtes Studienförderungswerk der Bundesrepublik trägt die Stiftung dazu bei, soziale Ungleichheit im Bildungswesen zu überwinden. Sie fördert gewerkschaftlich und gesellschaftspolitisch engagierte Studierende und Promovierende mit Stipendien, Bildungsangeboten und der Vermittlung von Praktika. Insbesondere unterstützt sie Absolventinnen und Absolventen des zweiten Bildungsweges.

## **Öffentlichkeitsarbeit**

Mit dem 14tägig erscheinenden Infodienst »Böckler Impuls« begleitet die Stiftung die aktuellen politischen Debatten in den Themenfeldern Arbeit, Wirtschaft und Soziales. Das Magazin »Mitbestimmung« und die »WSI-Mitteilungen« informieren monatlich über Themen aus Arbeitswelt und Wissenschaft. Mit der Homepage [www.boeckler.de](http://www.boeckler.de) bietet die Stiftung einen schnellen Zugang zu ihren Veranstaltungen, Publikationen, Beratungsangeboten und Forschungsergebnissen.

Hans-Böckler-Stiftung  
Hans-Böckler-Strasse 39  
40476 Düsseldorf  
Telefax: 02 11/77 78-225  
[www.boeckler.de](http://www.boeckler.de)

**Hans Böckler  
Stiftung** 

Fakten für eine faire Arbeitswelt.

