



Johannes Baare (Autor)

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



Internationale Göttinger Reihe

Herausgeber: J.-P. Cuvillier

RECHTSWISSENSCHAFTEN

Johannes Baare

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

Band 44



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

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

Copyright:

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

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



Inhaltsverzeichnis

Kapitel I Einleitung	1
A) Einführung.....	1
B) Gang der Untersuchung.....	2
Kapitel II Untersuchungsgegenstand	4
A) Cash-Pooling.....	4
I. Begrifflichkeiten	4
II. Arten und Ablauf des Cash-Pooling.....	5
1. Physisches Cash-Pooling.....	5
2. Exkurs: Zentrale Konzernfinanzierung und Cash-Management	6
3. Virtuelles Cash-Pooling	6
III. Vorteile des Cash-Pooling.....	7
1. Optimierung des Liquiditätseinsatzes	7
2. Generierung von Größeneffekten	7
3. Verbessertes Rating	8
4. Positive Zentralisierungseffekte.....	8
5. Verbesserte Kontrolle der Finanzverfassung des Konzerns.....	9
IV. Nachteile des Cash-Pooling.....	9
1. Abhängigkeit von der zentralen Liquiditätsversorgung.....	9
2. Klumpenrisiko	9
3. Dominoeffekt	10
4. Negative Zentralisierungseffekte.....	10
V. Entwicklung der gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen in Bezug auf das Cash-Pooling	11
1. Rechtslage vor dem „November“-Urteil des BGH vom 24.11.2003.....	11
2. Das „November“-Urteil des BGH.....	12
3. Die Reaktion des Gesetzgebers	13
VI. Die maßgeblichen Vertragsbeziehungen beim Cash-Pooling.....	15
1. Vertragsbeziehungen zwischen den Konzernunternehmen.....	15
a) Standardisierte Darlehensverträge.....	15
b) Rahmenvertrag	16
2. Vertragsbeziehungen zwischen den Konzernunternehmen und den das Cash- Pooling durchführenden Kreditinstituten.....	17
3. Vertragsbeziehungen zwischen den am Cash-Pooling beteiligten Unternehmen und ihren Vertragspartnern.....	17
B) Der Untersuchung zugrunde liegende Konzernstruktur.....	18
Kapitel III Einrichtung eines Cash-Pools – Haftungsrisiken des Geschäftsführers der Betreibergesellschaft	20
A) Problembeschreibung	20
B) Einrichtung des Cash-Pools – haftungsrelevante Anknüpfungspunkte.....	20
C) Haftung gegenüber der Betreibergesellschaft	21
I. Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG.....	21
1. Haftungstatbestand; Inhalt des Anspruchs; Verhältnis zum Anstellungs- vertrag.....	21
a) Pflichten- und Sorgfaltsmaßstab.....	21



b)	Verhältnis zu Verletzung von Pflichten aus dem Anstellungsvertrag.....	21
c)	Allgemeiner Haftungstatbestand des § 43 Abs. 2 GmbHG	22
2.	Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG im Zusammenhang mit der Einrichtung eines Cash-Pools	23
a)	Pflicht zur Unternehmensleitung und unternehmerisches Ermessen	23
aa)	Pflicht zur ordnungsgemäßen Leitung der Gesellschaft.....	23
bb)	Ermessen des Geschäftsführers bei unternehmerischen Entschei- dungen	24
cc)	Entscheidung über die Teilnahme am Cash-Pooling als unternehmerische Entscheidung.....	24
dd)	Ermessensgrenzen im Rahmen unternehmerischer Entscheidungen und maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt	25
b)	Verobjektivierter Mindeststandard im Hinblick auf eine angemessene Informationsgrundlage und ein Handeln zum Wohle der Gesellschaft	27
c)	Verobjektivierter Mindeststandard hinsichtlich einer angemessenen Informationsgrundlage bzgl. der Bonität des einzelnen Konzern- unternehmens	27
d)	Verobjektivierter Mindeststandard hinsichtlich eines Handelns zum Wohle der Gesellschaft.....	28
aa)	Angemessene Verzinsung	28
bb)	Frühwarnsystem zur Vermeidung der Nachrangigkeit von Gesellschafterdarlehen.....	29
cc)	Besicherung von Downstream-Darlehen	31
II.	Haftung nach § 64 GmbHG	33
1.	Haftungstatbestand.....	33
2.	Haftung nach § 64 S. 1 GmbHG wegen Unterzeichnung des Rahmen- vertrages	34
a)	Dogmatische Einordnung des § 64 S. 1 GmbHG	35
b)	Stellungnahme.....	36
III.	Deliktische Haftung.....	37
1.	Haftungstatbestand.....	37
a)	§ 823 Abs. 2 BGB.....	37
b)	§ 266 Abs. 1 StGB	38
2.	Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 Abs. 1 StGB wegen Überschreitung des unternehmerischen Ermessens.....	39
a)	Akzessorietät von Ermessensüberschreitung und Pflichtwidrigkeit?.....	39
b)	Stellungnahme.....	40
D)	<i>Haftung gegenüber Dritten</i>	40
I.	Grundsatz der Pflichten- und Haftungskonzentration.....	40
II.	Haftung gegenüber dem einzelnen Konzernunternehmen	41
1.	Konzernspezifische Gefährdungslage	41
a)	Problembeschreibung.....	41
b)	Minderheitenschutz im faktischen GmbH-Konzern.....	42
c)	Sonderproblem: Einmann-GmbH	43
d)	Folgerungen für die vorliegende Untersuchung.....	43
2.	Haftung nach § 826 BGB wegen existenzvernichtenden Eingriffs	44
a)	Entwicklung des Existenzschutzes.....	44
b)	Haftungstatbestand auf Grundlage der „TRIHOTEL“-Entscheidung	46
c)	Ausweitung der Haftung für existenzvernichtende Eingriffe auf	



Geschäftsleiter?.....	48
d) Existenzvernichtung durch Einrichtung eines Cash-Pools	49
aa) Beitritt der Untergesellschaft durch Unterzeichnung des Rahmenvertrages.....	50
bb) Beitritt der Untergesellschaft auf Weisung der Betreibergesellschaft....	52
3. Haftung wegen Verletzung der Pflicht zur Konzernleitung.....	53
a) Bestehen einer Pflicht zur Konzernleitung?.....	54
b) Stellungnahme.....	54
4. Haftung nach § 317 Abs. 3 AktG analog wegen gröblich sorgfaltswidrigen Verhaltens	55
a) Haftung wegen gröblich sorgfaltswidrigen Verhaltens?.....	55
b) Stellungnahme.....	55
5. Haftung wegen Verletzung der Pflicht zur ausreichenden Liquiditäts- sicherung	57
a) Pflicht zur Liquiditätssicherung?	57
b) Stellungnahme.....	57
6. Sonstige deliktische Haftung.....	58
a) Strafbarkeit wegen Untreue trotz deliktsrechtlicher Verortung der Existenzvernichtungshaftung durch „TRIHOTEL“?	58
b) Einschränkung der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter über das Gesellschaftsvermögen?.....	59
c) Umfang der Einschränkung der Dispositionsbefugnis der Gesell- schafter	61
d) Vermögensbetreuungspflicht	61
III. Haftung gegenüber den Gesellschaftern	62
1. Drittschutzwirkung der Organhaftung?.....	63
2. Deliktische Haftung.....	64
a) Haftung wegen Verletzung des Mitgliedschaftsrechts.....	64
b) Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 Abs. 1 StGB.....	64
c) Haftung nach § 826 BGB	64
IV. Haftung gegenüber sonstigen Dritten, insbesondere Gläubigern der Betreibergesellschaft.....	65
1. Haftung aus c.i.c. im Stadium der Krise der Gesellschaft.....	65
2. Haftung nach § 826 BGB wegen existenzvernichtenden Eingriffs	65
a) Rechtsgrundlage der Existenzvernichtungshaftung – Haftungsmodelle	66
b) Stellungnahme.....	67
aa) Haftungstatbestand.....	67
bb) Rechtsfolge.....	68
E) <i>Strafrechtliche Verantwortlichkeit</i>	70

Kapitel IV Einrichtung eines Cash-Pools – Haftungsrisiken des Geschäftsführers der einzelnen Konzerngesellschaft	71
A) <i>Problembeschreibung</i>	71
B) <i>Haftungsausschluss durch Weisung?</i>	71
I. Allgemeine Rechtsfolgen einer Weisung; Weisungszuständigkeit.....	71
II. Grenzen der Weisungsbefugnis	72
III. Bedeutung für die Teilnahme am Cash-Pooling	72
C) <i>Beteiligung am Cash-Pool – haftungsrelevante Anknüpfungspunkte</i>	73
D) <i>Haftung gegenüber dem Konzernunternehmen</i>	74
I. Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG.....	74



1. Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG wegen Unterzeichnung des Rahmenvertrags.....	74
a) Objektive Ermessensgrenzen bei der Entscheidung über die Teilnahme am Cash-Pooling.....	75
b) Verobjektivierter Mindeststandard hinsichtlich einer angemessenen Informationsgrundlage bzgl. der Bonität der Betreibergesellschaft und der übrigen am Cash-Pool beteiligten Konzernunternehmen.....	75
c) Verobjektivierter Mindeststandard hinsichtlich des Handelns zum Wohle der Gesellschaft.....	77
aa) Dominoeffekt	77
bb) Angemessene Verzinsung	77
cc) Angemessene Avalprovision.....	79
dd) Frühwarn- und Informationssystem zur Überwachung des Kreditrisikos.....	80
ee) Effektive Kündigungsmöglichkeit.....	82
ff) Besicherung des Rückzahlungsanspruchs	83
gg) Bestandsgefährdung nach Beendigung des Cash-Pooling	84
hh) Eingehung eines Klumpenrisikos	86
2. Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG wegen verdeckter Gewinnausschüttung.....	87
3. Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG wegen Verstoßes gegen § 43a GmbHG analog.....	88
II. Haftung nach § 64 GmbHG.....	89
1. Haftung nach § 64 S. 1 GmbHG wegen Unterzeichnung des Rahmenvertrages	89
2. Haftung nach § 64 S. 3 GmbHG.....	89
a) Haftungstatbestand.....	90
b) Haftung nach § 64 S. 3 GmbHG wegen Unterzeichnung des Rahmenvertrages.....	91
aa) Meinungsstand.....	91
bb) Stellungnahme.....	92
III. Haftung nach § 826 BGB wegen existenzvernichtenden Eingriffs	93
1. Anwendbarkeit.....	93
2. Haftung wegen Existenzvernichtung.....	94
a) Beitritt durch Unterzeichnung des Rahmenvertrages.....	94
b) Beitritt auf Veranlassung der Betreibergesellschaft.....	95
IV. Sonstige deliktische Haftung.....	96
1. Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 Abs. 1 StGB wegen Überschreitung des unternehmerischen Ermessens.....	96
2. Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 Abs. 1 StGB wegen Beihilfe zum existenzvernichtenden Eingriff.....	96
E) Haftung gegenüber Dritten.....	97
F) Strafrechtliche Verantwortlichkeit	97

Kapitel V Einrichtung und Ausgestaltung eines Frühwarn- und Informationssystems	98
A) Zweck eines Frühwarn- und Informationssystems.....	98
B) Komponenten des Frühwarn- und Informationssystems.....	98
I. Herstellung eines ausreichenden Informationsniveaus	99
1. Ausgangslage.....	99
2. Umfang der Überwachungspflicht auf Ebene der abhängigen Gesellschaft.....	99



II. Vereinbarung sachgerechter Reaktionsmöglichkeiten	101
C) <i>Ausgestaltung des Frühwarn- und Informationssystems</i>	101
D) <i>Exkurs: Abschluss einer D&O-Versicherung zur Abmilderung von Haftungsrisiken</i>	103
Kapitel VI Kapitalaufbringung im Cash-Pool.....	105
A) <i>Problembeschreibung</i>	105
B) <i>Grundzüge und Reform des Rechts der Kapitalaufbringung</i>	105
I. Verdeckte Sacheinlage	106
1. Rechtslage vor dem MoMiG	106
2. Die Regelung des MoMiG	107
II. Hin- und Herzahlen	108
1. Rechtslage vor dem MoMiG	108
2. Die Regelung des MoMiG	109
III. Abgrenzung verdeckte Sacheinlage – Hin- und Herzahlen.....	110
C) <i>Haftung des Geschäftsführers der Untergesellschaft</i>	111
I. Haftung nach § 9a Abs. 1 GmbHG.....	111
1. Haftungstatbestand.....	112
a) § 9a Abs. 1 GmbHG.....	112
b) Versicherung nach §§ 8 Abs. 2 S. 1, 57 Abs. 2 S. 1 GmbHG.....	113
2. Haftung nach § 9a Abs. 1 GmbHG wegen falscher Angaben im Zusammenhang mit einer Bargründung bzw. Barkapitalerhöhung bei laufendem Cash-Pool	113
a) Negativer Saldo	113
aa) Voraussetzungen der verdeckten Sacheinlage	113
bb) Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage bei negativem Kontokorrentverhältnis zulasten der Untergesellschaft?	115
cc) Verdeckte Sacheinlage – haftungsrelevantes Verhalten.....	115
b) Positiver Saldo.....	116
aa) Voraussetzungen des Hin- und Herzählens.....	116
bb) Exkurs: Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs	117
cc) Vorliegen eines Hin- und Herzählens bei negativem Kontokorrentverhältnis zulasten der Untergesellschaft?	120
c) Durch Einlageleistung positiv gewordener Saldo.....	121
II. Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG.....	122
1. Verstoß gegen Kapitalaufbringungsvorschriften.....	122
2. Verstoß gegen nachträgliche Überwachungspflicht.....	122
III. Haftung nach § 64 S. 3 GmbHG.....	123
IV. Haftung nach § 826 BGB wegen existenzvernichtenden Eingriffs	124
V. Sonstige deliktische Haftung.....	124
1. Tatbestand des § 82 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 GmbHG	125
2. Strafbarkeit des Geschäftsführers nach § 82 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 3 GmbHG.....	125
a) Verdeckte Sacheinlage	125
b) Hin- und Herzahlen	126
D) <i>Haftung des Geschäftsführers der Obergesellschaft</i>	128
Kapitel VII Kapitalerhaltung, Liquiditätssicherung und Bestellung von Upstream-Sicherheiten im Cash-Pool	129
A) <i>Problembeschreibung</i>	129



B)	<i>Reform des Rechts der Kapitalerhaltung</i>	129
C)	<i>Haftung des Geschäftsführers der Untergesellschaft</i>	130
I.	Haftung im Zusammenhang mit dem Transfer liquider Mittel	130
1.	Haftung nach § 43 Abs. 3 S. 1, 1. Alt. GmbHG	130
a)	Haftungstatbestand.....	130
aa)	Auszahlung	130
bb)	Minderung des geschützten Vermögens.....	131
cc)	Kein vollwertiger Rückgewähranspruch.....	132
b)	Haftungsrelevantes Verhalten.....	132
c)	Konkretisierung des Vollwertigkeitskriteriums.....	132
aa)	Bonität der Betreibergesellschaft.....	133
bb)	Frühwarn- und Informationssystem	133
cc)	Klumpenrisiko.....	134
dd)	Dominoeffekt	134
ee)	Liquidität des Rückzahlungsanspruchs	135
ff)	Vorhalten einer Liquiditätsreserve.....	135
gg)	Laufzeiten.....	136
hh)	Besicherung und Verzinsung	136
ii)	Verschlechterung der Liquiditätslage.....	137
d)	Haftung nach § 43 Abs. 3 S. 1, 1. Alt. GmbHG wegen Verstoß gegen das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG	137
2.	Haftung nach § 43 Abs. 3 S. 1, 1. Alt. GmbHG bei nachträglichem Wegfall der Vollwertigkeit?	138
3.	Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG	139
4.	Haftung nach § 64 S. 3 GmbHG.....	140
5.	Haftung nach § 826 BGB wegen existenzvernichtenden Eingriffs	141
6.	Sonstige deliktische Haftung.....	142
a)	Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 30 GmbHG	142
b)	Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 Abs. 1 StGB.....	142
aa)	Verstoß gegen § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG.....	142
bb)	Verstoß gegen § 43 Abs. 1 GmbHG.....	143
cc)	Verstoß gegen § 64 S. 3 GmbHG	143
II.	Haftung im Zusammenhang mit der Bestellung von Upstream-Sicherheiten...	143
1.	Haftung nach § 43 Abs. 3 S. 1, 1. Alt. GmbHG	144
a)	Sicherheitenbestellung als Auszahlung i.S.v. § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG?	144
b)	Meinungsstand.....	145
c)	Stellungnahme.....	146
2.	Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG	149
a)	Unterlassung der Vereinbarung vertraglicher Verwertungsbeschränkungen	149
b)	Nachträgliche Kontrollpflichten	150
3.	Haftung nach § 64 S. 3 GmbHG.....	150
a)	Sicherheitenbestellung als Auszahlung?.....	150
b)	Verwertung als Auszahlung i.S.v. § 64 S. 3 GmbHG?.....	152
4.	Haftung nach § 826 BGB wegen existenzvernichtenden Eingriffs	152
5.	Sonstige deliktische Haftung.....	154
D)	<i>Haftung des Geschäftsführers der Betreibergesellschaft</i>	154
I.	Haftung im Zusammenhang mit dem Transfer liquider Mittel	155
1.	Haftung nach § 826 BGB wegen existenzvernichtenden Eingriffs	155



a) Unterlassung eines Hinweises auf drohende Illiquidität.....	155
b) Unterlassung des Vorhaltens einer Liquiditätsreserve.....	157
c) Exkurs: Haftung nach § 826 BGB wegen Ausschlusses einer Untergesellschaft vom Cash-Pooling.....	159
2. Sonstige deliktische Haftung.....	159
II. Haftung im Zusammenhang mit der Bestellung von Upstream-Sicherheiten...	160
Kapitel VIII Zusammenfassung und Gestaltungsvorschläge	161
A) <i>Einrichtung des Cash-Pools</i>	161
I. Haftungsrisiken des Geschäftsführers der Betreibergesellschaft.....	161
II. Haftungsrisiken des Geschäftsführers der einzelnen Untergesellschaft	163
B) <i>Ausgestaltung des Frühwarn- und Informationssystems</i>	164
I. Frühwarn- und Informationssystem	164
II. Abmilderung des Haftungsrisiken durch Abschluss einer D&O-Versicherung	165
C) <i>Kapitalaufbringung im Cash-Pool</i>	166
I. Haftungsrisiken des Geschäftsführers der einzelnen Untergesellschaft	166
II. Haftungsrisiken des Geschäftsführers der Betreibergesellschaft.....	168
D) <i>Kapitalerhaltung, Liquiditätssicherung und Sicherheitenbestellung im Cash-Pool</i>	169
I. Haftungsrisiken des Geschäftsführers der einzelnen Untergesellschaft	169
1. Haftung im Zusammenhang mit dem Transfer liquider Mittel.....	169
2. Haftung im Zusammenhang mit der Bestellung von Upstream-Sicherheiten	170
II. Haftungsrisiken des Geschäftsführers der Betreibergesellschaft.....	172
1. Haftung im Zusammenhang mit dem Transfer liquider Mittel.....	172
2. Haftung im Zusammenhang mit der Bestellung von Upstream-Sicherheiten	173
E) <i>Gesamtbewertung und Vorschläge bzgl. Gestaltung sowie Durchführung des Cash- Pooling</i>	173
I. Schriftlichkeit des Rahmenvertrages	173
II. Frühwarn- und Informationssystems	173
III. Vorhalten einer Liquiditätsreserve auf Ebene der Betreibergesellschaft.....	174
IV. Kapitalaufbringung außerhalb des Cash-Pools.....	174
V. Konsequente Umsetzung.....	174
Literaturverzeichnis	177