

# CASH-POOLING MANAGEMENT



Dr. Susanne Weiss ist nach dem Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Regensburg und Promotion als Rechtsanwältin in München tätig. Sie ist Partnerin in der Kanzlei Weiss Walter Fischer-Zernin und dort schwerpunktmäßig in den Bereichen Mergers and Acquisitions, Aktien- und Gesellschaftsrecht und Bankrecht tätig.



Jan Kreklau studierte Rechtswissenschaften mit wirtschaftswissenschaftlicher Zusatzausbildung an der Universität Bayreuth. Seit Abschluss seiner Ausbildung im Jahre 2003 ist er als Rechtsanwalt in der Kanzlei Weiss Walter Fischer-Zernin in München tätig. Sein Tätigkeitsschwerpunkt liegt in den Bereichen Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht.

Aufgrund der gesetzlichen Kapitalerhaltungsvorschriften bergen Cash-Pooling-Systeme für alle Beteiligten erhebliche Risiken. Ziel eines Cash-Pooling-Systems muss es sein, die für alle Teilnehmer bestehenden Möglichkeiten auszunutzen und die Risiken durch vorhandene Instrumentarien so weit wie möglich auszuschließen. Neuerungen in diesem Bereich sieht der am 23.05.2007 durch das Bundeskabinett beschlossene Regierungsentwurf des „Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen“ (MoMiG) vor.

## 1. CASH-POOLING

**1.1.** Das Cash-Pooling ist ein Instrument zum Liquiditätsausgleich zwischen den Unternehmen in einem Konzern. Ziel des Cash-Poolings ist die Ersparnis externer Zinsen durch Reduktion der Verbindlichkeiten gegenüber Banken auf Konzernebene. Ferner soll eine Maximierung von externen Zinserträgen aus der Anlage überschüssiger Liquidität durch Volumeneffekte auf Konzernebene erzielt werden. Je nach Richtung, in der die finanziellen Mittel zur Verfügung gestellt werden, differenziert man zwischen „upstream loans“ und „downstream loans“.

**1.2.** Methodisch wird zwischen dem physischen (bzw. effektiven) Cash-Pooling und dem notional (bzw. virtuellen) Cash-Pooling unterschieden. Beim physischen Cash-Pooling wird das Guthaben auf den Ursprungskonten der Konzerngesellschaften auf ein Masterkonto (in der Regel bei der Muttergesellschaft) überwiesen, von dem auch der allgemeine Kreditbedarf der teilnehmenden Gesellschaften gedeckt wird. Beim notional Cash-Pooling werden die Banksalden der Konzerngesellschaften auf einem gedachten Masterkonto zusammengeführt, dessen Saldo die Grundlage für die Bestimmung der jeweiligen Soll- und Habenzinssätze

bildet. In der Praxis überwiegt das physische Cash-Pooling gegenüber dem notional Cash-Pooling. Zwar sind beim notional Cash-Pooling die Kapitalerhaltungsgrundsätze nicht einschlägig, da keine realen Geldströme fließen und die Salden der Einzelkonten unverändert bleiben. Jedoch kann ein effektiver Saldenausgleich nicht stattfinden, da im Gegensatz zum physischen Cash-Pooling, ein Teil des Zinsvorteils nicht realisiert werden kann. Das notional Cash-Pooling erfüllt somit, trotz Optimierung des Finanzsystems, nicht die Liquiditätssteuerungsfunktion eines physischen Cash-Poolings.

## 2. RISIKEN BEIM CASH-POOLING

Risiken bestehen unter anderem immer dann, wenn ein Verstoß gegen die gesetzlichen Kapitalerhaltungsvorschriften im Raum steht.

**2.1.** Die in § 30 Abs. 1 GmbHG (parallel dazu § 57 AktG) geregelte Kapitalbindung verpflichtet eine Gesellschaft zur Erhaltung von Gesellschaftsvermögen in satzungsbestimmter Mindesthöhe und soll verhindern, dass durch willkürliche Leistungen an Gesellschaftern eine Verringerung eintritt. In einer neueren Entscheidung des BGH vom 16.01.2006 hat dieser festgestellt, dass es kein Sonderrecht für Cash-Pool-Systeme gibt; die

Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften sind grundsätzlich hierauf uneingeschränkt anwendbar.

**2.2.** Betrachtet man beispielhaft das Cash-Pooling im faktischen Konzern der GmbH, sind im Hinblick auf „upstream loans“ und die Kapitalerhaltungsvorschriften im Wesentlichen zwei Voraussetzungen zu beachten:

Es dürfen nur Gesellschaften teilnehmen, deren Stammkapital gedeckt ist. Aufgrund der derzeitigen höchstrichterlichen Rechtsprechung, die eine bilanzielle Betrachtung insoweit untersagt, darf dem Passivposten „gezeichnetes Kapital“ im Sinne des § 30 GmbHG, um dessen Deckung zu gewährleisten, kein Aktivposten „Darlehensanspruch gegen Gesellschafter“ gegenüberstehen; ansonsten liegt in Höhe dieses Aktivpostens eine Unterdeckung im Sinne des § 30 GmbHG vor.

Die jeweiligen Ausgleichsansprüche (Darlehensrückzahlungsansprüche), die sich aus der Verschiebung von Liquidität im Pool ergeben, müssen vollwertig sein. Bei Bestehen von geringsten Zweifeln, wird das Cash-Pooling aufgrund eines Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften rechtswidrig. Hinsichtlich der „geringsten Zweifel“ ist noch nicht höchstrichterlich geklärt und somit für die beteiligten Gesellschaften und de-

ren vertretungsberechtigte Organe mit den Risiken verbunden, ob weiterhin lediglich auf die Ausnahmetatbestände gemäß der Entscheidung des BGH vom 24.11.2003 abzustellen ist oder der einschränkenden Auslegung folgend eine bilanzielle Betrachtungsweise ausreichend ist.

Bei Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsregeln geraten Gesellschafter und Geschäftsführer in eine unverzichtbare Haftung gegenüber ihrer GmbH gemäß §§ 30, 31, 43 Absatz 3 GmbHG. Darüber hinaus kommt eine zivilrechtliche Haftung (§ 826 BGB) sowie durchgriffs- und strafrechtliche Haftung (§ 266 StGB) der Gesellschafter und Geschäftsführer wegen existenzvernichtenden Eingriffs im Sinne der Entscheidung des BGH vom 17.09.2001 („Bremer Vulkan“) in Betracht.

Betrachtet man den Vertragskonzern, ist Cash-Pooling jedenfalls dann nicht (mehr) zulässig, wenn der vertragliche Verlustausgleichsanspruch der beherrschten (angeschlossenen) Gesellschaft nicht mehr voll werthaltig ist. Den Geschäftsführern der beteiligten Unternehmen droht, sofern sie trotzdem weitermachen, nicht nur die Haftung aus §§ 309, 310, 93 AktG, § 43 GmbHG, sondern zugleich die zivilrechtliche Durchgriffshaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs (ggf. auch § 826 BGB) und die Strafbarkeit wegen Untreue (§ 266 StGB) im Sinne der Entscheidung des BGH vom 17.09.2001 („Bremer Vulkan“).

**2.4.** Eine Neuerung zum Cash-Pooling ist durch das MoMiG in Vorbereitung. Nach dem Regierungsentwurf des MoMiG vom 23.05.2007 soll § 30 Abs. 1 GmbHG (und parallel § 57 Abs. 1 AktG) wie folgt ergänzt werden:

„[...] Satz 1 gilt nicht bei Leistungen, die zwischen den Vertragsteilen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291 des Aktiengesetzes) erfolgen oder durch eine vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind. Satz 1 ist zudem nicht anzuwenden auf die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen.“

Gemäß der Begründung zum Regierungsentwurf soll das MoMiG die durch die Rechtsprechung des BGH entstandene Unsicherheit beseitigen, insbesondere die bilanzielle Betrachtungsweise wieder zur Geltung bringen. Den Gesellschaften soll es ermöglicht werden, mit ihren Gesellschaftern – vor allem auch im Konzern – alltäglich und wirtschaftlich sinnvolle Leistungsbeziehungen zu unterhalten und abzuwickeln. Die weiteren Entwicklungen bleiben hier abzuwarten. Das MoMiG soll in der ersten Hälfte 2008 in Kraft treten.

### 3. VERTRAGSGESTALTUNG

Unter Berücksichtigung der genannten Rahmenbedingungen gilt es, im Rahmen der Gestaltung von Cash-Pooling-Verträgen ein für den Einzelfall effektives Vertragswerk unter Einbeziehung der übrigen Bankenverträge der einzelnen Gesellschaften zu entwerfen. Beispielfähig können folgende Gestaltungsmöglichkeiten genannt werden, die auf den Einzelfall abzustimmen sind:

**3.1.** Konzernintern sind hinsichtlich der Forderungen und Verbindlichkeiten marktübliche (Finanzierungs-)Konditionen zu vereinbaren, um das Risiko verdeckter Gewinnausschüttung zu minimieren. Die finanziellen Konditionen sollten insbesondere Höchstgrenzen und Anpassungsmöglichkeiten enthalten, um in dringenden Fällen Reaktionsmöglichkeiten für die Beteiligten zu bieten. Hierzu gehört auch, den einzelnen Poolgesellschaften die Möglichkeit zur sofortigen Kündigung des Cash-Pooling-Vertrags aus wichtigem Grund einzuräumen. Haftungsbeschränkungen der teilnehmenden Konzerngesellschaften gegenüber den kreditgebenden Banken können sicherstellen, dass bei den betreffenden Konzerngesellschaften keine Unterbilanz entsteht. Die Haftungsbeschränkung sollte dabei der Höhe nach parallel zum jeweiligen Schuldsaldo der betreffenden Konzerngesellschaft vereinbart werden. Den teilnehmenden Konzerngesellschaften sollte weiterhin die Unterhaltung separater Konten und/oder Bankverbindungen genehmigt werden. Die betragsmäßig begrenzte Genehmigung sollte hierbei für Mittel dienen, die der betreffenden Gesellschaft

für einen bestimmten Zweck zufließen, insbesondere Subventionen oder Zahlungen aus Kapitalmaßnahmen.

**3.2.** Zwischen den beteiligten Gesellschaften sind, insbesondere im Falle wesentlicher Veränderungen, wechselseitige Informationspflichten im Sinne einer Ad-hoc-Information über die Geschäfts-, Finanz- und Liquiditätssituation zu vereinbaren. Ferner bietet es sich an, eine wechselseitige Übergabe von (quartalsmäßigen) Liquiditätsplanungen sicherzustellen. Die Finanzgesellschaft sollte hierbei die Verpflichtung übernehmen, solche Planungen für die Gruppe zu erstellen und Informationen weiterzugeben. Den Geschäftsführern der Konzerngesellschaften sind in den Angelegenheiten des Cash-Pools umfassende Einsichts- und evtl. auch Mitspracherechte zu gewähren, um wesentliche Verschlechterung der Bonität eines Beteiligten frühzeitig erkennen zu können.

**3.3.** Darüber hinaus sind in jedem Fall im Rahmen der Erstellung und Gestaltung von Cash-Pooling-Systemen steuerliche Prüfungen vorzunehmen. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang nur beispielhaft die Risiken verdeckter Gewinnausschüttungen und gewerbesteuerlicher Doppelbelastungen, § 8a Körperschaftssteuergesetz, Umsatzsteuer, Zinsabschläge.

### 4. ZUSAMMENFASSUNG

Bereits diese kurze Übersicht zeigt, dass Cash-Pooling-Systeme Möglichkeiten bieten, externe Zinsen zu sparen, sowie externe Zinserträge zu maximieren. Die Marge wird geteilt und ein strukturiertes Cash-Pooling-System ist grundsätzlich vorteilhaft. Schätzungen gehen bei M-Dax-Unternehmen von einem Zinsvorteil von Euro 10 Mio. p. a. aus. Durch ein maßgeschneidertes Ausnutzen der Gestaltungsmöglichkeiten können jedoch für den Einzelfall die Risiken minimiert und ein für alle Beteiligten zufriedenstellendes System geschaffen werden. Inwieweit die Änderungen durch das MoMiG die aktuelle Praxis beeinflussen werden, bleibt abzuwarten.

Dr. Susanne Weiss, Jan Kreklau /  
Weiss, Walter, Fischer-Zernin ■