



# Cash-Pooling – Risikolose Liquiditätsbeschaffung oder Haftungsfalle?

von Rechtsanwältin und Fachanwältin für gewerblichen Rechtsschutz  
Dr. Stefanie Scholl, Mag. iur., LL.Cert. (Leicester)\*

Gerade in Krisenzeiten ist es erforderlich, Liquidität zu bündeln. Cash-Pooling ermöglicht, überschüssige Liquidität der an dem System teilnehmenden Gesellschaften einer ökonomisch sinnvollen Verwendung zuzuführen und eine interne und externe Zinsoptimierung zu gewährleisten. Diese praktische Relevanz hat auch der Gesetzgeber erkannt und in dem am 01.11.2008 in Kraft getretene **Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)** Erleichterungen für das Cash-Pooling schaffen wollen. Nachdem die Gesetzesänderungen mittlerweile auch ersten höchstrichterlichen Entscheidungen zum Cash-Pooling zugrunde lagen, stellt sich die Rechtslage für die Praxis wie folgt dar:

## 1. Grundsätzliche Zulässigkeit des Cash-Poolings

Maßstab des Cash-Poolings im Kapitalgesellschaftsrecht war und ist der Grundsatz der Kapitalerhaltung. Gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG darf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der GmbH nicht an deren Gesellschafter ausgezahlt werden. Die Stammkapitalziffer wirkt daher konzeptionell als Ausschüttungssperre. Diese Sperre fand vor dem Inkrafttreten des MoMiG aufgrund der restriktiven höchstrichterlichen Rechtsprechung im weiten Umfang auch bei der Darlehensvergabe an Muttergesellschaften (sogenannte "Upstream Loans") Anwendung, was zu praktischen Schwierigkeiten beim Cash-Pooling führte. Nach der GmbH-Reform hat der Gesetzgeber dieses richterrechtliche Postulat aufgehoben, soweit der Rückzahlungs- bzw. Gegenleistungsanspruch voll werthaltig ist. Die reine Darlehensgewährung an den Gesellschafter ist nach der Reform keine verbotene Auszahlung mehr, wenn

- ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag geschlossen worden oder
- der Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch der Gesellschaft vollwertig ist.

Während das Vorliegen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags leicht zu überprüfen ist, stellt

sich für die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft im letzteren Fall die Frage, wie die Vollwertigkeit der Rückzahlungsforderung gegen die Muttergesellschaft festzustellen ist.

## 2. Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs

Zur Frage der Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs eines Upstream-Darlehens hat der BGH das erste Mal in seinem Urteil vom 01.12.2008 (II ZR 102/07 - "MPS") ausführlich Stellung genommen. Demnach kommt es zentral auf die kaufmännische Bewertung des Darlehens (gemäß § 253 HGB) an, die ebenso durchzuführen ist, wie bei Darlehen an außenstehende Dritte. Sofern die Einbringlichkeit der Forderung bzw. des Rückzahlungsanspruchs unter Berücksichtigung des individuellen Kreditrisikos des Anteilsinhabers nicht zweifelhaft ist, gilt sie als vollwertig. Dabei kommt es ausschließlich auf die im Auszahlungszeitpunkt prognostizierte Bonität des Schuldners an. Bestehen dagegen schon im Zeitpunkt der Valutierung Zweifel an der Durchsetzbarkeit des Rückzahlungsanspruchs, weil die uneingeschränkte Solvenz der Muttergesellschaft fraglich ist, verstößt die Auszahlung gegen den Kapitalerhaltungsgrundsatz. Die Geschäftsleitung hat dann die Gewährung des ungesicherten Darlehens zu verweigern.

### a) Verzinsungspflicht

Aufgrund des Erfordernisses des Drittvergleichs stellt sich die Frage, ob die Geschäftsführung des am Pool teilnehmenden Tochterunternehmens verpflichtet ist, im Cash Management Vertrag eine Verzinsung der Upstream Loans zu vereinbaren, um den Sorgfaltspflichten des § 43 GmbHG zu genügen. Denn nach dem Deckungsgebot müssen Leistungen und Gegenleistungen gemäß § 253 HGB nicht nur vollwertig sein, sondern sich auch nach Marktwerten - und nicht nur nach Buchwerten - decken, um einem Drittvergleich standhalten zu können (Begründung zum Regierungsentwurf vom 25.07.2007, Bundestagsdrucksache 16/6140, Seite 41). Aufgrund dieser Vorgaben müsste im Rahmen eines Cash-



Pooling-Systems zumindest eine die Inflation ausgleichende Verzinsung zu vereinbaren sein. Hier wird jedoch auf die im Bilanzrecht verbreitete Jahresfrist abgestellt werden können, wonach bei unverzinst gewährten Darlehen eine bilanzielle Abzinsung erst erforderlich wird, wenn die Restlaufzeit des Darlehens ein Jahr beträgt.

Bei den im Rahmen eines Cash-Pools ausgereichten Darlehen wird es sich in aller Regel um kurzfristige Kreditgewährungen im Tagesgeschäft handeln, so dass mangels bilanzieller Abzinsung von einer Verzinsung abgesehen werden kann. Etwas anderes müsste dann gelten, wenn die Verzinsung als solche - unabhängig von den obigen bilanziellen Bewertungskriterien - dem Tatbestandsmerkmal der Vollwertigkeit immanent wäre. Dies unterstellt, würden die im Cash-Pool regelmäßig unverzinsten Darlehen einem Drittvergleich nicht standhalten.

Um diese Rechtsfolge zu vermeiden, ist es notwendig, den Cash Management Vertrag so zu gestalten, dass er die Anwendung der bilanziellen Bewertungskriterien und damit die zinslose Darlehensvergabe rechtfertigt.

#### **b) Bestellung von Sicherheiten**

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob für den Drittvergleich die Vereinbarung von Sicherheiten für den Rückzahlungsanspruch erforderlich ist. Diese Annahme widerspricht jedoch dem Sinn der Gesetzesänderung, da durch das MoMiG das Cash-Pooling erleichtert werden sollte und die Stellung von Sicherheiten dies wieder erschwert.

Im Ergebnis besteht - auch bei grundsätzlicher Zulässigkeit, auf die Einräumung von Sicherheiten zu verzichten - aufgrund der Sorgfaltspflicht gemäß § 43 GmbHG eine Verpflichtung der Leitungsorgane der Tochtergesellschaft, laufend etwaige Änderungen des Kreditrisikos zu prüfen und auf eine sich nach der Darlehensausreichung andeutende Bonitätsverschlechterung des kreditnehmenden Gesellschafters zu reagieren.

### **3. Cash-Pooling und Kapitalerhöhung**

Probleme können sich zudem im Fall einer Kapitalerhöhung ergeben. Grundsätzlich wird die Einlageschuld nicht getilgt, wenn die an die Gesellschaft diesbezüglich ausgezahlte Summe über einen zwischen den Konzerngesellschaften bestehenden Cash-Pool wieder an denjenigen zurückfließt, der die Einlage zu leisten hatte. Wird die an die Gesellschaft gezahlte Summe auf das Zentralkonto des konzernweiten Cash-Pools geleitet, so kann dies die Erfüllung der Einlageschuld daher dann verhindern, wenn der zahlungspflichtige Gesellschafter seinerseits für dieses Konto verfügungsberechtigt ist.

In einem solchen Fall liegt entweder ein Hin- und Herzahlen i.S.d. § 19 Abs. 5 GmbHG oder eine verdeckte Sacheinlage i.S.d. § 19 Abs. 4 GmbHG vor. Wann dies der Fall ist, hat der BGH in seinem Urteil vom 20.07.2009 (II ZR 273/07 - "Cash-Pool II") entschieden: Maßgeblich für die sachliche Abgrenzung des Hin- und Herzählens von der verdeckten Sacheinlage ist der Saldo des Pool-Kontos der Gesellschaft im Zeitpunkt der Weiterleitung des Einlagebetrages auf das zentrale Cash-Pool-Konto.

#### **a) Hin- und Herzahlen bei positivem Saldo**

Weist das Pool-Konto der Gesellschaft einen ausgeglichenen oder positiven Saldo auf und wird die zwecks Erfüllung der Einlageschuld geleistete Zahlung absprachegemäß auf das Zentralkonto weitergeleitet, liegt der Fall des Hin- und Herzählens vor, welches nur unter den Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 GmbHG zur Erfüllung der Einlageschuld führt. Durch diese (Rück-)Zahlung gewährt die Gesellschaft ihrem Gesellschafter gleichsam ein Darlehen, sodass die Tilgungswirkung wiederum nur dann eintritt, wenn der Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft aus dem Cash-Pool vollwertig ist.

Darüber hinaus muss der bestehende Cash-Pool-Vertrag jederzeit und ohne besonderen Grund kündbar sein, um die Fälligkeit der Forderung zu gewährleisten (§ 19 Abs. 5 Satz 1, 2. Halbsatz GmbHG). Auch die Offenlegung der Rückzahlungen bzw. der zugrunde liegenden Vereinbarungen - hier also des Cash-Pool-Vertrags - ist notwendige Voraussetzung, § 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, ist eine Erfüllung der Einlageverpflichtung nur noch dadurch möglich, dass das gewährte Darlehen - endgültig - zurückgezahlt wird.

#### **b) Verdeckte Sacheinlage bei negativem Saldo**

Weist das Zentralkonto im Zeitpunkt der Weiterleitung für die Gesellschaft einen negativen Saldo auf, der auch nicht zeitnah ausgeglichen wird, handelt es sich bei der Zahlung um eine verdeckte Sacheinlage. Die Gesellschaft erhält hier nicht den Barbetrag der Zahlung, sondern wird vielmehr von ihrer Pflicht zur Darlehensrückzahlung befreit. In diesem Fall erfüllt der zahlungspflichtige Gesellschafter seine Einlagepflicht bereits tatbestandlich nicht. Jedoch ist gemäß § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG der Wert des verdeckt eingebrachten Gegenstands auf die Einlageverpflichtung anrechenbar. Führt die Zahlung innerhalb des Cash-Pools zu einer Befreiung der Gesellschaft von ihrer Verbindlichkeit gegenüber der den Cash-Pool führenden Muttergesellschaft, steht die Einlage nach Rückzahlung auf das ihrer Verfügungsbefugnis unterstehende zentrale Cash-Pool-Konto wieder der Gesellschafterin selbst zur Verfügung, nicht jedoch der Tochtergesellschaft. Folglich kann die Einlagepflicht nur in der Höhe erlöschen, in welcher sich für die Gesellschaft selbst ein wirtschaftlicher Nutzen daraus entfaltet, z.B. die Befreiung von der zuvor bestehenden Darlehensverbindlichkeit.



#### 4. Cash-Pooling und Feststellung der Zahlungsunfähigkeit

Das letzte Problem betrifft den Einfluss des Cash-Pooling auf die Frage, ob die am Pool teilnehmende Gesellschaft zahlungsunfähig ist.

Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Damit ist die Gesellschaft materiell insolvent und die Geschäftsleitung verpflichtet, einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen. Außerdem sind die Geschäftsführer einer GmbH der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft geleistet werden (§ 64 Satz 1 GmbHG). Dabei stellt sich die Frage, inwieweit Cash-Pool-Forderungen bei der Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit zu berücksichtigen sind.

Grundsätzlich sind zur Ermittlung einer Zahlungsunfähigkeit die sofort liquiden Mittel (wie Bargeld, Schecks, Kontoguthaben und freie Kreditlinien auf laufenden Geschäftskonten) allen fälligen Verbindlichkeiten gegenüberzustellen. Fraglich ist, ob auch Cash-Pool-Forderungen als liquide Mittel gelten können. Die Änderung der Kapitalerhaltungsregel durch das MoMiG und die sich hieran orientierende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat dazu geführt, dass für den Bereich der Kapitalerhaltung vollwertige Rückforderungsansprüche gegen einen Gesellschafter, mithin auch Cash-Pool-Forderungen, den Barmitteln gleichgestellt sind. Gegen eine solche Gleichstellung auch bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit spricht jedoch der IDW-Prüfungsstandard 800, Stand 06.03.2009, wonach Zahlungsansprüche einer dem Cash-Pool angeschlossenen Gesellschaft gegen die den Cash-Pool führende Gesellschaft nicht als flüssige Mittel im Finanzstatus, sondern mit ihren Fälligkeiten als Zufluss im Finanzplan anzusetzen sind.

Da auch zu dieser Frage noch keine abschließende Rechtsprechung existiert, gilt es, bestimmte Regelungen im Cash-Management-Vertrag zu treffen, um Cash-Forderungen soweit wie möglich den liquiden Mitteln anzunähern. Auszugehen ist dabei von der Prämisse, dass die Forderungen vollwertig und innerhalb von drei Wochen liquidierbar sein müssen, damit eine Zahlungsstockung nicht in eine Zahlungsunfähigkeit übergeht. In der Praxis muss also darauf geachtet werden, dass die entsprechenden Cash-Pool-Vereinbarungen kurzfristige Kündigungsmöglichkeiten vorsehen, verbunden mit der Verpflichtung der konzernherrschenden Gesellschaft, die Darlehensvaluta auf erstes Anfordern zurückzuzahlen. Dies ist insbesondere auch mit Blick auf eine Insolvenzanfechtung oder Haftung des Geschäftsführers von enormer Wichtigkeit, da dadurch der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit ex post über den Nachweis einer drei Wochen dauernden Liquiditätslücke von 10% oder mehr nicht geführt werden kann.

#### 5. Ergebnis

Auch nach der Änderung der Kapitalaufbringungs- und Erhaltungsvorschriften des GmbH-Gesetzes durch das MoMiG stellen sich hohe gestalterische Anforderungen an die Regelungen eines Cash-Management-Vertrages. Dies gilt darüber hinaus ebenso für die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit bzw. Zahlungsstockung einer Gesellschaft nach dem Insolvenzrecht. Da in beiden Fällen die Geschäftsführung der an dem Cash-Pool teilnehmenden Tochtergesellschaft erhöhten persönlichen Haftungsrisiken ausgesetzt ist, ist durch eine entsprechende Vertragsgestaltung zu versuchen, diese Risiken bestmöglich einzugrenzen und überschaubar zu machen.

### Auslandsbeurkundungen bei der GmbH sind gefährlich

von Rechtsanwalt und Notar, zugleich Fachanwalt für Steuer-, Handels- und Gesellschaftsrecht

Jörn H. Linnertz\*\*

Lange Zeit war es üblich, bei großen Transaktionen zur Reduktion der Beurkundungskosten in die Schweiz zu fliegen und dort zu beurkunden. Notarkosten sollten gespart werden. Auf die inhaltliche Prüfung der Urkunde durch den Notar wurde um des Geldes willen verzichtet. Immerhin hielt - bei der Auswahl des richtigen Kantons - die Beurkundung. Soweit die Notare dort der Urkundsperson und dem Urkundsverfahren gleichwertig waren, sollten die Formerfordernisse bei der Übertragung von GmbH-Anteilen gewahrt sein (vgl. nur BGH Beschluss vom 06.02.1981 - II ZB 8/80, NJW 1981, 1160).

Das alles soll sich allerdings nach einem Urteil der 13. Kammer für Handelssachen des Landgerichtes Frankfurt am Main vom 07.10.2009 grundlegend geändert haben (3-13 O 46/09, DNotZ 2009, 949 ff.). Dort führt das Landgericht Frankfurt am Main in einer Randbemerkung (*obiter dictum*) aus, dass wegen der Änderung des § 40 Abs. 2 GmbHG in dem sogenannten MoMiG per 01.11.2008 nur ein deutscher Notar mit Amtssitz in Deutschland eine Anteilsübertragung bei einer GmbH wirksam beurkunden kann. Anders gewendet: Auslandsbeurkundungen sind dann unwirksam. Noch steht nicht fest, wie sich der Bundesgerichtshof (BGH) zu dieser Frage stellen wird. So lange der BGH auch mit Blick auf den neugefassten § 40 Abs. 2 GmbHG nicht festgestellt hat, dass ein ausländischer Notar der sogenannten Ortsform genügen kann, ist dringend davon abzuraten, die Abtretung von GmbH-Anteilen im Ausland zu beurkunden. Rechtsexperimente können sehr teuer werden, denn es geht dann um Alles-oder-Nichts und nicht nur die Notarrechnung.



#### **Hinweis**

*Unser Jusletter beruht auf einer sorgfältigen Recherche der Rechtslage. Deren allgemeine Darstellung kann die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles jedoch nicht berücksichtigen. Der Jusletter dient nur der Information und ist keine vertragliche Beratungsleistung. Er kann deshalb eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.*

**Diesen und weitere Jusletter finden Sie auf unserer Website [www.ahlers-vogel.de](http://www.ahlers-vogel.de).**

#### **Kontakt**

Ahlers & Vogel \_ Bremen  
Contrescarpe 21 \_ 28203 Bremen  
Telefon +49 (421) 33 34-0  
Telefax +49 (421) 33 34-111  
E-Mail: [bremen@ahlers-vogel.de](mailto:bremen@ahlers-vogel.de)

#### **Unsere Rechtsanwälte im Bereich Gesellschafts- und Steuerrecht:**

RA/Notar Dr. Rüdiger Leykam\*  
RA/Notar Dr. Klaus J. Starke, LL.M. (Berkeley)  
RA/Notar Burkhard Klüver\*  
RA/Notar Jörn H. Linnertz\* \*\*  
RA Dr. Dirk Weitze, LL.M. (Taxation)\* \*\*  
RA Dr. Carsten Heuel, LL.M. (Harvard)  
RA'in Dr. Stefanie Scholl, LL. Cert. (Leicester)\*\*\*  
RA Ralf Schäfer, Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth)  
RA Dr. Jochen Böning

\* zugl. Fachanwalt für Steuerrecht

\*\* zugl. Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

\*\*\* zugl. Fachanwältin für Gewerblichen Rechtsschutz

Ahlers & Vogel \_ Hamburg  
Schaarsteinwegsbrücke 2 \_ 20459 Hamburg  
Telefon +49 (40) 37 85 88-0  
Telefax +49 (40) 37 85 88-88  
E-Mail [hamburg@ahlers-vogel.de](mailto:hamburg@ahlers-vogel.de)

Ahlers & Vogel \_ Rostock  
Gerhart-Hauptmann-Str. 24 \_ 18055 Rostock  
Telefon +49 (381) 491 39-0  
Telefax +49 (381) 491 39-99  
E-Mail: [rostock@ahlers-vogel.de](mailto:rostock@ahlers-vogel.de)

\* **Dr. Stefanie Scholl** studierte Rechtswissenschaften sowie mit Magisterabschluss deutsches und ausländisches Recht in Mainz und Leicester (GB). Während des Referendariats war sie als freie Mitarbeiterin auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts und des gewerblichen Rechtsschutzes für internationale Kanzleien in Frankfurt und London tätig. Seit 2005 betreut Frau Dr. Scholl unsere Mandanten im Bereich des privaten Wirtschaftsrechts, insbesondere im gewerblichen Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht sowie im Handels- und Gesellschaftsrecht. Als Fachanwältin für gewerblichen Rechtsschutz ist sie auch für die von uns durchgeführten nationalen und internationalen Markenmeldungen zuständig und ist Mitglied der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. („GRUR“).

\*\* **Jörn H. Linnertz** studierte Rechtswissenschaften und Volkswirtschaft in Kiel. Er ist seit 1999 als Rechtsanwalt im Bereich Gesellschafts- und Steuerrecht für uns tätig. Herr Linnertz ist sowohl Fachanwalt für Steuerrecht als auch Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht und seit 2001 Partner unserer Sozietät. Im Jahr 2000 wurde er in den Zivilrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins berufen, der die Gesetzgebungsarbeit im Bereich des Zivilrechts auf nationaler und mittlerweile auch europäischer Ebene durch Expertisen begleitet. Er hält regelmäßig Seminare und veröffentlicht zu rechtswissenschaftlichen Fragen. Herr Linnertz wurde 2002 in den Vorstand des Bremischen Anwaltsvereins gewählt und gehört seit 2006 dem Fachausschuss Handels- und Gesellschaftsrecht (Zulassung von Fachanwältinnen) der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer Bremen an. Er ist Mitglied des Deutschen Juristentages (dj) und der Juristischen Gesellschaft Bremen e.V.