

Cash-Pools: Eine juristische Gratwanderung

Cash-Management-Systeme zwischen effizienter Innenfinanzierung und Kapitalschutz

Rechtsanwalt Dr. Olaf Müller-Michaels¹

Der BGH hat die Regeln für die Finanzierung über Cash-Pools drastisch verschärft. Dem Kapitalschutz wird Vorrang vor einer effizienten Konzerninnenfinanzierung eingeräumt. Die neuere Rechtsprechung läuft darauf hinaus, dass Cash-Pool-Systeme nur noch aus dem freien Eigenkapital heraus betrieben werden dürfen. Eine Ausnahme gilt lediglich im Vertragskonzern. Nicht ausgeschlossen ist, dass der Gesetzgeber mit der geplanten Reform des GmbH-Rechts den Unternehmen wieder sicheren Boden unter den Füßen verschafft.

1. Was sind Cash-Pools?

Cash-Pools sind ein Instrument der Innenfinanzierung von Konzernen. Die Barmittel, die auf den Konten der Konzernunternehmen eingehen, werden täglich auf ein zentrales Konto des Pool-Führers, üblicherweise der Konzernobergesellschaft, bei einer Bank weitergeleitet und dort gebündelt. Umgekehrt stellt der Pool-Führer den Konzernunternehmen bei Bedarf Liquidität zur Verfügung. Dadurch wird vermieden, dass bei einem Konzernunternehmen niedrig verzinsten Liquidität vorhanden ist, während ein anderes Konzernunternehmen teureres Fremdkapital bei einer Bank aufnehmen muss. So sinken die Finanzierungskosten für den Konzern. Wegen der höheren Anlagevolumina erreicht der Pool-Führer gleichzeitig eine bessere Verzinsung der bei ihm gebündelten Liquidität. Das Cash-Pooling führt also sowohl auf der Soll- als auch auf der Habenseite zu einer effizienteren Konzernfinanzierung. Technisch wird dies regelmäßig dadurch erreicht, dass die Bargeldkonten der Konzerngesellschaften täglich zugunsten des Pool-Führers auf Null gestellt werden (sog. *Zero Balancing*)².

2. Juristische Bewertung von Cash-Pools

2.1 Einordnung als Darlehen und Kapitalschutz

Durch das Cash-Pooling entstehen zwischen den Konzerngesellschaften und dem Pool-Führer Darlehensverträge. Leitet die Tochtergesellschaft Barmittel an den Pool-Führer weiter, wird die Tochtergesellschaft Darlehensgläubiger und der Pool-Führer Darlehensschuldner (sog. *Upstream Loans*). Umgekehrt ist der Pool-Führer Darlehensgläubiger und die Tochtergesellschaft Darlehensschuldner, wenn der Pool-Führer dem Tochterunternehmen Liquidität zur Verfügung stellt (sog. *Downstream Loans*). Die Salden und damit die Frage, wer wem ein Darlehen gibt, können sich täglich ändern.

Wo aber ist das juristische Problem? Üblicherweise handelt es sich bei den am Cash-Pool teilnehmenden Gesellschaften um Kapitalgesellschaften. Bei der GmbH ist die Ausschüttung von Stammkapital an den Gesellschafter unzulässig (§ 30 GmbHG). Ist die Pool-Gesellschaft eine AG, verbietet § 57

AktG darüber hinaus jede Ausschüttung an den Aktionär außerhalb des Bilanzgewinns.

Lange war man davon ausgegangen, dass diese Kapitalerhaltungsvorschriften auf Cash-Pool-Systeme nur in Ausnahmefällen anwendbar sind. Denn bilanziell handelt es sich bei der Vergabe eines Darlehens nicht um eine Ausschüttung, sondern um einen neutralen Aktivtausch. Kassenbestand oder Guthaben bei Kreditinstituten der Tochtergesellschaft werden zu einer Forderung in gleicher Höhe gegen den Pool-Führer. Kritisch wurde das Ganze nur dann, wenn die Forderung gegen den Pool-Führer nicht mehr voll werthaltig war, also nicht in gleicher Höhe hätte eingebucht werden dürfen. Das System funktionierte also so lange, wie der Pool-Führer noch kreditwürdig war.

2.2 Abkehr des BGH von bilanzieller Betrachtungsweise

2.2.1 Urteil vom 24. 11. 2003: Forderung nach liquider Haftungsmasse

Dieser bilanziellen Betrachtungsweise ist der BGH in einer viel beachteten Entscheidung aus dem Jahr 2003 entgegengetreten³. Vermögensschutz, so der BGH, erschöpft sich nicht in der Garantie einer

¹ Dr. Olaf Müller-Michaels ist Partner der eingetragenen Partnerschaft Hölters & Elsing, Düsseldorf.

² Zu den Möglichkeiten des Cash-Pooling siehe detailliert: Reidenbach, WM 2004 S. 1421, 1423.

³ BGH v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157 S. 72.

bilanzmäßigen Rechnungsziffer, sondern gebietet die Erhaltung einer die Stammkapitalziffer deckenden Haftungsmasse. Nach Sinn und Zweck des § 30 GmbHG solle das Vermögen der Gesellschaft bis zur Höhe des Stammkapitals dem Zugriff der Gesellschafter entzogen werden. 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 nur ein zeitlich hinausgeschobener schuldrechtlicher Rückzahlungsanspruch verbliebe. Bei einer Unterbilanz der Gesellschaft sei deshalb, so der BGH, gegenüber den Gesellschaftern nicht nur der bilanzielle Wert des Gesellschaftsvermögens zu wahren, sondern auch dessen reale Substanz zusammenzuhalten und vor einer Aufspaltung in schuldrechtliche Ansprüche gegen die Gesellschafter zu schützen.

Damit hat der BGH ein grundsätzliches Verbot der Gewährung von Darlehen aus dem zur Deckung des Stammkapitals nötigen Vermögen an den Gesellschafter geschaffen. Ob Ausnahmen möglich sind, lässt der BGH offen. In jedem Fall müssen aber, so der BGH, folgende Kriterien erfüllt sein:

- Die Darlehensvergabe muss im Interesse der Gesellschaft liegen,
- die Darlehensbedingungen müssen dem Drittvergleich standhalten und
- die Kreditwürdigkeit des Gesellschafters muss selbst bei Anlegung strengster Maßstäbe außerhalb jeden vernünftigen Zweifels stehen oder
- die Rückzahlung des Darlehens muss durch werthaltige Sicherheiten voll gewährleistet sein.

Gerade dann, wenn die Kapitalerhaltungsvorschriften relevant werden, nämlich im Vorfeld einer Insolvenz, dürften diese Kriterien selten erfüllt sein. Denn in einer finanziellen Krise des Konzerns dürfte die Darlehensgewährung schon nicht im Interesse der Konzerngesellschaft liegen. Außerdem dürften sich erhebliche Zweifel an der Kreditwürdigkeit des Pool-Führers ergeben. Freie Sicherheiten dürften erst recht nicht vorhanden sein. Im Regelfall bleibt es also bei dem generellen Verbot, Darlehen an den Gesellschafter zu gewähren, wenn dies aus dem zur Deckung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen geschieht.

2.2.2 Urteile vom 16. 1. 2006: Kein Sonderrecht für Cash-Pools

Diese strenge Linie hat der BGH in seinen jüngsten Entscheidungen zu Cash-Pools vom 16. 1. 2006 weiter ausgebaut⁴. Während sich das Urteil aus dem Jahr 2003 mit der Kapitalerhaltung befasste, ist Gegenstand der neuen Urteile, die zwei Parallelfälle betreffen, die Kapitalaufbringung im Konzern. Bei der Kapitalaufbringung geht es um die Frage, wie und in welcher Weise bei einer Kapitalerhöhung die erforderlichen neuen Einlagen zur Verfügung gestellt werden. Nach § 57 Abs. 2 Satz 1 GmbHG kommt es darauf an, dass der Gegenstand der Leistungen sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet. Genau dies ist bei Cash-Pool-Systemen das Problem.

So hatten im vom BGH entschiedenen Fall die Gesellschafter extra für die Kapitalerhöhung ein Termingeldkonto außerhalb des Cash-Pools eingerichtet. Auf dieses Termingeldkonto zahlten sie ihre Bareinlagen. Einen Monat später, unmittelbar nach Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister, wurden die Einlagen allerdings auf ein in den Pool einbezogenes Konto der Gesellschaft überwiesen. Dort wurden sie – entsprechend der Cash-Pool-Abrede – am Schluss des gleichen Tages zugunsten der Pool-Führerin abgebucht und das Konto der Gesellschaft „auf Null gestellt“. Der Insolvenzverwalter über das Vermögen der Gesellschaft klagte auf Zahlung der Bareinlagen an die Schuldnerin. Das Landgericht hatte die Klagen abgewiesen; das Berufungsgericht hatte ihnen im Wesentlichen stattgegeben.

Der BGH wies die Revision der Beklagten zurück. Die Einlagebeträge seien nicht, wie es im GmbHG gefordert sei, zur freien Verfügung der Geschäftsführer der Gesellschaft geleistet worden. Vielmehr sei der gesamte Vorgang als ein verrechnungsähnliches Hin- und Herzahlen zu werten, bei dem der Gesellschaft wirtschaftlich lediglich die teilweise Befreiung von Verbindlichkeiten gegenüber dem Pool-Führer zugeflossen sei. Ein Sonderrecht für Cash-Pools lehnt der BGH ausdrücklich ab.

Die Anwendung der Regeln über die verdeckte Sacheinlage und der Grundsatz der effektiven Kapitalaufbringung seien nicht etwa deshalb suspendiert, weil die Kapitalerhöhung im Rahmen eines Cash-Pool-Systems stattgefunden habe. Auch die in ein Cash-Pool-System einbezogenen GmbH unterliegen – ohne dass ein „Sonderrecht“ für diese Art der Finanzierung anerkannt werden könnte – bei der Gründung und der Kapitalerhöhung den Kapitalaufbringungsvorschriften des GmbH-Gesetzes und den dafür von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen. Dies sei im Übrigen auch den an der Kapitalerhöhung Beteiligten bewusst gewesen. Nur deswegen hätten sie es für erforderlich gehalten, die Einlagen nicht sogleich auf ein Konto im Cash-Pool, sondern zunächst auf ein Termingeldkonto außerhalb des Cash-Pools einzuzahlen.

Schließlich stellte der BGH auch fest, dass die Einlage auch nicht durch die Gewährung erneuter „Auszahlungen“ in Form weiterer Darlehen nachträglich geleistet wurde. Das ständige automati-

⁴ BGH v. 16. 1. 2006 – II ZR 75/04 und 76/04, vgl. dazu erste Stellungnahme von Müller-Michaels, FB-NEWS 2/06 S. 8.

sche Zero-Balancing im Rahmen des Cash-Management-Systems lasse eine klare Zuordnung zu der noch ausstehenden Einlage-schuld nicht einmal ansatzweise erkennen. Man kann sich also auch nicht darauf be-rufen, dass zwischenzeitlich ein positiver Saldo zugunsten der Gesellschaft, bei der das Kapital erhöht wurde, bestand.

3. Folgerungen für die Praxis

3.1 GmbH als Cash-Pool-Teilnehmer

3.1.1 Darlehensgewährung nur aus Nettovermögen

Die Urteile des BGH betreffen die GmbH unmittelbar. Aus beiden lässt sich die Aus-sage ableiten, dass mindestens in Höhe des Stammkapitals liquide Haftungsmasse vor-handen sein muss. Bei Unterbilanz der Ge-sellschaft ist demnach die Begründung neuer oder Vergrößerung bestehender Darlehens-ansprüche gegen den Cash-Pool-Führer un-zulässig. Dies gilt wie oben gesehen unab-hängig davon, ob der Gesellschafter kredit-würdig ist und ob das Darlehen marktüblich verzinst ist. Barmittel der am Cash-Pool teil-nehmenden GmbH dürfen also nur insoweit an den Pool-Führer weitergeleitet werden, wie die Gesellschaft über Nettovermögen verfügt. Das Nettovermögen berechnet sich aus der Differenz zwischen Aktivvermögen und Verbindlichkeiten. Dabei sind die übli-chen handelsrechtlichen Bewertungsmetho-den anzuwenden. Stille Reserven dürfen nicht berücksichtigt werden⁵. Darlehensfor-derungen gegen den Cash-Pool-Führer oder andere Konzerngesellschaften sind mit Null zu bewerten⁶.

3.1.2 Beispiele

Dazu drei Beispiele (Beträge = Tsd. €):

AV = Aktivvermögen (ohne Kasse und
Cash-Pool-Forderungen)
CF = Cash-Pool-Forderung
K = Kasse
SK = Stammkapital + gesetzliche Rücklagen
FE = Freies Eigenkapital
V = Verbindlichkeiten und Rückstel-
lungen

Fall A

AV = 600	SK = 100
K = 100	FE = 100

Fall B

AV = 600	SK = 200
K = 100	FE = 0
	V = 500

Fall C

AV = 500	SK = 100
CF = 100	FE = 100
K = 100	V = 500

In Fall A kann der Kassenbestand von 100 000 € an den Cash-Pool-Führer als Darlehen abgeführt werden. Das Nettovermögen beträgt 200 000 € (700 000 € gesamtes Aktivvermögen – 500 000 € Verbindlichkeiten). Werden 100 000 € in eine Forderung gegen einen Gesell-schafter umgewandelt, bleiben immer noch 100 000 €, um das Stammkapital in gleicher Höhe abzudecken.

In Fall B ist eine Darlehensvergabe des Kassenbestands dagegen nicht möglich. Das Nettovermögen von 200 000 € entspricht genau dem Stammkapital. Eine Reduzierung des Kassenbestands zugun-sten einer mit Null zu bewertenden Forderung gegen den Cash-Pool-Führer würde dazu führen, dass kein ausreichendes Nettovermögen mehr zur Abdeckung des Stammkapitals vorhanden wäre.

Vereinfacht kann man aus diesen beiden Beispielen ableiten, dass die Weiterleitung von Barmitteln als Darlehen an den Cash-Pool-Führer nur zulässig ist, soweit und solange noch freies Eigenkapital (freie Rücklagen und laufender Gewinn) existiert.

Diese Regel greift jedoch nicht mehr ohne weiteres, wenn die Gesell-schaft dem Cash-Pool-Führer bereits Darlehen eingeräumt hat. Dies zeigt sich an Fall C. Das Nettoaktivvermögen beträgt wiederum 200 000 €. Das Stammkapital beträgt nur 100 000 €, so dass eine Umwandlung des Kassenbestands in eine Darlehensforderung ge-genüber dem Gesellschafter möglich erscheint. Hier ist jedoch zu beachten, dass bereits eine Forderung in Höhe von 100 000 € gegen den Cash-Pool-Führer besteht. Diese kann bei der Berechnung des Nettoaktivvermögens nicht berücksichtigt werden. Denn der BGH legt in seinem Urteil vom 24. 11. 2003 eindeutig fest, dass die reale Substanz des Vermögens zusammenzuhalten und vor einer Aufspal-tung in schuldrechtliche Ansprüche gegen die Gesellschafter zu schützen ist. Das Aktivvermögen ohne solche schuldrechtlichen An-sprüche gegen den Gesellschafter reicht aber nicht mehr aus, um weitere Cash-Pool-Darlehen der GmbH zu ermöglichen.

Die Regel, dass Cash solange an den Pool-Führer abgeführt werden kann, wie freies Eigenkapital vorhanden ist, ist also zu modifizie-ren. Vom freien Eigenkapital sind die bereits zugunsten des Cash-Pool-Führers bestehenden Darlehen abzuziehen⁷. Nur aus dem verbleibenden Betrag dürfen Cash-Leistungen an den Pool-Führer er-folgen.

3.1.3 Folgerungen und Kritik

Bei jeder am Cash-Pool beteiligten GmbH muss demzufolge re-gelmäßig überprüft werden, ob – unter Berücksichtigung des Dar-lehenssaldos mit dem Pool-Führer – noch ausreichend freies Eigen-

⁵ Roth/Altmeppen, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 30 Rn. 11.

⁶ OLG München v. 24. 11. 2005 – 23 U 380/05, ZIP 2006 S. 25, 26, nicht rechts-kräftig, Revision beim BGH anhängig.

⁷ OLG München, a. a. O. (Fn. 6); Schilmar, DStR 2006 S. 568, 573.

kapital vorhanden ist. Ist dies nicht mehr der Fall, darf das Unternehmen kein Cash mehr an den Pool-Führer weiterleiten. Ferner ist ein schriftliches Vertragswerk zu erstellen, das diesen Grundsätzen Rechnung trägt⁸.

Diese Rechtsprechung stellt hohe Anforderungen an die Praxis. Zu Recht weisen Teile der rechtswissenschaftlichen Literatur darauf hin, dass eine solche Diskriminierung konzerninterner Darlehen dem Bilanzrecht, aber auch dem Gesellschaftsrecht fremd sei⁹.

Ein Ausweg könnte sein, das Verbot von Darlehenszahlungen erst dann greifen zu lassen, wenn bereits eine Unterbilanz bei der Gesellschaft besteht¹⁰. In den Beispielen B und C wäre dann eine Weiterleitung des Cash-Bestands möglich. Unzulässig wäre sie nur, wenn das freie Eigenkapital bereits negativ ist, wenn also keine freien Rücklagen, sondern Verlustvorträge oder ein Bilanzverlust vorhanden sind. Im Fall B etwa wäre eine Weiterleitung des Kassenbestands an den Cash-Pool-Führer nach diesem Konzept erst unzulässig, wenn das freie Eigenkapital -50 und die Verbindlichkeiten 550 wären.

Diese Auffassung ist jedoch wegen des Schutzzwecks des § 30 GmbHG nicht haltbar. Es kann keinen Unterschied machen, ob durch eine Auszahlung eine Unterbilanz begründet oder vertieft wird¹¹. Entscheidend ist, so auch der BGH in seinem Urteil vom 24. 11. 2003, dass das Vermögen der Gesellschaft bis zur Höhe des Stammkapitals dem Zugriff der Gesellschafter entzogen werden muss¹²; dann sind aber Kredite der GmbH an Gesellschafter schon unzulässig, wenn die Valuta dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen entnommen würde¹³.

Immerhin wird man die Rechtsprechung aber dahingehend verstehen können, dass die Nullbewertung von Forderungen gegen den Gesellschafter nur für solche Forderungen gilt, die ein Darlehenselement enthalten. Forderungen aus Lieferung und Leistung gegen den Gesellschafter können weiter bei der Berechnung des Nettovermögens berücksichtigt werden¹⁴. Dies gilt nur dann nicht, wenn wie bei einem Darlehen eine Stundung erfolgt. Nur bei einer solchen Stundung ist das Element des „zeitlichen Hinausschiebens“, auf das der BGH entscheidend abhebt, erfüllt.

3.1.4 Strafrechtliche Sanktionen

In jedem Fall sollten bestehende Cash-Pool-Systeme intensiv auf ihre Vereinbarkeit mit der neuen BGH-Rechtsprechung überprüft werden. Denn neben zivilrechtlichen Ansprüchen (§ 43 Abs. 3 GmbHG) droht den Geschäftsführern der am Cash-Pool teilnehmenden Tochtergesellschaften auch eine strafrechtliche Verfolgung.

Nach der Bremer Vulkan Entscheidung des 5. Strafsenats des BGH vom 13. 5. 2004 kann eine strafbare Untreue (§ 266 StGB) vorliegen, wenn innerhalb eines Cash-Management-Systems Vermögenswerte in einem solchen Umfang ungesichert im Konzern angelegt werden, dass im Fall ihres Verlustes die Erfüllung von Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft oder deren Existenz gefährdet wäre¹⁵.

3.1.5 Überlagerung durch konzernrechtliche Vorschriften

Viel diskutiert wird die Frage, ob sich ein Ausweg aus den neu aufgestellten Beschränkungen für Cash-Pool-Systeme aus den konzernrechtlichen Vorschriften ergeben kann¹⁶. Bei der Aktiengesellschaft überlagern die Vorschriften über Unternehmensverträge (§§ 291 ff. AktG) die Kapitalerhaltungsvorschriften. Nach § 291 Abs. 3 AktG gelten Leistungen der Gesellschaft aufgrund eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags nicht als Verstoß gegen die §§ 57, 58 und 60 AktG. Das heißt, die Ausschüttungssperre gilt im AG-Vertragskonzern nicht. Zum Ausgleich muss aber die herrschende Gesellschaft sämtliche Verluste der abhängigen Gesellschaft übernehmen (§ 302 Abs. 1 AktG). Zwischen herrschendem und beherrschten Unternehmen wird eine Haftungseinheit hergestellt.

Diese Vorschriften gelten analog im GmbH-Vertragskonzern. § 30 GmbHG ist in einem solchen Konzern aufgehoben. Damit fällt die Rechtsgrundlage, auf die der BGH die Sperre für Cash-Pool-Zahlungen bei Unterbilanz begründet, weg. Weiter gültig bleibt allerdings die These des BGH, dass bloße schuldrechtliche Ansprüche gegen den Gesellschafter nicht mit liquider Haftungsmasse gleichzusetzen sind. Dieses Argument greift jedoch im Vertragskonzern zu kurz. Durch die Eintragung des Beherrschungsvertrags im Handelsregister der abhängigen Gesellschaft (§ 294 AktG) ist das Abhängigkeitsverhältnis öffentlich. Die Gläubiger wissen, dass der Schutz des Stammkapitals der beherrschten Gesellschaft aufgehoben ist¹⁷.

8 OLG München, a. a. O. (Fn. 6).

9 Siehe etwa kritisch: Hentzen, ZGR 2005 S. 480, 490 ff.; Fuhrmann, NZG 2004 S. 552, 553 f.; Schilmar, a. a. O. (Fn. 7), S. 571 ff.

10 Hentzen, a. a. O. (Fn. 9), S. 489; Goette, ZIP 2005 S. 1481, 1484.

11 Dies entspricht der allgemeinen Meinung zu § 30, siehe z. B.: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 30 Rn. 13; Roth/Altmeppen, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 30 Rn. 9.

12 BGH, a. a. O. (Fn. 3), S. 75 f.

13 Stimpel, Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 335, 352; auf diesen Beitrag beruft sich der BGH mehrfach in seiner Entscheidung vom 24. 11. 2003.

14 Stimpel, a. a. O. (Fn. 13), S. 352 f.; Bayer/Lieder, ZGR 2005 S. 133, 141 ff.

15 BGH v. 13. 5. 2004 – 5 StR 73/03, BGHSt. 49 S. 147; dazu jüngst Krause, JR 2006 S. 51.

16 Siehe z. B. Hentzen, a. a. O. (Fn. 9), S. 480, 506 ff.; Bayer/Lieder, a. a. O. (Fn. 14), S. 147 ff.; Reidenbach, WM 2004 S. 1421, 1423 ff.; Seidel, DStR 2004 S. 1130, 1133 f.

17 Wie hier: Fuhrmann, NZG 2004 S. 552, 554.

Ungeklärt ist,
inwieweit Aktien-
gesellschaften
als Teilnehme-
rinnen an Cash-
Pools betroffen
sind.

KSI 3/06 104 Finanzierung über Cash-Pools

Festzuhalten bleibt also, dass bei GmbH, die Objekt eines Beherrschungsvertrags sind, Cash-Pool-Zahlungen möglich sind. Die Grenze liegt in der Existenzgefährdung der GmbH¹⁸.

Im faktischen Konzern sind die Kapitalerhaltungsvorschriften dagegen nicht suspendiert. Der faktische Konzern, also das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses ohne Abschluss von Beherrschungsverträgen, ist gerade die typische Situation in Cash-Pool-Systemen. Zwar gibt § 311 Abs. 2 AktG der Gesellschaft einen Ausgleichsanspruch gegen schädigende Handlungen der herrschenden Gesellschaft. Diese Vorschrift ist jedoch nur auf Aktiengesellschaften, nicht aber auf GmbH analog anwendbar¹⁹. Im faktischen Konzern gilt die oben skizzierte BGH-Rechtsprechung also ohne Einschränkungen.

3.2 Aktiengesellschaft als Cash-Pool-Teilnehmer

Die BGH-Rechtsprechung betraf bisher nur die Darlehensvergabe einer GmbH an ihren Gesellschafter. Wie der Inhalt der Entscheidungen auf eine Aktiengesellschaft als Teilnehmerin an einem Cash-Pool zu übertragen ist, ist ungeklärt.

3.2.1 § 57 AktG: Vermögensbindung

Nach § 57 Abs. 1 AktG dürfen den Aktionären die Einlagen nicht zurückgewährt werden. Abs. 3 bestimmt, dass vor Auflösung der Gesellschaft unter die Aktionäre nur der Bilanzgewinn verteilt werden darf. Anders als bei der GmbH (§ 30 GmbHG) ist das komplette Eigenkapital und nicht nur das registrierte Grundkapital vor Ausschüttungen an die Gesellschafter geschützt. Auch eine Leistung an den Aktionär aus den Aktiva, denen freie Rücklagen gegenüberstehen, ist eine verbotene Einlagenrückgewähr, wenn sie nicht als Verteilung von Bilanzgewinn oder anderweitig gerechtfertigt ist²⁰. § 57 AktG bewirkt also eine über die Kapitalerhaltung hinausgehende Vermögensbindung. Allerdings gilt auch hier grundsätzlich, dass die AG mit ihren Aktionären wie mit jedem Dritten Geschäfte machen und entsprechende Leistungen erbringen kann. Darin liegt keine Einlagenrückgewähr, weil die Leistung der AG durch eine Gegenleistung kompensiert wird, die der Aktionär wie ein fremder Dritter erbringt²¹.

3.2.2 Cash-Pool-Leistungen aus freien Rücklagen

Dies entspricht der Theorie vom Aktivtausch, die vor dem BGH-Urteil vom 24. 11. 2003 auch bei der GmbH vertreten wurde. Der BGH möchte jedoch diese „bilanzrechtliche“ Betrachtungsweise bei der Kapitalerhaltung und -aufbringung der GmbH nicht mehr gelten lassen. Fraglich ist, wie sich das auf die AG auswirkt. Der BGH hat sich dazu noch nicht geäußert. Denkbar ist zweierlei:

Eine nicht durch Beherrschungsvertrag gebundene Aktiengesellschaft kann nicht an Cash-Pool-Systemen teilnehmen. Da nach § 57 AktG das gesamte Kapital und nicht nur das Grundkapital gebunden und vor Zersplitterung in schuldrechtliche Ansprüche gegen den Aktionär zu schützen ist, ist die Einräumung von Darlehen an den Aktionär generell unzulässig²².

Diese strikte Anwendung schießt allerdings über den vom BGH für die GmbH bezweckten absoluten Schutz des Stammkapitals hinaus. Naheliegender ist es, die absolute Darlehenssperre wie bei der GmbH auf das Stammkapital, bei der AG auf das Grundkapital (und die gesetzlichen Rücklagen) zu beschränken²³. § 57 AktG würde damit nicht ausgehöhlt²⁴. Bei Cash-Pool Leistungen, denen ausreichende freie Rücklagen gegenüberstehen, käme es weiterhin darauf an, dass das Darlehen marktübliche Konditionen hat. Die Beispiele in Abschn. 3.1.2 würden dann identisch bei der Aktiengesellschaft gelten.

3.2.3 Überlagerung durch konzernrechtliche Vorschriften

Ebenso wie bei der GmbH gilt auch bei der Aktiengesellschaft, dass im Vertragskonzern Cash-Pool-Zahlungen ohne Rücksicht auf § 57 AktG zulässig sind. Das folgt aus § 291 Abs. 3 AktG, nach dem Leistungen der Gesellschaft aufgrund eines Beherrschungs- oder eines Gewinnabführungsvertrags nicht als Verstoß gegen § 57 AktG gelten. In AG-Vertragskonzernen sind demnach wie bei der GmbH Cash-Pool-Systeme bis zur Grenze der Existenzgefährdung zulässig.

Umstritten ist die Lage im faktischen AG-Konzern. Hier ist eine AG von einer anderen AG oder einer GmbH abhängig, ohne dass ein Beherrschungsvertrag besteht. § 317 Abs. 1 AktG verpflichtet das herrschende Unternehmen, Nachteile der abhängigen Gesellschaft auszugleichen. Nun könnte man argumentieren, dass § 317 Abs. 1 insoweit § 57 AktG vorgeht. Danach wären Cash-Pool-Leistungen wie im Vertragskonzern erlaubt, sofern tatsächlich ein Nachteilsausgleich nach § 317 Abs. 1 AktG stattfindet²⁵.

Diese Auffassung dürfte jedoch nicht haltbar sein. Denn auch bei dem Anspruch aus § 317 Abs. 1 AktG handelt es sich lediglich um einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Gesellschafter. Anders als beim Vertragskonzern besteht keine Publizität. Gläubiger können

18 BGH v. 17. 9. 2001 – II ZR 179/99 – Bremer Vulkan, BGHZ 149 S. 10, Leitsatz 2; Habersack/Schörnbrand, NZG 2004 S. 689, 690.

19 BGHZ 95 S. 330, 340; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, Anh. § 13 Rn. 16 m. w. N.

20 Hüffer, AktG, 6. Aufl. 2004, § 57 Rn. 3.

21 Hüffer, a. a. O. (Fn. 20), Rn. 8 ff.

22 Cahn, Der Konzern 2004 S. 235, 243 f.; Seidel, a. a. O. (Fn. 16), S. 1132.

23 Henze, WM 2005 S. 717, 720 f.

24 Bayer, in: Münchener Komm. z. AktG, 2. Auflage 2003, § 57 Rn. 133.

25 So etwa Hentzen, a. a. O. (Fn. 9), S. 506 ff; Grothaus/Halberkamp, GmbHR 2005 S. 1317, 1318 f.

sich also nicht darauf einstellen, dass der Kapitalschutz der Aktiengesellschaft aufgehoben ist. Sofern keine freien Rücklagen vorhanden sind, sind also Cash-Pool-Leistungen der AG im faktischen Konzern unzulässig²⁶. Es gilt das Gleiche wie bei der GmbH.

4. Zusammenfassung und Ausblick

Zusammenfassend lässt sich für die Praxis Folgendes festhalten. Die neuere BGH-Rechtsprechung macht die Einrichtung und den Betrieb von Cash-Pool-Systemen zu einer Gratwanderung. Am Sichersten ist, die Konzerngesellschaften über Beherrschungsverträge an die Obergesellschaft zu binden. Dann

sind Cash-Pool-Systeme bis zur Grenze der Existenzgefährdung zulässig. Durch einen solchen Vertragskonzern wird jedoch eine Haftungseinheit kreiert, was diese Lösung für viele Konzerne unattraktiv macht. Außerhalb des Vertragskonzerns sollten Cash-Pool-Systeme nur aus dem freien Eigenkapital gespeist werden. Entsprechende schriftliche Vereinbarungen sind notwendig. Bei einem Zugriff auf das zur Deckung des Stammkapitals erforderliche Vermögen drohen Schadensersatz und strafrechtliche Sanktionen. Die Problematik lässt sich dadurch abfedern, dass man das Stamm- bzw. Grundkapital der Konzerngesellschaften möglichst niedrig wählt (Mindestkapital von 25.000 € für die GmbH und 50.000 € für die AG). Möglicherweise wird das Thema auch durch die geplante Reform des GmbH-Rechts entschärft. Diskutiert werden eine Herabsetzung des Mindestkapitals sowie Lockerungen des Kapitalschutzes.

²⁶ Ähnlich: Reidenbach, a. a. O. (Fn. 2), S. 1428.

Daten & Fakten aus der Wirtschaft

Wirkungen des Kontenabrufverfahrens

Das zum 1. 4. 2005 durch das Gesetz zur Förderung der Steuerehrlichkeit eingeführte steuerliche Kontenabrufverfahren hat sich nach im April 2006 herausgegebener Mitteilung des BMF „in der Praxis hervorragend bewährt“. Zwischen dem 1. 4. 2005 und dem 31. 3. 2006 hat das Bundeszentralamt für Steuern demnach 15 464 Kontenabrufe nach § 93 Abs. 7 und 8 AO durchgeführt. Allein im März 2006 ist von dieser Möglichkeit in 2393 Fällen Gebrauch gemacht worden. Der Bundesregierung liegen zwar keine Zahlen darüber vor, in wie vielen Fällen durch einen Kontenabruf Steuerhinterziehungen oder Leistungsmissbräuche aufgedeckt werden konnten. Fest steht jedoch, dass auf diesem Weg eine Vielzahl bislang unbekannter Konten und Depots aufgedeckt werden konnte. Die Finanzämter haben dabei wertvolle Ermittlungsansätze gewonnen. In Einzelfällen konnten mehrere 100 000 € durch Vollstreckung eingenommen werden. Ebenso wichtig ist nach Meinung des BMF die präventive Wirkung eines möglichen Kontenabrufs. Das Bundesverfassungsgericht hatte in seinem Beschluss vom 22. 3. 2005 deutlich gemacht, dass die Kontenabrufmöglichkeit ein geeignetes Mittel ist, um einen gleichmäßigen – und aus Sicht des BMF gerechteren – Vollzug der Steuergesetze zu gewährleisten. Der BFH halte die steuerliche Kontenabrufmöglichkeit sogar für verfassungsrechtlich geboten.

Über 30 000 Limiteds in Deutschland

Nach einer Studie der Universität Hamburg wurden im Zeitraum von November 2002 bis Dezember 2005 bereits über 30 000 Limiteds in Deutschland gegründet. Allerdings zeigt die Analyse auch, dass 2600 Limiteds mit Verwaltungssitz in Deutschland bereits wieder aufgelöst wurden; seit Ende 2002 wurden 2500 Insolvenzanträge gegen diese Limiteds gestellt. Ferner mangelt es den Limiteds an der Pflichterfüllung zur Offenlegung ihrer Geschäftsdaten: Nach Untersuchungen von Schall/Westhoff von der Univ. Hamburg haben nur 43 % der publizitätspflichtigen Limiteds ihre Jahresabschlüsse rechtzeitig eingereicht. Um hier gegenzusteuern, sind Gesetzentwürfe in der Diskussion, die das erforderliche Mindeststammkapital der GmbH auf 10 000 € (Entwurf BMJ) oder sogar nur 2500 € (Entwurf NRW, s. Bericht auf S. 120) begrenzen wollen. Kontaktaufnahme mit den Verfassern der Studie (Dr. Alexander Schall / Dr. André Westhoff) unter aow@aow.ch.

Abbau bürokratischer Hemmnisse

Dem vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vorgelegten Entwurf des Ersten Gesetzes zum Abbau bürokratischer Hemmnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft hat das Bundeskabinett am 25. 4. 2006 zugestimmt und sich auf einen umfangreichen Katalog weiterer mittelstandsfreundlicher Entlastungsregelungen

verständigt (zum Gesetzentwurf vgl. unter www.bundesrat.de).

So sollen z. B. die steuerliche Buchführungspflichtgrenze von 350 000 € auf 500 000 € angehoben und damit etwa 150 000 Unternehmen von umfänglichen Buchführungspflichten befreit werden. In der Statistik des Produzierenden Gewerbes werden nur noch Unternehmen mit mindestens 50 statt bisher 20 Beschäftigten erfasst. Damit werden 25 000 von bisher 48 000 Unternehmen nur noch einmal jährlich befragt. Die Pflicht zur Bestellung von Datenschutzbeauftragten wird auf Unternehmen reduziert, die mindestens 10 (bisher 5) mit Personendatenverarbeitung betraute Mitarbeiter beschäftigen. Zugleich wird auch Berufsgeheimnisträgern wie z. B. Ärzten, Rechtsanwälten und Steuerberatern gestattet, ggf. externe Datenschutzbeauftragte zu bestellen.

Mittelfristig sollen mit dem Gesetzentwurf spürbare Erleichterungen bei der Unternehmensgründung und -übertragung geschaffen, z. B. durch eine Novelle des GmbH-Gesetzes und eine Reform des Handels- und Unternehmensregisters. Im Umsatzsteuerrecht wird die Summe verdoppelt, ab der die Steuer nur auf tatsächlich vereinnahmte Rechnungsbeträge zu entrichten ist (sog. Ist-Besteuerungsgrenze). Der Lohnsteuerjahresausgleich des Arbeitgebers sowie die herkömmliche Lohnsteuerkarte sollen nach den Überlegungen im BMWi entbehrlich werden.