

CASH POOLING IM KONZERN

PD Dr. Roland Müller, Rechtsanwalt

I. EINLEITUNG UND PROBLEMSTELLUNG

1. Begriff und Zweck des Cash Pooling

Unter Cash Pooling wird ein Zusammenführen der Liquiditäten verschiedener Konzerngesellschaften verstanden (vgl. dazu Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat 3. Aufl., Zürich 2007, S. 585 f.). Das Cash Pooling kann in einer realen Form (sog. Zero Balancing) erfolgen durch tatsächliche Übertragung von finanziellen Mitteln auf ein ein zentrales Konto, welches auf die herrschende Gesellschaft oder eine Management-Gesellschaft lautet. Möglich ist aber auch eine virtuelle Form (sog. Notional Pooling), wobei die Saldi der einzelnen Bankkonten lediglich rechnerisch zusammen erfasst und etwa Bankzinsen auf dem Totalbetrag der Saldi berechnet werden (dazu weiterführend Blum, in AJP 6/2005, S. 705 ff.).

Das Cash Pooling bezweckt eine effiziente Liquiditätsbewirtschaftung im Konzern und bessere Konditionen der Geldanlage und -ausleihe. Die Mittel von Konzerngesellschaften im Pool dienen u.U. der Bank als Sicherheit für Sollsalde auf Konten von anderen Konzerngesellschaften.

2. Problematik des fehlenden Konzernrechts

Diverse Firmenpleiten in jüngerer Zeit, z.B. in den Fällen Swissair und Erb, haben gezeigt, dass in der Schweiz ein Cash Pooling im Konzern zu erheblichen Problemen für die Verwaltungsräte von Tochtergesellschaften führen kann. Das Fehlen eines schweizerischen Konzernrechts verschärft diese Problematik. Trotz zahlreicher Publikationen zu diesem Thema herrscht bei den betroffenen Verwaltungsräten Unsicherheit über die Zulässigkeit und Konsequenzen eines Cash Poolings.

Auch wenn mehrere Gesellschaften zu einer Gruppe zusammengeschlossen sind und von einer Holdinggesellschaft aus als Konzern geleitet werden, müssen die Organe der einzelnen Tochtergesellschaften ihre Aufgaben grundsätzlich so erfüllen, wie wenn die Tochtergesellschaften nicht in einem Konzern eingebunden wären. Dies ist einfacher gesagt als getan. In der Praxis erteilt die Konzernobergesellschaft Weisungen an die Organe der Tochtergesellschaften. Werden diese Weisungen befolgt, so können sich die Ausführenden nicht mit ihrer Weisungsbundenheit entlasten. Es muss deshalb vom Verwaltungsrat einer Tochtergesellschaft genau geprüft werden, welche Weisungen rechtmässig und somit zu befolgen sind und welche es zu verweigern gilt, um einer persönlichen Verantwortlichkeit zu entgehen.

3. Undelegierbare Aufgaben für Verwaltungsräte in Konzerngesellschaften

Ein Konzern zeichnet sich durch eine einheitliche Leitung aller Konzerngesellschaften aus. Auf den ersten Blick scheint es, als ob dies nach geltendem Aktienrecht keine Probleme bieten würde. Tatsächlich erlaubt das Aktienrecht unter bestimmten Voraussetzungen (statutarische Berechtigung, Organisationsreglement und VR-Beschluss) eine Delegation der Geschäftsführung vom Verwaltungsrat an eine Geschäftsleitung. Doch die Übertragung der in Art. 716a OR aufgezählten unentziehbaren und undelegierbaren Aufgaben ist nicht zulässig. Diese Aufgaben

CASH POOLING IM KONZERN

sind auch vom Verwaltungsrat einer Tochtergesellschaft im Konzern zu erfüllen. Dabei ist der Verwaltungsrat einer Konzerngesellschaft in erster Linie den Interessen "seiner" Gesellschaft verpflichtet. Konzernweisungen dürfen grundsätzlich nur dann befolgt werden, wenn sie den Interessen der "eigenen" Gesellschaft nicht zuwiderlaufen und zwingendes Recht beachten.

Zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben gemäss Art. 716a OR gehören auch die Finanzplanung und die Finanzkontrolle. Der Verwaltungsrat einer Konzerngesellschaft hat deshalb u.a. stets darauf zu achten, dass "seine" Gesellschaft über genügend finanzielle Mittel verfügt. Eine Verletzung dieser Finanzplanungspflicht kann u.U. zu einer persönlichen Haftung des Verwaltungsrats nach Art. 754 OR zur führen.

II. RECHTLICHE GRUNDLAGEN

1. Umfassender Gesellschaftszweck als erste Voraussetzung

Das Cash Management muss durch den Gesellschaftszweck gedeckt sein. Allenfalls müssen die Statuten der betroffenen Tochtergesellschaft zuerst ergänzt werden, damit ein Cash Pooling vom statutarischen Zweck einwandfrei erfasst wird. Eine mögliche Formulierung könnte wie folgt lauten:

"Die Gesellschaft kann ihrer direkten oder indirekten Muttergesellschaft sowie deren oder ihren direkten oder indirekten Tochtergesellschaften Darlehen oder andere Finanzierungen gewähren und für Verbindlichkeiten von solchen anderen Gesellschaften Sicherheiten aller Art stellen, insbesondere in Form von Garantien, Pfändern, Globalzessionen, Sicherungsübereignungen, Sicherungsabtretungen und Schadloshaltungserklärungen. Die Gesellschaft darf Leistungen auch im Interesse anderer Konzernmitglieder erbringen".

Zu beachten ist ferner, dass der Grundsatz der Gewinnstrebigkeit durch ein Cash Pooling im Interesse des Konzerns berührt sein kann. Die Gewinnstrebigkeit ist als Zweck jeder Aktiengesellschaft immanent. Die Gesellschaft kann darauf verzichten, allerdings nur in Form eines Gesellschafterbeschlusses und nur dann, wenn alle Aktionäre dem Verzicht zugestimmt haben.

3. Verbot der Einlagenrückgewähr

Bei der Teilnahme an einem Cash-Pool fliessen regelmässig Mittel der Gesellschaft zugunsten anderer Gruppengesellschaften ab. Handelt es sich dabei um die Muttergesellschaft (*up-stream*) oder um eine Schwestergesellschaft (*cross-stream*) werden dabei (zumindest indirekt) die Aktionäre begünstigt. Es stellt sich dann die Frage, ob eine verbotene Einlagenrückgewähr vorliegt.

Die Lehrmeinungen dazu gehen auseinander. Das Verbot der Einlagenrückgewähr ist dann nicht tangiert, wenn das maximale Risiko eines definitiven Mittelabflusses die freien Reserven zu keinem Zeitpunkt übersteigt. Zu beachten ist hier, dass der Verwaltungsrat, der in ein höheres Risiko einwilligt, nicht nur zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann, sondern sich unter Umständen auch strafbar macht. Dies hat das Bundesgericht in BGE 117 IV 259 unter Bezugnahme auf Art. 158 StGB (Ungetreue Geschäftsbesorgung) ausdrücklich festgehalten.

Was die freien Reserven betrifft, so wird argumentiert, dass diese ja auch über eine ordentliche Gewinnausschüttung abfliessen könnten und die Gesellschaftsgläubiger deshalb nicht darauf vertrauen dürften, dass diese Mittel der Gesellschaft als Haftungssubstrat zur Verfügung stehen. Allerdings stellt sich in diesem Zusammenhang dann bereits die nächste Frage nach einer verdeckten Gewinnausschüttung.

4. Verdeckte Gewinnausschüttung

Auch wenn das gebundene Kapital nicht berührt sein sollte, besteht die Gefahr, dass der Mittelabfluss nachträglich als verdeckte Gewinnausschüttung qualifiziert wird. Gewinne dürfen bekanntlich nur in Form eines Generalversammlungsbeschlusses ausgeschüttet werden, der zudem auf einem geprüften Abschluss basieren muss.

Praktisch behilft man sich damit, dass die Generalversammlung den Abschluss der Cash-Pool-Vereinbarung genehmigt und vertraglich vereinbart wird, dass die aus dem Cash Pooling resultierenden Verpflichtungen den Betrag der ausschüttbaren Reserven der Gesellschaft in keinem Zeitpunkt der Sicherheitenbeanspruchung übersteigen dürfen. Der Umfang der freien Reserven wird sodann im Zeitpunkt des Mittelabflusses durch einen geprüften Zwischenabschluss der Gesellschaft festgestellt. Es gibt allerdings auch Lehrmeinungen, wonach diese Praxis die gesetzlich vorgesehene Chronologie der Ausschüttungsformalitäten verletze und deshalb gesetzwidrig sei. Eine Rechtsprechung zu diesem Punkt gibt es bisher noch nicht.

Auch wenn man dieser vereinzelt Lehrmeinung nicht folgen will, ist zu empfehlen, dass die Vereinbarung durch einen Beschluss der Generalversammlung abgesegnet wird, wobei sich der Beschluss auf einem geprüften Abschluss bezieht, der sich nicht nur über die frei verwendbaren Mittel ausspricht, sondern auch über den mittelfristigen Liquiditätsbedarf der Gesellschaft. Für den Mittelabfluss darf nur der entbehrliche Liquiditätsüberschuss verwendet werden. Diese Voraussetzung ergibt sich bereits aus der Verpflichtung des Verwaltungsrats zur Finanzplanung. Auch bei einem Cash Pooling wird der Verwaltungsrat nicht von der Pflicht befreit, die Liquidität permanent zu überprüfen und sicherzustellen, wozu sich ein 12-Monate rollierender Liquiditätsplan eignet (vgl. dazu das direkt verwendbare Muster im Excel-Format auf der CD-ROM im Buch von Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2007).

Nachdem zumindest die Gefahr einer verdeckten Gewinnausschüttung besteht, hat der Verwaltungsrat auch die allenfalls geschuldete Verrechnungssteuer in Höhe von 35% in seine Berechnungen über die Höhe der freien Mittel einzubeziehen. Davon sollte nur abgewichen werden, wenn ein verbindliches Ruling der zuständigen Steuerbehörden vorliegt, das die Steuerfreiheit bescheinigt. Der Einwand, die Verrechnungssteuer könnte z.B. auch gestützt auf ein Doppelbesteuerungsabkommen bei ordentlicher Deklaration wieder zurückgefordert werden, stösst dort ins Leere, wo das betroffene Steuersubjekt nicht mehr in der Lage ist, seinen Verpflichtungen nachzukommen.

5. Branchenübliche Konditionen

Die mit dem Cash Pooling beabsichtigte Besicherung von Negativsaldi verbundener Unternehmungen ist ferner nur dann zulässig, wenn das betreffende Rechtsgeschäft zu den gleichen Konditionen auch mit einem unabhängigen Dritten hätte abgeschlossen werden können. Das Geschäft muss mit anderen Worten "at arm's length" sein. Es ist zu fragen, ob ein unabhängiger Dritter eine entsprechende Sicherheit überhaupt gewährt hätte, die Gesellschaft eine angemessene Gegenleistung erhält und sie die Bonität der anderen Poolteilnehmer sowohl bei der Aufsetzung der Vereinbarung als auch während der Laufdauer wie ein unabhängiger Dritter überprüfen kann.

Wenn der Verwaltungsrat hier zum Schluss kommt, dass die Vereinbarung dem "Drittmannstest" nicht standhält, namentlich weil das Sicherheitsrisiko in einem offensichtlichen Missverhältnis zu der von der Gesellschaft erhaltenen Gegenleistung steht, dann darf die Vereinbarung

CASH POOLING IM KONZERN

nicht abgeschlossen werden. In einem solchen Fall ist gleichzeitig von einer verdeckten Gewinnausschüttung im Sinne von Art. 678 Abs. 2 OR auszugehen.

6. Gegenleistung

Eine weitere schwierig zu beantwortende Frage in der Praxis ist, wann von marktgerechten Konditionen gesprochen werden kann. Für die Sicherheitenbestellung durch Nichtbanken besteht kein eigentlicher Markt und deshalb ist ein konkreter Preisvergleich nicht möglich. Auszugehen ist von einer bankenüblichen Risikogebühr für unbesicherte Kredite.

Das Argument, dass die Gesellschaft im Cash Pool nicht nur Mittel zur Verfügung stellt, sondern gleichzeitig auch Begünstigte ist, darf nicht unbesehen übernommen werden. Die Vorteile der einzelnen Gruppengesellschaften stehen sich nämlich nicht gleichmässig gegenüber, so dass nicht jedes Poolmitglied den Gegenwert einer adäquaten Sicherheitsabgeltung erhält.

7. Kündbarkeit der Vereinbarung

Die Voraussetzung der Gewährung zu Marktkonditionen verlangt nicht nur eine adäquate Gegenleistung, sondern auch die Möglichkeit, die Vereinbarung im Fall einer Bonitätsverschlechterung der begünstigten Gruppengesellschaften kurzfristig auflösen zu können. Der Verwaltungsrat der betroffenen Tochtergesellschaft muss mit anderen Worten dafür besorgt sein, dass die Vereinbarung eine Exit-Klausel vorsieht, welche der Gesellschaft erlaubt, bei einer Verschlechterung des wirtschaftlichen Risikos jederzeit auszusteigen. Ist dies faktisch nicht möglich, so muss das Risiko über kurze Laufzeiten beschränkt werden.

8. Klumpenrisiko

In Lehre und Rechtsprechung ist unbestritten, dass der Verwaltungsrat im Sinne einer sorgfältigen Vermögensanlage keine Klumpenrisiken eingehen darf. Dies wird aus der Sorgfaltspflicht von Art. 717 OR hergeleitet. Ob diesem Kriterium im Zusammenhang mit Poolverträgen eine selbständige Bedeutung zukommt, ist umstritten.

Das Problem "Klumpenrisiko" spielt in der Rechtsprechung zu Verantwortlichkeitsprozessen eine wichtige Rolle. Es ist in diesem Punkt für das Gericht relativ einfach zu beurteilen, ob der Verwaltungsrat risikogerecht gehandelt hat oder nicht. Es lohnt sich deshalb in jedem Falle, auch dem Klumpenrisiko angemessen Rechnung zu tragen.

III. KONSEQUENZEN EINES FEHLERHAFTEN CASH POOLINGS

1. Nichtigkeit oder Ungültigkeit der Vereinbarung

Werden zwingende gesetzliche oder statutarische Vorschriften beim Abschluss des Cash Pooling verletzt, so ist die Vereinbarung nichtig; sie gilt demnach als nie abgeschlossen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die statutarische Grundlage für den Abschluss fehlt. Werden andere Bestimmungen missachtet, z.B. Vorgaben im Organisationsreglement oder Funktionsdiagramm, so kann die Vereinbarung allenfalls wegen Ungültigkeit angefochten werden.

2. Ersatz- und Rückerstattungspflichten

Ist die Vereinbarung eines Cash Poolings nichtig oder ungültig, so müssen die erbrachten Leistungen zurückerstattet werden. Dazu gehören auch die aus den Leistungen resultierenden Zinsen.

Solange die Vertragsparteien finanziell gut stehen, kann die Rückerstattung der Leistungen mehr oder weniger problemlos durchgesetzt werden. Doch wenn die Muttergesellschaft, welche von der Tochtergesellschaft Gelder im Rahmen des Cash Poolings empfangen hat, in Konkurs fällt, sind gravierende Probleme vorprogrammiert. Eine Rückerstattung wird in diesem Falle nicht oder nur noch teilweise möglich sein. Für einen allfälligen Schaden haben die verantwortlichen Organe der Tochtergesellschaft persönlich einzustehen.

3. Haftungsdurchgriff im Konzern

Konzerngesellschaften müssen für die Schulden derjenigen Gruppengesellschaften eintreten, die Sicherheiten zugunsten von verbundenen Unternehmungen zu nicht marktgerechten Konditionen gewährt haben. Dies bedeutet, dass auch der Verwaltungsrat der konzernleitenden Holdinggesellschaft zur Verantwortung gezogen werden kann.

4. Fehlende Deckung einer D&O-Versicherung

Die offerierten Leistungen einer D&O-Versicherung erscheinen auf den ersten Blick umfassend: Schaden und Kosten, welche den Verwaltungsräten und Managern überbunden werden, Abwehr von ungerechtfertigten Ansprüchen, Übernahme von Abwehrkosten (Anwaltskosten und Expertisen, welche im Zusammenhang mit der Klage entstehen) und Folgeschäden durch Massenentlassung und Sozialpläne.

Tatsächlich werden in den AGB der D&O-Versicherungen jedoch regelmässig wichtige Deckungsausschlüsse statuiert, wozu auch noch individuelle Deckungsausschlüsse kommen können, wie z.B. Finanztransaktionen innerhalb des Konzerns. Es ist deshalb genau zu prüfen, ob Leistungen im Rahmen eines Cash Poolings gedeckt sind oder nicht. Im Falle der SAir-Group waren Finanztransaktionen innerhalb des Konzerns ausdrücklich ausgeschlossen worden.

IV. CHECKLISTE ZUM CASH POOLING

Im Sinne einer Checkliste sollte sich der Verwaltungsrat einer Gesellschaft beim Abschluss einer Vereinbarung, die ein Cash Pooling zum Gegenstand hat, folgende Fragen stellen und allenfalls die entsprechenden Massnahmen einleiten:

- Ist das Cash Pooling durch den Gesellschaftszweck gedeckt? Bei Unsicherheit: Legal Opinion einholen und Statuten gegebenenfalls anpassen.
- Übersteigt das maximale Risiko eines Mittelabflusses zu irgendeinem Zeitpunkt die freien Reserven? Bei Unsicherheit: Bestätigung der Revisionsstelle einholen.
- Berührt die Vereinbarung die mittelfristige Liquiditätsplanung? Bei Unsicherheit: Bestätigung der Revisionsstelle einholen.
- Besteht die Gefahr, dass eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt und wurden diesfalls Rückstellungen für die Verrechnungssteuer gebildet? Bei Unsicherheit: Steuerruling einholen.

CASH POOLING IM KONZERN

- Würde eine unabhängige Drittpartei die Vereinbarung zu den gleichen Konditionen ebenfalls abschliessen? Bei Unsicherheit: Expertise der Revisionsstelle einholen.
- Erhält die Gesellschaft eine angemessene Gegenleistung? Bei Unsicherheit: Expertise der Revisionsstelle einholen.
- Liegt ein offenkundiges Missverhältnis zwischen Sicherheitsrisiko und Gegenleistung oder ein Klumpenrisiko vor? Bei Unsicherheit: Expertise der Revisionsstelle einholen.
- Hat die Generalversammlung die Vereinbarung betreffend Cash Pooling genehmigt? Bei Unsicherheit: Generalversammlung einberufen und Genehmigung einholen.
- Enthält der Cash Pool Vertrag die Bedingung, dass eine Leistung nur fällig wird, wenn und soweit im Zeitpunkt der Beanspruchung freie Reserven für eine Ausschüttung zur Verfügung stehen und darüber hinaus auf den Liquiditätsüberschuss beschränkt sind? Bei Unsicherheit: Vertrag anpassen.
- Enthält der CashPool Vertrag eine Exit-Klausel? Bei Unsicherheit: Kurze, überschaubare Laufzeit vereinbaren.