



## CHG Corporate Breakfast

*Gesellschaftsrecht für Aufgeweckte*

### CASH-POOLING IM UNTERNEHMENSVERBUND – ZULÄSSIGKEIT IM LICHT DER VERBOTENEN EINLAGENRÜCKGEWÄHR

20.5.2022

*Univ.-Prof. Dr. Alexander Schopper  
unter Mitarbeit von Kerstin Stritzke, LL.M.*

# Agenda

- I. **Cash-Pooling**  
Begriff und Einzelfragen
- II. **Kapitalerhaltung und Verbot der Einlagenrückgewähr**  
Schutzwirkung und Problem der verdeckten Einlagenrückgewähr
- III. **Die Cash-Pooling-Entscheidung des OGH**  
OGH 2.5.2019, 17 Ob 5/19p

# I. Cash-Pooling

## *Was ist Cash-Pooling?*

- Jede Gesellschaft im Unternehmensverbund ist auf **Liquidität** angewiesen
- IdR unterschiedliche Liquiditätslevels bei den einzelnen Gesellschaften:  
**Liquiditätsbedarf** versus **-überschuss**
- Bündelung der einzelnen Liquiditäten in einem „Pool“
- Weiterleitung finanzieller Mittel an liquiditätsbedürftige Gesellschaften
- **Ausgleich** der unterschiedlichen Liquiditätslevels durch „Cash-Pooling“

# I. Cash-Pooling

## *Cash-Management-Systeme*

- **Ziel:** *Liquide Mittel „jederzeit und ‘just in time’ am richtigen Konto der richtigen Konzerngesellschaft zu haben, überschüssige Liquidität optimal zu veranlagern und fehlende Liquidität günstig zu beschaffen“ (Polster in Polster, HB Cash-Pooling V)*

## *Cash-Pooling als Finanzierungsinstrument*

- **Effektives Cash-Pooling** (*cash concentration*)
  - Zahlungsströme zwischen *master account* und Konten der Teilnehmer werden real durchgeführt
- **Fiktives Cash-Pooling** (*notional pooling*)
  - reine Rechenvorgänge ohne tatsächlichen Geldfluss

# I. Cash-Pooling

## *Vorteile*

- Keine Fremdfinanzierung mit hohen Zinsen notwendig
- Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit im gesamten Unternehmensverbund
- Verbesserung von Bilanzposten wie der Eigenkapitalquote und Debt/Equity-Quote
- Reduzierung von Kosten wie Finanzierungs- und Transaktionskosten, Verwaltungs- und Personalkosten sowie von Steuerkosten mittels grenzüberschreitendem Cash-Pooling

# I. Cash-Pooling

## *Nachteile*

- Verlust von finanziellen Mitteln für die Gesellschaften mit Liquiditätsüberfluss
  - Risiko der Existenzgefährdung
- Evtl Abhängigkeit der Pool-Gesellschaften von der die finanziellen Mittel verwaltenden Gesellschaft

# I. Cash-Pooling

## *Qualifizierung als Bankgeschäft*

- Bankgeschäfte dürfen grds nur von Kreditinstituten ausgeübt werden (Konzessionspflicht)
- Cash-Pooling ist regelmäßig ein Einlagen-, Giro- und Kreditgeschäft iSd § 1 BWG
- Aber: lediglich interne Finanzierung ohne gewerbliche Zielrichtung
  - Kein Schutz durch das BWG erforderlich, weil Anlegerinteressen und Bankensystem nicht gefährdet sind
- Vgl Legalausnahme in Deutschland für verbundene Unternehmen in § 2 Abs 1 Nr 7 dKWG („Konzernprivileg“)

# I. Cash-Pooling

## *Verantwortlichkeit und Haftung*

- Maßnahmen zur Finanzierung der Gesellschaft fällt grds in die Zuständigkeit des AG-Vorstands bzw GmbH-Geschäftsführers
  - AG: Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats nach § 95 Abs 1 Z 5 u 6 AktG bei effektivem Cash-Pooling
  - GmbH: idR außergewöhnliches Geschäft, daher nach hM vorlagepflichtig
- Gilt sowohl für die herrschende als auch die beherrschte(n) Gesellschaft(en)
- Geschäftsführungsorgane tragen grds das Haftungsrisiko, aber
  - Anwendbarkeit der Business Judgment Rule nach § 84 Abs 1a AktG bzw § 25 Abs 1a GmbHG
  - Haftungsbefreiung nach § 84 Abs 4 S 1 AktG bzw § 25 Abs 5 GmbHG

# I. Cash-Pooling

## *Bedeutung in der Krise und Insolvenz*

- **Zahlungsunfähigkeit**
  - (Rück-) Zahlungsforderungen können angesetzt werden, sofern sie kurzfristig durchsetzbar sind (vgl OGH 19.1.2011, 3 Ob 99/10w) und der Cash-Pool eine ausreichende Bonität aufweist
  - Bereits fällige Zahlungspflichten aus einem Cash-Pool sind zu berücksichtigen, zukünftige nicht
- **EKEG**
  - Rückzahlungsanspruch kann bei Vorliegen der Voraussetzungen unter die Rückzahlungssperre des § 14 EKEG fallen

## II. Kapitalerhaltung und verbotene Einlagenrückgewähr

*Strenger Schutz vor gewinnunabhängigem Zugriff*

- Die wichtigsten Säulen des Gläubigerschutzes
  - Kapitalaufbringung
  - Kapitalerhaltung
  - Insolvenzantragspflicht

## II. Kapitalerhaltung und verbotene Einlagenrückgewähr

### *Verbot der Einlagenrückgewähr als Kern der Kapitalerhaltung*

- Verstöße bleiben in der Praxis oft lange unbemerkt
- Auch noch nach vielen Jahren drohen rechtliche und steuerliche Konsequenzen für alle Beteiligten (Gesellschaft, Gesellschafter, Organwalter, uU auch Dritte)
- Abschlussprüfer - Redepflicht gem § 273 Abs 2 UGB
- Keine Unterscheidungen zwischen GmbH und AG (anders als in Deutschland)

## II. Kapitalerhaltung und verbotene Einlagenrückgewähr

*Geschützter Personenkreis*

- Gesellschaft
- Gläubiger
- (Minderheits-)Gesellschafter
- Potentielle Anleger

## II. Kapitalerhaltung und verbotene Einlagenrückgewähr

*System des präventiven Gläubigerschutzes (und der Aktionäre)*

- **Verhaltenssteuerndes Instrument** zur Verhinderung des Eingehens von Risiken, die nicht im Verbandsinteresse liegen (*downside* nur mit *upside*)
- **Ausgleichsinstrument**
  - bei Interessenskonflikt zwischen Eigen- und Fremdkapitalgebern
  - bei Interessengegensatz zwischen Mehrheits- und Minderheitsgesellschaftern

## II. Kapitalerhaltung und verbotene Einlagenrückgewähr

### *Zwischenfazit*

Ein Vermögenstransfer von der Gesellschaft an den Gesellschafter oder einem ihm nahestehenden Dritten ist erlaubt, wenn

- ein gesetzlicher Erlaubnistatbestand den Vermögenstransfer gestattet (insb Gewinnausschüttung)
- der Vermögenstransfer im Austausch einer drittvergleichsfähigen Gegenleistung erfolgt **und/oder** betriebliche Rechtfertigungsgründe vorliegen

*Unter Vermögenstransfer im Sinne des Verbots der Einlagenrückgewähr wird eine „in Geld messbare Vermögensverminderung“ bei der Gesellschaft verstanden.*

# 1. Verdeckte Einlagenrückgewähr – Kriterien

## *Dritt- oder Fremdvergleich*

- Rechtsgeschäfte zwischen Gesellschaft und Gesellschafter sind grundsätzlich erlaubt, solange diese einem Dritt- oder Fremdvergleich standhalten.
- Zwei Fragen:
  - (1) Wäre ein solches Geschäft auch mit einem gesellschaftsfremden Dritten geschlossen worden? ➔ betriebliche Veranlassung
  - (2) Wenn ja, wäre das Rechtsgeschäft auch zu den selben Konditionen geschlossen worden? ➔ objektive Angemessenheit

# 1. Verdeckte Einlagenrückgewähr – Kriterien

## *Objektive Angemessenheit*

Bewertung der zu beurteilenden Leistung anhand des Bestbieterprinzips auf Grundlage des Marktpreiseses bzw des Verkehrswerts (Buchwert + stRes)

- interner Fremdvergleich – Vergleich mit gleichartigen Leistungsbeziehung, die bereits zwischen der Gesellschaft und Dritten bestehen
- externer Fremdvergleich – Vergleich mit gleichartigen Leistungsbeziehungen, die zwischen Dritten bestehen

Bei Fehlen vergleichbarer Leistungsbeziehungen:

- Sachverständigengutachten
- verlässliche Selbstkalkulation
- Einholung von Vergleichsangeboten

# 1. Verdeckte Einlagenrückgewähr – Kriterien

## *Betriebliche Rechtfertigung*

Ein Geschäft, das mit einem Vermögensopfer für die Gesellschaft verbunden ist, kann gerechtfertigt sein, wenn die daraus entstehenden Vorteile den Wertabgang aufwiegen, auch wenn sie sich im objektiven Wert der Leistungen nicht niederschlagen.

- Ex ante-Betrachtung mit der **Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters**
- Gerechtfertigt, wenn Potential zur Nutzenstiftung vorliegt
- Ex ante Messbarkeit des Nutzens – Bewertung?
  - Unterscheidung zwischen quantifizierbaren und nicht-quantifizierbaren Nutzen
  - bei bewertbaren Nutzen: Gegenüberstellung von Vor- und Nachteilen, jeweils multipliziert mit der Eintrittswahrscheinlichkeit
- **Jedenfalls:** Rechtfertigung ist nicht nur bei bilanziell messbaren Vorteilen gegeben

# Die Cash-Pooling-Entscheidung

*„Die Bank, die nicht zu viel wusste“ (Rauter, JAP 2019/2020/4, 45)*

OGH 2.5.2019, 17 Ob 5/19p, NZ 2019, 222 (*H. Foglar-Deinhardstein*) = Fantur, GES 2019, 169 = RWZ 2019, 288 (*Wenger*) = *Engin-Deniz*, *ecolex* 2019, 751 = *Obradović/Demian*, ZFR 2019, 451 = *Reisch*, ZIK 2019, 122 = ÖBA 2019, 741 (*Scheuwimmer*)

## OGH 2.5.2019, 17 Ob 5/19p

### *Keine Sonderbestimmungen für Cash-Pooling-Systeme*

- Das deutsche Kapitalgesellschaftsrecht kennt privilegierende Sonderbestimmungen für Cash-Pooling- Systeme (§ 57 Abs 1 S 3 dAktG und § 30 Abs 1 Satz 2 dGmbHG)
- Derartige Bestimmungen **fehlen im österreichischen Recht**, sodass Cash-Pooling-Systeme grundsätzlich am strengen Maßstab von § 52 AktG / § 82 GmbHG (Verbot der Einlagenrückgewähr) zu messen sind
- Geltendmachung von Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr als eine der schärfsten Waffen des Insolvenzverwalters
- Erste Entscheidung des OGH:
  - Cash-Pooling-Entscheidung, OGH 2.5.2019, 17 Ob 5/19p

# OGH 2.5.2019, 17 Ob 5/19p

## *Sachverhalt*

- Grenzüberschreitender Cash-Pooling-Vertrag unter Einbindung einer niederländischen Bank, einer niederländischen Muttergesellschaft als "Leitgesellschaft" und Koordinatorin des Cash Pools und weiterer europäischer Konzerngesellschaften, darunter auch einer **österreichischen GmbH**
- Vereinbarung wurde lediglich fiktives Cash-Pooling, sodass **kein tatsächlicher Liquiditätstransfer** stattfand
- Als Sicherheit wurden der Bank von den Teilnehmern alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen im Zusammenhang mit dem jeweiligen Poolkonto verpfändet

# OGH 2.5.2019, 17 Ob 5/19p

## *Sachverhalt*

- Die **Muttergesellschaft verpflichtete** sich **gegenüber der Bank**, am Ende eines jeden Geschäftstags den Gesamtsaldo aller Teilnehmerkonten auf zumindest Null auszugleichen
- Im Innenverhältnis, das der Bank nicht bekannt war, wurde österreichische GmbH von Muttergesellschaft verpflichtet, **alle Liquiditätsüberschüsse dem Cash Pool zur Verfügung zu stellen**
- Als der Unternehmensverbund wirtschaftlich unter Druck geriet, kündigte die Bank den Vertrag zur österreichischen GmbH und forderte die Muttergesellschaft auf, die Konten des Cash Pools auf Null auszugleichen. Dieser Aufforderung kam die Muttergesellschaft nicht nach

# OGH 2.5.2019, 17 Ob 5/19p

## *Sachverhalt*

- Daraufhin kündigte Bank auch den Vertrag mit der Muttergesellschaft und behielt verpfändetes Guthaben auf dem Cash Pool-Konto der österreichischen GmbH (rund 2 Mio €) "zur Glattstellung" ein
- Insolvenzverwalter versuchte nunmehr, die Bank, gestützt auf das Verbot der Einlagenrückgewähr, in Anspruch zu nehmen
- Die vom Insolvenzverwalter geführte Klage blieb letztlich auch vor dem OGH erfolglos

# OGH 2.5.2019, 17 Ob 5/19p

## *Erwägungen des OGH*

- Die allgemeinen kapitalerhaltungsrechtlichen Grundsätze für konzerninterne Darlehen und Sicherheitenbestellungen sind für die Beurteilung von Cash-Pooling-Konstruktionen heranzuziehen
- Die für konzerninterne Darlehen und Sicherheitenbestellungen entwickelten Kriterien gelten auch für fiktives Cash-Pooling
- Der Fremd- oder Drittvergleich ist für Cash-Pooling-Vereinbarungen kein entscheidendes Kriterium, weil derartige Vereinbarungen mit Konzernfremden "wohl kaum" geschlossen werden
- Im Vordergrund der rechtlichen Prüfung steht vielmehr, **ob Cash-Pooling betrieblich gerechtfertigt ist**

## OGH 2.5.2019, 17 Ob 5/19p

*Kein Verstoß gegen die Einlagenrückgewähr bei betrieblicher Rechtfertigung von konzerninternen Verträgen ohne den Maßstab des Dritt- bzw. Fremdvergleichs?*

- Konzerninterne Verträge:
  - Konzernumlagen
  - konzerninterne (Sub-)Lizenzvereinbarungen über Immaterialgüterrechte,
  - Lieferung/Abnahme von halbfertigen Produkten im Konzern,
  - konzerninterne Erbringung von sonstigen vor- oder nachgelagerten Leistungen in der Produktions- oder Vertriebskette,
  - Bezug von Infrastruktur-, Stabstellen- oder Forschungs- und Entwicklungsleistungen oder IT-Services im Konzern
- Die betriebliche Rechtfertigung solcher Vereinbarungen kann immer dann bejaht werden, wenn die jeweilige Transaktion aus dem Blickwinkel der Gesellschaft objektiv der gebotenen Sorgfalt iSv § 84 AktG und § 25 GmbHG entspricht

# OGH 2.5.2019, 17 Ob 5/19p

## *Erwägungen des OGH*

- Angemessenheitstest fließt dennoch in die Beurteilung der betrieblichen Rechtfertigung ein
- Konzerninteresse begründet keine betriebliche Rechtfertigung
- Eingehen eines existenzbedrohenden Risikos schließt die betriebliche Rechtfertigung jedenfalls aus (Stickwarenerzeugung-E)
- Aus dem Blickwinkel des Verbots der Einlagenrückgewähr ist – so der OGH – ferner auch relevant
  - ob der teilnehmenden GmbH Einsichts- und Informationsrechte gegenüber den anderen Poolgesellschaften sowie Kündigungsrechte, die nicht durch interne Weisungen ausgehebelt worden sind, zustehen
  - ob die GmbH für (rechnerisch) dem Pool zur Verfügung gestellte Liquidität eine Gegenleistung erhält
  - welche Vorteile die Teilnahme am Cash Pool für GmbH hat

# OGH 2.5.2019, 17 Ob 5/19p

## *Erwägungen des OGH*

- Echte Dritte haften aus Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr **nur bei Kollusion oder grober Fahrlässigkeit**
  - Grobe Fahrlässigkeit ist anzunehmen, wenn sich dem echten Dritten der Missbrauch geradezu aufdrängen muss, wobei eine allgemeine Erkundigungs- und Prüfpflicht nicht für alle Fälle denkmöglicher Einlagenrückgewähr anzunehmen ist
- Der Cash-Pooling-Vertrag verstößt zwar gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, gegenüber der Bank bleibt er allerdings wirksam, da sie sich Dritter nur bei Kollusion oder grobe Fahrlässigkeit auf das Verbot der Einlagenrückgewähr berufen kann, hier aber keines der beiden vorliegt

# Fazit I:

## *Absicherung gegenüber der Bank – Limitation Language*

- Es empfiehlt sich die **Aufnahme eines vertraglichen Vorbehalts** ("**Limitation Language**") in die Vereinbarung mit der Bank, in der geregelt wird, dass die von der am Cash Pool teilnehmenden Gesellschaft übernommenen Haftungen oder bestellten Sicherheiten nur insoweit gültig sind, als ihre Vereinbarung mit den kapitalerhaltungsrechtlichen Vorschriften vereinbar und die Verwertung von Sicherheiten auf das kapitalerhaltungsrechtlich zulässige Ausmaß beschränkt ist
- Solche Vorbehalte können aus Sicht der Bank die Qualität der Besicherung beeinträchtigen

*Anm: Vergleichbare kapitalerhaltungsrechtliche Schwierigkeiten wie bei Cash Management-Systemen können sich auch bei der Einbindung einer Kapitalgesellschaft in die **konzernweite Versicherung** ergeben.*

# Fazit II:

## *Effektives Cash-Pooling*

- Grundsätzen für konzerninterne Darlehen bzw Sicherheiten gelten uneingeschränkt, weil bei liquiditätsgewährender Gesellschaft Mittelabfluss in Form eines Kredits erfolgt
- Relevant daher: Bonität, Besicherung, Verzinsung, betriebliche Rechtfertigung
- Betriebliche Rechtfertigung setzt kumulativ voraus:
  - Kein eines existenzgefährdendes Risiko
  - Gesellschaft muss angemessen von Cash-Pooling profitieren (angemessene Verzinsung, Liquiditätsversorgung ohne Genehmigungsvorbehalt der master company), sodass Ausfallrisiko aufgewogen wird
  - Informations- und Einsichtsrechte der Poolteilnehmer
  - Vertragliches Recht auf zusätzliche Sicherheiten oder Exitmöglichkeiten bei Bonitätsverlust

## *Folgefrage: Transfer und Pooling von Daten*

- Informationen, Daten, Geschäftsgeheimnisse und -kontakte und Know-how, die gewissen Marktwert haben, werden im Konzern oft ungeschützt weitergereicht und gepoolt
- Sofern Informationen tatsächlich ein Vermögenswert zuzuordnen ist, muss der Gesellschaft für den Transfer dieser Informationen an einen Gesellschafter oder eine Schwestergesellschaft einen **drittvergleichsfähiger Vorteil oder eine betriebliche Rechtfertigung** zukommen
- Bei der Bewertung der transferierten Informationen und Daten ist zu berücksichtigen, ob
  - a) der Empfänger exklusive oder nur nicht-exklusive Nutzungsrechte erwirbt, und ob
  - b) für das legale Verwenden der zu transferierenden Daten noch die Zustimmung der Betroffenen einzuholen ist
- Anwendung auch bei neuartigen digitalen Geschäftsmodellen



Vielen Dank für die Aufmerksamkeit!

Kontakt: **Univ.-Prof. Dr. Alexander Schopper**

Institut für Unternehmens- und Steuerrecht

E-Mail: [alexander.schopper@uibk.ac.at](mailto:alexander.schopper@uibk.ac.at)

Web: [www.uibk.ac.at/unternehmensrecht](http://www.uibk.ac.at/unternehmensrecht)

[www.uibk.ac.at](http://www.uibk.ac.at)