

Bundesvergabegesetz 2006

Zessionsverbot & Rechtswahl beim
Cash Pooling

Klimt und doch kein Ende
Schiedsspruch und Kunstrückgabegesetz

Grenzüberschreitende
Sitzverlegung in Europa

VfGH prüft
Übernahmegesetz

Anrechnung auf den Urlaub
Vordienstzeiten in den neuen MS

Marks & Spencer
Grenzüberschreitende Verlustverwertung

Zessionsverbot & Rechtswahl am Beispiel Cash-Pooling

Cash-Pooling ist ebenso modern wie riskant. Dem dabei häufig entstehenden und unterschätzten Problem der Einlagenrückgewähr kann zT mit Aufrechnungsvereinbarungen und Zessionsverboten begegnet werden. Letztere wurden kürzlich durch § 1396 a ABGB stark geschwächt. Bei Auslandsbezug kann die Wahl des deutschen oder Schweizer Rechts helfen.

RAOUL G. WAGNER

A. CASH-POOLING

Cash-Pooling ist eine mittlerweile verbreitete Konzernfinanzierungsform geworden. Grundsätzlich werden dabei die Konten und Gelder mehrerer Konzerngesellschaften verbunden, um den Konzern auch betreffend Zinsaufwand, Sicherheiten und Liquidität zu konsolidieren.

Als „*Notional Pooling*“ bzw. „*Fiktives Cash-Pooling*“ oder „*Zinskompensation*“ bezeichnet man Gestaltungen zur Zinsoptimierung, bei denen die täglichen Valutasalden der beteiligten Pool-Konten im Zuge der Zinsabrechnung saldiert (kompensiert) werden und die Berechnung der Zinsen auf Grundlage des kompensierten Gesamtsaldos erfolgt. Es erfolgen also keinerlei Überträge zwischen den Konten, die Kompensation ist rein rechnerisch („*fiktiv*“).¹⁾

Beim „*effektiven Cash-Pooling*“ werden die Salden der eingebundenen Gesellschaftskonten tatsächlich auf ein Konto („*Master Account*“) überwiesen und dort saldiert. Guthaben von Konzerngesellschaften werden auf dieses *Master Account* überwiesen und verlassen so den direkten Verfügungsbereich der überweisenden Gesellschaft, die im Gegenzug nur eine

Forderung gegen den Träger des *Master Accounts*, die *Master Company*, erhält.

B. EINLAGENRÜCKGEWÄHR

1. ALLGEMEIN

§ 82 GmbHG und § 52 AktG verbieten im Prinzip jede Zuwendung der Gesellschaft an die Gesellschafter, die nicht Gewinnverwendung ist.²⁾ Dieses Verbot der Einlagenrückgewähr soll das Stammkapital als „*dauernden Grundstock der Gesellschaft*“ und als einziges „*dem Zugriffe der Gläubiger freigegebenes Befriedigungsobjekt*“ gegen Schmälerung durch Leistung an die Gesellschafter absichern.³⁾

Einlagenrückgewähr liegt vor, wenn die Gesellschaft Leistungen für den Gesellschafter, oder

Dr. Raoul G. Wagner, LL.M. (NYU), ist Partner der Hopmeier & Wagner Rechtsanwälte OEG in 1010 Wien, office@hopmeier.at.

1) Vgl. Rieder in Polster/Grüll ua, Cash Pooling² (2004) 59.

2) Koppensteiner, GmbHG² § 82 Rz 1; OGH 22. 10. 2003, 3 Ob 287/02 f; OGH 19. 11. 2002, 4 Ob 252/02 s.

3) Vgl. OGH 22. 10. 2003, 3 Ob 287/02 f; OGH 19. 11. 2002, 4 Ob 252/02 s.

Schwesteresellschaften, oder einen nahe stehenden Dritten erbringt, die nicht Gewinnverwendung sind und denen auch keine gleichwertige Gegenleistung des Gesellschafters oder des nahe stehenden Dritten etc gegenüber steht.⁴⁾ Wäre das fragliche Geschäft unter fremden Personen bzw Gesellschaften und unter denselben wirtschaftlichen Voraussetzungen nicht abgeschlossen worden, ist der Tatbestand der verbotenen Einlagenrückgewähr zu bejahen.⁵⁾

Ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr liegt immer dann vor, wenn eine Leistung der Gesellschaft nicht betrieblich gerechtfertigt ist, sondern ausschließlich oder zum Teil aufgrund der Gesellschafterstellung des unmittelbaren oder mittelbaren Empfängers erfolgte. Der maßgebende Zeitpunkt für diese Beurteilung ist jener der Leistungserbringung. Es kommt daher darauf an, ob ein gewissenhafter Vorstand bzw Geschäftsführer *ex ante*, also vor bzw bei der Leistungserbringung die fehlende betriebliche Rechtfertigung des betroffenen Geschäfts erkennen hätte können. Steuerrechtlich erfüllt eine verbotene Einlagenrückgewähr in aller Regel den Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung.⁶⁾

2. HAFTUNGSFOLGEN

Verstößt die Leistung einer Gesellschaft gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, so ist das ihr zugrunde liegende Rechtsverhältnis grundsätzlich nichtig. Die leistende Gesellschaft hat daher einen entsprechenden Rückleistungsanspruch. Erweist sich dieser Rückleistungsanspruch als uneinbringlich (etwa weil Konzerngesellschaften insolvent sind), haften die Geschäftsführer der leistenden Gesellschaft persönlich mit ihrem Privatvermögen unbeschränkt für die Rückleistung.⁷⁾

C. CASH-POOLING, AUFRECHNUNG & ZESSIONVERBOT

1. PROBLEM

Vor allem beim effektiven Cash-Pooling liegen zweifellos Leistungen der Pool-Gesellschaften zugunsten anderer Konzerngesellschaften vor. Um nicht dem Verbot der Einlagenrückgewähr zu unterliegen, müssen diese Leistungen somit grundsätzlich betrieblich gerechtfertigt sein und dem Fremdvergleich standhalten. Daher sind konkrete Zulässigkeitsvoraussetzungen zu beachten, die von *Kremslehner/Polster*⁸⁾ ausführlich dargestellt wurden.

Problematisch ist effektives Cash-Pooling vor allem für profitable Tochterunternehmen eines, was den Erfolg betrifft, inhomogenen Konzerns, wie zB profitable Vertriebstöchter. Solche Unternehmen produzieren nicht, und sind von den Lieferungen aus dem eigenen Konzern abhängig. Gewinne werden wenn, dann vor allem von den Vertriebstöchtern erzielt. Wenn solche Gesellschaften Teil eines Cash-Pools sind, können sie in die Situation geraten, dass abgesehen von Vertriebsrechten und etwaigem Anlage- oder Immobilienvermögen alle ihre Wertträger *de facto* bei anderen Konzerngesellschaften befinden. Schließlich wird beim effektiven Cash-Pooling der gesamte Cash-Flow einer Gesellschaft, und nicht

etwa nur der Gewinn, an die *Master Company* überwiesen.

2. AUFRECHNUNG ALS ABHILFE

Wenn die *Master Company* auch Lieferantin einer solchen Vertriebstochter ist, kann eine Aufrechnungsvereinbarung Abhilfe schaffen. Sind die Ansprüche der Vertriebstochter gegen den Cash-Pool ständig geringer als die Lieferantenverbindlichkeiten der Vertriebstochter gegen die *Master Company*, so könnte sich die Vertriebstochter selbst durch eine einfache Aufrechnungserklärung aus dem Risikobereich der Einlagenrückgewähr entfernen. Um im Krisenfall Unklarheiten wegen zu meist in AGB enthaltenen Aufrechnungsverboten zu vermeiden, empfiehlt sich der Abschluss einer entsprechenden Aufrechnungsvereinbarung, die AGB und sonstigen bei konzerninternen Geschäften verwendeten Formularen vorgeht.

3. ZESSION ALS HINDERNIS

Kritisch wird es in einem Cash-Pool naturgemäß dann, wenn am Pool teilnehmende Konzerngesellschaften in finanzielle Schräglage geraten. Dann ist erstens die Auszahlung der Ansprüche wirtschaftlich gesunder Pool-Gesellschaften gefährdet. Zweitens könnte die bereits dargestellte konzerninterne Lieferantin und *Master-Company* dann versuchen, die Liquiditätslage durch Zession ihrer Forderungen als Lieferantin an eine Factorbank zu verbessern.

4. ÖSTERREICH: ZESSIONSVERBOTE DURCH § 1396 A ABGB GESCHWÄCHT

Solchen Szenarien konnten bis zum In-Kraft-Treten des § 1396 a ABGB am 1. 6. 2005 mit einem bis dahin absolut wirkenden Zessionsverbot vorgebeugt werden. Seither sind Zessionsverbote im österreichischen Recht allerdings deutlich geschwächt worden. Auch im Detail zwischen Kaufleuten ausverhandelte Zessionsverbote stehen nunmehr der Wirksamkeit einer Zession nicht entgegen. Zudem kann der Schuldner – auch bei vereinbartem Zessionsverbot – nicht mehr schuldbeitragend an den ursprünglichen Gläubiger leisten, es sei denn, dass ihm dabei nur leichte Fahrlässigkeit zur Last fällt (§ 1396 a ABGB). *Ceterum censeo*, dass die in § 1396 a ABGB enthaltene Bevorzugung von juristischen Person des öffentlichen Rechts und von diesen gegründeten Einrichtungen gegen den Gleichheitssatz verstößt und nicht lange vor dem VfGH bestehen wird.

4) Vgl OGH 22. 10. 2003, 3 Ob 287/02 f; OGH 19. 11. 2002, 4 Ob 252/02 s.

5) *Koppensteiner*, GmbHG² § 82 Rz 15 mwN.

6) Vgl *Koppensteiner*, GmbHG² § 82 Rz 15 mwN.

7) Siehe zB OGH 22. 10. 2003, 3 Ob 287/02 f; OGH 19. 11. 2002, 4 Ob 252/02 s; *Koppensteiner*, GmbHG² § 82 Rz 19 mwN; *Kremslehner/Polster* in *Polster/Grüll ua*, Cash Pooling² (2004) 153.

8) Vgl *Kremslehner/Polster* in *Polster/Grüll ua*, Cash Pooling² (2004) 154.

5. DEUTSCHE RECHTSLAGE ZU ZSSIONSVERBOTEN

Das deutsche Pendant zu § 1396 a ABGB ist § 354 a dHGB.⁹⁾ Die deutsche Regelung weist einen gravierenden Unterschied zur österreichischen auf: Das Zessionsverbot wirkt zwar auch im Regime des dHGB nicht absolut, aber der Schuldner kann ungeachtet dessen auch weiterhin mit befreiender Wirkung an den bisherigen Gläubiger leisten.¹⁰⁾ Somit ist auch die Aufrechnung gegen Forderungen des bisherigen Gläubigers schuldbeitfreiend möglich.¹¹⁾ Auf die Kenntnis des Schuldners von der Zession kommt es dabei nicht an. Auch die mE gleichheitswidrige Bevorzugung der öffentlichen Hand fehlt in der deutschen Regelung.

6. SCHWEIZER RECHTSLAGE ZU ZSSIONSVERBOTEN

Gem § 164 Abs 1 sOR kann ein Gläubiger eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an einen anderen abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen. Zessionsverbote sind daher im Recht der Schweiz Dritten gegenüber grundsätzlich absolut wirksam.¹²⁾ Im Recht der Schweiz sind sowohl ein völliger Ausschluss der Abtretbarkeit als auch deren bloße Erschwerung zB durch Zustimmungserfordernisse etc auch Dritten gegenüber wirksam vereinbar.¹³⁾

7. RECHTSWAHL ALS AUSWEG

Wenn eine Rechtswahl möglich ist, empfiehlt sich daher in Aufrechnungsvereinbarungen mit Zessionsver-

boten die Anwendung deutschen oder schweizerischen Rechts zu vereinbaren. Die Ungültigkeit einer solchen Rechtswahl wegen eines Verstoßes gegen die *ordre public* ist insb dann nicht zu erwarten, wenn derjenige Vertragsteil, dem die Zession verboten wird, in Deutschland oder der Schweiz ansässig ist. Schließlich wird die öffentliche Ordnung eines Landes nicht dadurch gefährdet werden können, dass man die in diesem Land ansässigen Personen dem Recht dieses Landes unterwirft.

9) DHGB, § 354 a: „Ist die Abtretung einer Geldforderung durch Vereinbarung mit dem Schuldner gemäß § 399 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausgeschlossen und ist das Rechtsgeschäft, das diese Forderung begründet hat, für beide Teile ein Handelsgeschäft, oder ist der Schuldner eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen, so ist die Abtretung gleichwohl wirksam. Der Schuldner kann jedoch mit befreiender Wirkung an den bisherigen Gläubiger leisten. Abweichende Vereinbarungen sind unwirksam.“

10) Hopt in *Baumbach/Hopt*, dHGB³¹ § 354 a RZ 3.

11) Hopt in *Baumbach/Hopt*, dHGB³¹ § 354 a RZ 3.

12) Vgl *Girsberger*, BSK OR I, Art 164 N 32.

13) Vgl *Schwenzer*, OR AT, N. 90.24.

SCHLUSSSTRICH

Die Wahl des deutschen oder Schweizer Rechts kann helfen, um die Beschneidung von Zessionsverboten durch § 1396 a ABGB abzufangen. Damit kann insb bei grenzüberschreitendem Cash-Pooling in manchen Konstellationen Sicherheit für österreichische Pool-Gesellschaften, deren Gläubiger und deren Geschäftsführer/Vorstände geschaffen werden.