



Cash Pooling – Optimierungsmöglichkeit in der Finanzierung

Als Cash Pooling wird der Liquiditätsausgleich innerhalb einer Unternehmensgruppe bezeichnet. Durch die koordinierte Verwendung von überschüssiger Liquidität von Gesellschaften innerhalb der Gruppe kann die Beanspruchung von Fremdkapital minimiert werden. Ferner können durch das koordinierte Auftreten gegen aussen, insbesondere infolge des grösseren Volumens, bessere Konditionen (Zinsvorteile) erzielt werden. Weniger Fremdkapital zu besseren Konditionen mit entsprechender Senkung der Fremdfinanzierungskosten ist die Folge. War Cash Pooling bis vor einigen Jahren vor allem ein Thema für Multinationals, haben mittlerweile mehr und mehr KMU's die Vorteile des zentralen Finanzmanagements für sich entdeckt. Cash Pooling ist mittlerweile fester Bestandteil eines aktiven Cash Managements. Insbesondere in einem schwierigen Marktumfeld wie heute, können die durch das Pooling erzielten Kosteneinsparungen für das Unternehmen äusserst wichtig werden.

1. Arten von Cash Pooling

Das Cash Pooling kann grundsätzlich reell oder virtuell erfolgen. Beim reellen Cash Pooling werden die Liquiditäten tatsächlich physisch beim Pool Leader gebündelt. Im Falle des Zero Balancing wird das gesamte Guthaben der teilnehmenden Unternehmen (i.d.R. täglich) auf das Master Account des Pool Leaders transferiert mit der Konsequenz, dass die Konten der Teilnehmer nach der Transaktion einen Betrag von null (Zero) ausweisen. Beim Target Balancing wird nicht das gesamte Guthaben der Teilnehmer, sondern nur der eine zuvor definierte Zielgrösse (Target) überschüssende Teil auf das Master Account transferiert.

Beim virtuellen Cash Pooling erfolgt die Bündelung rein rechnerisch ohne tatsächliche Überweisung der Mittel. Das virtuelle Cash Pooling bedingt, dass sämtliche Pool Teilnehmer ihre Konten bei derselben Bank haben, damit aus der Summe der Einzelsaldi der fiktive Nettosaldo der Gruppe ermittelt werden kann.

2. Implementierung

Das Cash Pooling muss durch den Gesellschaftszweck der Teilnehmer gedeckt sein. Ist es das nicht, handelt die Gesellschaft zweckwidrig, woraus sich allein aus dieser Tatsache im Risikorealierungsfall Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber den Organen ergeben können. Daher ist es empfehlenswert, als erster Schritt eine entsprechende Konzernfinanzierungsklausel im statuarischen Zweck einzufügen.

Obwohl die Überweisung der flüssigen Mittel auf das Master Account auch ohne explizite Abrede möglich ist, ist eine schriftliche Vereinbarung zwischen den Teilnehmern und dem Pool Leader zu empfehlen. Insbesondere im Rahmen der modernen Corporate Governance im Konzern ist eine solche Vereinbarung sinnvoll, da die Schweiz – im Gegensatz zu anderen Staaten wie z.B. Deutschland – über kein geschriebenes Konzernrecht verfügt. Auch aus Sicht des Drittvergleichs (sog. arm's length principle) ist ein solcher Vertrag schriftlich abzuschliessen, da davon auszugehen ist, dass Transaktionen dieser Art unter Dritten schriftlich festgehalten werden.

3. Umfang

Die Höhe der Mittel, die mittels Cash Pooling von den Teilnehmern zur Verfügung gestellt werden können, wird durch verschiedene Faktoren bestimmt. Als Grundsatz gilt, dass jede Gruppengesellschaft das Verbot der Einlagerückgewähr, die Finanzierungsvorschriften sowie die Regeln betreffend Unterbilanz und Überschuldung zu beachten hat.

Das **Verbot der Einlagerückgewähr** bezieht sich nicht nur auf eigentliche Auszahlungen, sondern ist auch anwendbar auf übrige Transaktionen, die eine *Substanzverschiebung* zwischen der Gesellschaft und ihren Beteiligungsinhabern zur Folge haben. Im Rahmen des Cash Poolings fliessen Mittel der Teilnehmer effektiv oder virtuell zu Gunsten des Pool Leaders (oder allenfalls anderer Gruppengesellschaften) ab, weshalb sicher gestellt werden muss, dass keine verbotene Einlagerückgewähr vorliegt.

Einig ist man sich in der Lehre insoweit, als Mitteltransfers, die dem Drittvergleich standhalten und aus **freien Mitteln** stammen, nicht als Einlagerückgewähr qualifizieren. Kontrovers diskutiert wird in der Lehre hingegen die Frage, ob Mittelabflüsse an Aktionäre, welche die frei verfügbaren Mittel übersteigen, d.h. aus Eigenkapital stammen, die den Kapitalschutzbestimmungen unterstehen, zulässig sind oder nicht. Wird das Cash Pooling auf die frei verfügbaren Mittel der teilnehmenden Gesellschaften beschränkt, befindet man sich im «safe haven». Wird der Cash Pool auch darüber hinaus verwendet, so muss zumindest der darauf zu bezahlende Zins Drittkonditionen entsprechen sowie auch das Klumpenrisiko beachtet werden. In diesem Fall ist zu beachten, dass die mittels Cash Pooling transferierten Beträge, welche die frei verfügbaren Mittel übersteigen, im Falle, dass sie nur noch teilweise zurückbezahlt werden, als verbotene Einlagerückgewähr qualifiziert werden können.

Transaktionen innerhalb des Konzerns müssen dem **Drittvergleich** standhalten. Im Zusammenhang mit dem Cash Pooling innerhalb einer Gruppe bedeutet dies, dass die Konditionen der Finanztransaktionen, insbesondere die Höhe des Zinses dem Drittvergleich standhalten müssen (Benchmarking).

Die Einhaltung von Marktkonditionen kann in der Praxis zu erheblichen Problemen führen, da dies zum Beispiel bedingt, dass die Teilnehmer jederzeit die Bonität des Pool Leaders überprüfen können und bei Verschlechterung der finanziellen Situation in der Lage sind, das Cash Pool Agreement zu kündigen. Aufgrund der Schwierigkeiten der Festlegung eines marktconformen Zinses, wird in der Praxis oft ein offizieller Referenzzinssatz beigezogen. Gemäss der von der Eidgenössischen Steuerverwaltung publizierten safe haven rule beträgt der Mindestzinssatz 2012 für aus Eigenkapital finanzierte Darlehen an Beteiligte 1½ Prozent. Die Entschädigung des Pool Leaders erfolgt durch Rückbehalt einer Zinsdifferenz oder Ausrichtung einer Prämie.

Dem **Liquiditätsbedarf der Gesellschaft** ist ebenfalls Rechnung zu tragen. Für das Cash Pooling und den damit zusammenhängenden Mittelabfluss darf nur der entbehrliche Liquiditätsüberschuss verwendet werden. Ferner ist ein allfälliges **Klumpenrisiko** zu beachten, da der Grossteil der Mittel der Teilnehmer an den Pool Leader transferiert wird, und diese Forderungen in der Regel nicht abgesichert sind. Die Eingehung von Klumpenrisiken bei der Anlage der eigenen Liquidität ist sorgfaltswidrig und Klumpenrisiken sind selbst dann nicht zu rechtfertigen, wenn die Bonität des Schuldners zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung nicht in Frage steht. Alternativ oder als Ergänzung zu einer Diversifikation kann das Klumpenrisiko durch Absicherung des Guthabens erfolgen, so dass das Risiko abgedeckt ist. Die zulässige Risikokonzentration sollte auch unter dem Aspekt des Gesellschaftszwecks beurteilt werden, mit der Folge, dass sofern das Cash Pooling auf die frei verfügbaren Mittel beschränkt wird, kein Klumpenrisiko vorliegen sollte.

Halten die Konditionen des Cash Pooling dem Drittvergleich nicht stand oder werden die Mittel als Liquidationserlös qualifiziert, besteht das Risiko der Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung mit der Folge einer Gewinnaufrechnung auf Stufe des Teilnehmers und der Erhebung der Verrechnungssteuer von 35% auf der Ausschüttung. Die Verrechnungssteuer wird bei der ausschüttenden Gesellschaft, d.h. beim Teilnehmer erhoben wird. Da die Verrechnungssteuer an der Quelle erhoben wird, berechnet sich der Steuerbetrag auf der Annahme, dass auf dem ausgeschütteten Betrag die Verrechnungssteuer bereits in Abzug gebracht wurde und dieser somit 65% der Ge-

winnausschüttung beträgt. Infolge Aufrechnung ins Hundert beträgt das Verrechnungssteuerrisiko 53.8%. Eine volle oder teilweise Rückerstattung ist unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Im internationalen Verhältnis wird die Rückerstattung gemäss den Regeln eines allfällig anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommens oder des Zinsbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und der EU gewährt.

4. Verantwortung und Minimierung

Finanzkontrolle und Finanzplanung sind unentziehbare Aufgaben des Verwaltungsrates. Das Cash Pooling ist damit Teil dieser Aufgaben. Eine Verletzung der damit verbundenen Sorgfaltspflichten kann unter Umständen eine persönliche Haftung des Verwaltungsrates und weiterer Organe zur Folge haben. Ferner kann das Verbot der Einlagerückgewähr bei Nichtbeachtung zu strafrechtlichen Konsequenzen führen.

Allfällige Risiken hängen wesentlich davon ab, auf welcher Grundlage und insbesondere in welchem Umfang das Cash Pooling durchgeführt wird. Um diese Risiken zu vermindern, ist es empfehlenswert, die rechtlichen Grundlagen herzustellen und zu beachten sowie die Grenzen einzuhalten.

Das finanzielle Risiko einer zivilrechtlichen Verantwortung für die beteiligten natürlichen Personen kann ergänzend mittels einer «hold harmless» Klausel in den Mandatsverträgen oder einer D&O-Versicherung (Directors-and-Officers-Versicherung) minimiert werden.

5. Zusammenfassung

Die Problematik des Cash Poolings im schweizerischen Kontext liegt darin, dass es keine klaren Regeln, sehr wenige Gerichtsentscheide und letztlich divergierende Lehrmeinungen gibt. Das führt dazu, dass im Konzernverhältnis die oben dargestellten Grenzen und Rahmenbedingungen nicht oder nur ungenügend beachtet werden. Soweit alles gut läuft, werden dadurch auch keine Probleme begründet. Sollte es aber zu Rückzahlungsproblemen kommen (bspw. Zahlungsunfähigkeit des Pool Leaders), stellen sich für die Organe der Pool Teilnehmer sofort Verantwortlichkeitsfragen.

Wird das Cash Pooling auf die frei verfügbaren Mittel beschränkt und werden Konditionen vereinbart, die dem Drittvergleich standhalten, kann Verantwortlichkeitsansprüchen grundsätzlich effektiv begegnet werden. Sofern man dem Cash Pool Beträge zuweist, die über die frei verfügbaren Mittel hinausgehen, sollten zumindest die Konzernfinanzierung in den Statuten festgelegt, eine schriftliche Cash Pool Vereinbarung geschlossen, die Liquidität sichergestellt und Klumpenrisiken vermieden werden. Ergänzend zu diesen Massnahmen sind «hold harmless» Klauseln in den Mandatsverträgen und zusätzlich die Deckung des Risikos über eine D&O Versicherung in Erwägung zu ziehen.

Dr. Christian Witschi, Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte
Frank Roth, Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte

Mai 2012

Basel
Kellerhals Anwälte
Hirschgässlein 11
Postfach 257
CH-4010 Basel

Bern
Kellerhals Anwälte
Effingerstrasse 1
Postfach 6916
CH-3001 Bern

Zürich
Kellerhals Anwälte
Rämistrasse 5
Postfach
CH-8024 Zürich

T +41 58 200 30 00
F +41 58 200 30 11

T +41 58 200 35 00
F +41 58 200 35 11

T +41 58 200 39 00
F +41 58 200 39 11

info@kellerhals.ch
www.kellerhals.ch