

Rechtliche Probleme bei der Kapitalerhöhung im Cash-Pool  
Haftungsrisiken des Gesellschafters und deren Vermeidung

Verfasser: Helge Hahn  
Betreuender Professor: Prof. Dr. Jörn Altmann

Hochschule Reutlingen  
Reutlingen University

European School of Business (ESB)

Alteburgstraße 150  
D-72762 Reutlingen  
Tel.: 07121/271 - 410  
Fax: 07121/24 0-9 71

[www.esb-reutlingen.de](http://www.esb-reutlingen.de)



**Hochschule Reutlingen**  
Reutlingen University

# **Rechtliche Probleme bei der Kapitalerhöhung im Cash-Pool**

**Haftungsrisiken des Gesellschafters und deren Vermeidung**

**Masterthesis  
zur Erlangung des Masters of Business Administration (MBA)  
der ESB Reutlingen**

**vorgelegt  
von**

**Helge Hahn  
aus  
Tübingen**

**2005**

## Inhaltsverzeichnis

<b>A.</b>	<b>Einleitung</b>	<b>1</b>
<b>B.</b>	<b>Cash-Pooling</b>	<b>3</b>
	1. Begriffsbestimmung und Definition	3
	2. Wirtschaftliche Ziele und Auswirkungen des physischen Cash-Pooling	4
	a. Optimierung der Liquidität	4
	b. Zinsoptimierung	5
	c. Know-How-Entwicklung	5
	3. Zivilrechtliche Ausgestaltung	6
<b>C.</b>	<b>Kapitalaufbringung im Gesellschaftsrecht</b>	<b>8</b>
	1. Grundsätze der Kapitalaufbringung im Allgemeinen	8
	2. Rechtsfolgen bei Verstößen gegen die Grundsätze der Kapitalaufbringung	11
<b>D.</b>	<b>Kapitalaufbringung im Cash-Pool</b>	<b>13</b>
	1. Gegensatz von rechtlichen Pflichten zu wirtschaftlichen Zielen	13
	a. Verdeckte Sacheinlage	13
	b. Endgültig freie Verfügbarkeit der Mittel	14
	c. Mittelbare Mittelzufuhr, Leistung an Dritte	16
	2. Vermeidung von Haftungsrisiken	17
	a. Kapitalaufbringung außerhalb des Cash-Pools	17
	aa. Verbleib der Einlage auf dem Sonderkonto	18
	bb. Verdeckte Sacheinlage trotz Sonderkonto	21
	cc. Stellungnahme	22
	b. Sacheinlage	23
	aa. Einlagegegenstand	23
	bb. Höhe der Sacheinlage	24
	cc. Stellungnahme	26

c.	Besonders gesicherte Bareinlage durch entsprechende Gestaltung der Cash-Pooling-Verträge	26
aa.	Einflussmöglichkeiten durch Tochtergesellschaften	26
bb.	Klarstellung der Mittelverwendung im Cash-Pool-Vertrag	27
cc.	Möglichkeit zur Verhinderung des Mittelabflusses	27
dd.	Marktübliche Verzinsung	27
ee.	Ungehinderter Zugriff auf das Zentralkonto	28
ff.	Kritik und Gegenargumente	28
gg.	Stellungnahme	30
d.	Bareinlage unter Berücksichtigung der Vorschriften über die Sacheinlage (Offenlegung der Mittelverwendung)	30
aa.	Kaufgeschäfte mit Schwesterngesellschaften	30
bb.	"Schütt-Aus-Hol-Zurück-Verfahren"	31
cc.	Übertragung der Vergleichsfälle auf Kapitalerhöhungen im Cash-Pool	32
dd.	Kritik und Gegenargumente	33
ee.	Stellungnahme	33
e.	Einlageleistung in die freien Rücklagen und daran anschließende Kapitalerhöhung	34
aa.	Voraussetzung einer Kapitalerhöhung aus freien Rücklagen	34
bb.	Stellungnahme	35
<b>E.</b>	<b>Fazit und Schlussbemerkung</b>	<b>37</b>
	<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>39</b>

## **A. Einleitung**

In großen wie in kleinen Unternehmensgruppen wird es immer wichtiger, die vorhandenen wirtschaftlichen Ressourcen insbesondere die Liquidität so optimal wie möglich zu nutzen.

Das Cash-Pooling ist ein bekanntes Verfahren im Rahmen des Cash-Managements, das hilft, diese Ziele zu erreichen.

Neben den begründeten wirtschaftlichen Zielen sind jedoch auch vorhandene rechtliche Rahmenbedingungen zu beachten. Wer dies nicht macht, hat mit Konsequenzen zu rechnen.

Beim Cash-Pooling bestehen insbesondere im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung rechtliche Gefahren.

Während die strafrechtliche Seite nur dann relevant wird, wenn vorsätzlich gehandelt wird und damit für den rechtstreuen Unternehmer bzw. das handelnde Organ einer Kapitalgesellschaft das Risiko gut beherrschbar ist, sieht es bei den finanziellen Folgen anders aus. Wer rechtliche Regeln bezüglich der Kapitalaufbringung nicht einhält, bewusst oder unbewusst, muss erneut das versprochene Kapital aufbringen. Diese Konsequenz ist um so bitterer als etwaige Fehler im Kapitalaufbringungsprozess in der Regel erst in der Insolvenz der Gesellschaft und dem darauf folgenden Verfahren erkannt bzw. vom Insolvenzverwalter geradezu gesucht werden. Der Gesellschafter haftet der Insolvenzmasse mit seinem Privatvermögen für die Erbringung der Einlage, d.h. er muss seine Einlage erneut erbringen und zwar für ein Unternehmen, das abgewickelt wird.

Umso wichtiger ist es daher für den Gesellschafter, dass es im Kapitalaufbringungsprozess absolut korrekt zugeht, damit es neben der Insolvenz des Unternehmens nicht zusätzlich zu einer bösen Überraschung kommt.

Ziel dieser Arbeit ist es, die verschiedenen Möglichkeiten der Kapitalaufbringung für ein Unternehmen zu beschreiben, das seine Finanzierung auch über einen Cash-Pool organisiert. Ein besonderes

Augenmerk wird dabei auf die Darstellung bestehender Haftungsrisiken bei der Kapitalerhöhung innerhalb des Cash-Pools gelegt.

Zunächst wird unter Punkt B das Cash-Pooling-Verfahren kurz definiert, die wirtschaftlichen Ziele beschrieben und die rechtliche Vertragsstruktur dargelegt. Im Anschluss daran werden unter Punkt C die Grundsätze der Kapitalaufbringung im Gesellschaftsrecht ausgeführt. Dies dient als Basis für die anschließende Erläuterung der verschiedenen Möglichkeiten der Kapitalaufbringung. In diesem Zusammenhang werden auch die Rechtsfolgen bei Verstößen gegen die Grundsätze der Kapitalaufbringung kurz beschrieben.

Den Schwerpunkt dieser Arbeit bildet der Themenkomplex zur Kapitalaufbringung im Cash-Pool, der unter Punkt D behandelt wird. Insbesondere steht hierbei die Darstellung des Gegensatzes von rechtlichen Pflichten zu wirtschaftlichen Zielen des Cash-Pooling und der daraus folgenden Konsequenzen sowie der verschiedenen Möglichkeiten zur Vermeidung von Haftungsrisiken bei der Kapitalaufbringung im Vordergrund. Daran anschließend wird eine Empfehlung abgegeben, welche der dargestellten Methoden zur Kapitalaufbringung aus der Sicht eines Unternehmens die jeweils sinnvollste ist.

## **B. Cash-Pooling**

### **1. Begriffsbestimmung und Definition**

Cash-Pooling ist ein Bestandteil des konzernweiten Cash-Managements. Unter Cash-Management versteht man die Gesamtheit aller Aktivitäten eines Konzerns, die direkt oder indirekt auf die zielorientierte Gestaltung des kurzfristigen Finanzpotentials des Konzerns ausgerichtet sind.<sup>1</sup>

Beim Cash-Pooling findet eine konsolidierte Betrachtung der Konten eines Konzerns statt. Dabei werden die laufenden Bankguthaben und Bankverbindlichkeiten von sämtlichen oder ausgewählten Konzerngesellschaften verrechnet.

Man unterscheidet zwei Arten des Cash-Pooling. Während beim virtuellen oder fiktiven Cash-Pooling die Einzelsalden auf den beteiligten Konten unverändert bleiben und nur eine rechnerische Zusammenführung erfolgt<sup>2</sup>, werden beim physischen Cash-Pooling die Salden der beteiligten Konten tatsächlich zusammengeführt.<sup>3</sup> Das fiktive Cash-Pooling ist rechtlich weitgehend unproblematisch, da die Vermögen der einzelnen Gesellschaften strikt getrennt bleiben und wird daher im Folgenden nicht weiter behandelt.

Beim physischen Cash-Pooling hingegen werden wirtschaftliche Interessen des Konzernverbundes und rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Konzernunternehmen und ihrer Vermögen vermischt. Dadurch besteht die Gefahr, dass gegen elementare Regeln des Kapitalgesellschaftsrechts verstoßen wird. Die Diskrepanz zwischen der wirtschaftlichen Einheit und der rechtlichen Selbständigkeit von Konzernunternehmen tritt damit deutlich zutage.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Büschgen, WM 1995, 733 (736);

<sup>2</sup> Jäger, DStR 2000, 1653 (1653); Morsch, NZG 2003, 97 (98)

<sup>3</sup> Essmann, 137; Sieger/Hasselbach, BB 1999, 645; Jäger, DStR 2000, 1653; Oho/Eberbach, DB 2001, 825; Hellwig, in FS für Peltzer, 164; Becker, DStR 98, 1528; Makowski, Seite 23; Blöse, GmbHR 2002, 675

<sup>4</sup> Cahn, 2; Bayer, in FS für Lutter, 1012

Im Einzelnen werden beim physischen Cash-Pooling die Salden der einzelnen Konten der verschiedenen Konzerngesellschaften (Ursprungs- oder Quellkonten) in der Regel täglich auf einem einzigen Konto, dem sog. Zielkonto (z.T. auch Zentralkonto oder Master Account genannt), zusammengeführt und verrechnet. Haben-Salden der Quellkonten werden auf das Zielkonto transferiert und Soll-Salden auf den Quellkonten werden durch das Zielkonto ausgeglichen. Inhaberin des Zielkontos ist meistens die Konzernmutter selbst. Es kommt allerdings auch vor, dass eine Tochtergesellschaft damit betraut wird, das Zielkonto zu führen (Betreiber- oder Finanzierungsgesellschaft). Aus Finanzierungsgesichtspunkten macht dies jedoch keinen Unterschied in wessen Namen das Zielkonto geführt wird.

Durch die Zusammenführung der Salden auf dem Zielkonto ist es möglich, den Gesamt-Haben-Saldo des Zielkontos auf dem Kapitalmarkt anzulegen oder den Gesamt-Soll-Saldo durch Aufnahme eines Kredites zu decken.<sup>5</sup>

## **2. Wirtschaftliche Ziele und Auswirkungen des physischen Cash-Pooling**

Die tatsächliche Zusammenführung von Liquidität eines Konzernverbundes auf einem zentralen Konto hat verschiedene finanzielle Auswirkungen, sowohl für die einzelnen Konzerngesellschaften selbst, als auch für den Konzern als Ganzen.<sup>6</sup>

### **a. Optimierung der Liquidität**

Durch die tatsächliche konzerninterne Verrechnung von Soll- und Haben-Salden kann die Liquidität konzernweit optimiert werden.

---

<sup>5</sup> Essmann, 137; Sieger/Hasselbach, BB 1999, 645; Eistert, 22 f.; Jäger, DStR 2000, 1653; Oho/Eberbach, DB 2001, 825; Richtsfeld, 181; Hellwig, in FS für Peltzer, 164; Becker, DStR 98, 1528; Makowski, Seite 23; Blöse, GmbHR 2002, 675; Kollmann, WM 1998, 1569 f.

<sup>6</sup> Theisen, Der Konzern, 452-456; Zeidler, 8 f.; Eistert, 7 f.; Richtsfeld, 182; Jula/Breitbarth, AG 1997, 256 f.; Sieger/Hasselbach, BB 99, 645; Oho/Eberbach, DB 2001, 825; Hellwig, in FS für Peltzer, 164; Makowski, 29; Becker, DStR 98, 1528 f.; Jäger, DStR 2000, 1654; Essmann, 103-105

Liquiditätsüberschüsse einer Konzerngesellschaft können dazu verwandt werden, etwaige Fehlbeträge anderer Konzerngesellschaften unmittelbar auszugleichen und so die Liquidität im gesamten Konzern zu gewährleisten.

**b. Zinsoptimierung**

Dadurch, dass die Liquidität konzernweit optimiert wird, findet gleichzeitig auch eine Zinsoptimierung statt. Wird ein Fehlbetrag konzernintern ausgeglichen, dann entfallen zunächst die normalerweise anfallenden hohen Überziehungszinsen bei der Bank. Gleichzeitig können konzernintern Verrechnungszinsen gutgeschrieben werden, die höher sind als der niedrige Tagesgeldzinssatz, der erreicht würde, wenn überhaupt so kurzfristig Geld angelegt worden wäre. Durch die Konzentration auf eine Stelle entstehen darüber hinaus Volumeneffekte, die zum einen eine verbesserte Verhandlungsposition gegenüber Kreditinstituten bei der Anlage von Überschüssen garantieren und bei Fremdmittelaufnahme durch die Bündelung günstigere Finanzierungsbedingungen erwarten lassen.

**c. Know-How-Entwicklung**

Schließlich kann durch die Konzentration der Außenfinanzierung beim Cash-Pool und durch die größeren Geldbeträge, die bewegt werden, bei der Muttergesellschaft eine besondere Kompetenz in Finanzierungsfragen aufgebaut werden. Finanzierungs- und Anlagespezialisten können in der Zentrale des Cash-Management-Systems ihr spezielles Know-how umsetzen und erweitern. Für einzelne Konzerngesellschaften wäre dies nicht möglich, denn die Kosten würden den Nutzen übersteigen.

Durch die beschriebenen Synergieeffekte im Bereich der Finanzierung wird sowohl die Ertragskraft des gesamten Konzerns als auch der einzelnen Gesellschaften gesteigert.

### 3. Zivilrechtliche Ausgestaltung

Um konzernintern einen Liquiditätsausgleich durchführen zu können, bedarf es zwischen den teilnehmenden Unternehmen einer rechtlichen Grundlage. Selbst wenn ausdrücklich keine Regelung getroffen worden ist - bei mittelständischen Unternehmen fehlen diese häufig - wird durch die tatsächliche Durchführung des Liquiditätsausgleiches zumindest konkludent eine schuldrechtliche Grundlage geschaffen.<sup>7</sup>

Rechtlich ist zwischen dem Außenverhältnis, d.h. allgemein gesprochen das Verhältnis aller Konzerngesellschaften zu Dritten, und dem Innenverhältnis, d.h. der Rechte und Pflichten der Konzerngesellschaften untereinander, zu unterscheiden.

Im Außenverhältnis wird der Cash-Pool-Vertrag im eigentlichen Sinne abgeschlossen. Daran beteiligt sind grundsätzlich eine Bank, die das Zielkonto führt, die Konzernmutter (bzw. die Betreibergesellschaft), die Inhaberin diese Zielkontos ist, und diejenigen Konzerntochtergesellschaften, die am Cash-Pooling teilnehmen sollen. Inhalt dieses Vertrages ist ein Auftrag an die Bank, am Ende eines jeden Geschäftstages einen etwaigen Haben-Saldo auf einem Quellkonto einer Konzerntochtergesellschaft auf das Zielkonto zu übertragen bzw. einen etwaigen Soll-Saldo auf einem Quellkonto durch das Zielkonto auszugleichen.<sup>8</sup>

Neben dieser Elementarregelung werden üblicherweise auch Regelungen über zu entrichtende Bankgebühren, die Mithaftung der Konzerngesellschaften für ein Soll-Saldo des Zielkontos, die Laufzeit und Kündigungsfristen und den etwaigen Beitritt zum Cash-Pool-Verfahren weiterer Konzerngesellschaften aufgenommen.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Schneider, in Handbuch der Konzernfinanzierung, RN 25.9-25.23

<sup>8</sup> Schneider, in Handbuch der Konzernfinanzierung, RN. 25.14; Makowski, 34

<sup>9</sup> Morsch, NZG 2003, 97 (98)

Für die Regelung des Innenverhältnisses bedarf eines zusätzlichen Vertrages zwischen der das Zielkonto führenden Mutter- bzw. Betreibergesellschaft und den am Cash-Pool-System beteiligten Konzerngesellschaften. Nach ganz überwiegender Ansicht<sup>10</sup> handelt es sich bei den geschäftstäglich durchgeführten Umbuchungen um Darlehensgewährungen sowohl in die eine als auch in die andere Richtung. Die sich aus der Vereinbarung ergebenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen und Kosten werden regelmäßig für laufende Rechnung erbracht und bilden daher einen echten Kontokorrent im Sinne des § 355 Handelsgesetzbuch (HGB).<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Schneider, in Handbuch der Konzernfinanzierung, RN. 25.12; Zeidler, 11; Makowski, 51; Cahn, ZHR 2002, 278 (280); Hellwig, in FS für Peltzer, 165; Ransch, 558;

<sup>11</sup> Morsch, NZG 2003, 97 (98)

## **C. Kapitalaufbringung im Gesellschaftsrecht**

### **1. Grundsätze der Kapitalaufbringung im Allgemeinen**

Als Ausgleich dafür, dass den Gläubigern von Aktiengesellschaften (AG) bzw. Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) nur das Vermögen der Gesellschaft, nicht jedoch das der Gesellschafter haftet (§ 1 I Satz 1 Aktiengesetz (AktG), § 13 II Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)), bilden das Grundkapital der AG (§ 1 II AktG) und das Stammkapital der GmbH (§ 5 I GmbHG) das Mindesthaftkapital. Daher versuchen die gesetzlichen Regelungen bei der Gründung und insbesondere auch bei der Kapitalerhöhung deren vollständige Aufbringung so weitgehend wie möglich sicherzustellen.<sup>12</sup>

Bei der Bargründung bzw. Barkapitalerhöhung muss wegen des Gebotes der realen Kapitalaufbringung die Einlage aus dem Vermögen des Gesellschafters erbracht werden.<sup>13</sup> Dies geschieht durch Einzahlung des geringsten Ausgabebetrages der Aktie (§§ 36 II, 36a I, 37 I, 54, 188 II AktG) bzw. des Nominalbetrages des Geschäftsanteils (§§ 7 II, 19 I und II, 56a, 57 II GmbHG)

Der eingezahlte Betrag muss darüber hinaus zur freien Verfügung des AG-Vorstandes (§ 36 II 1, 188 II AktG) bzw. der GmbH-Geschäftsführer (§ 8 II 1, 57 I GmbHG) stehen.

Das Kapitalaufbringungsrecht soll gewährleisten, dass das Kapital der Gesellschaft als Betriebs- und Haftungskapital zur Verfügung steht. Das einmal ordnungsgemäß aufgebrachte Kapital muss jedoch nicht als spezieller Haftungsfonds für die Dauer der Gesellschaft auf einem Sonderkonto oder ähnlichem verwahrt werden.<sup>14</sup> Genauso wenig muss bei einer Kapitalerhöhung - anders als bei einer Gründung - der Erhöhungsbetrag im Zeitpunkt der Anmeldung der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister noch durch

---

<sup>12</sup> Henze, DB 2001, 1469

<sup>13</sup> Preuß, JuS 1999, 342 (342 f.)

<sup>14</sup> Pentz, in MüKo zum AktG, § 27, RN 4

Reinvermögen der Gesellschaft gedeckt sein, trotz des Wortlautes der §§ 188 II, 36 II 1 AktG, 57 II 1 GmbHG. Es reicht aus, wenn das Vermögen, das der Deckung der erhöhten Kapitalziffer dient, bei der Kapitalerhöhung unmittelbar der Gesellschaft zufließt und in den Entscheidungs- und Handlungsbereich des geschäftsführenden Organs gelangt. Damit ist der Vorgang der Mittelaufbringung abgeschlossen und das geschäftsführende Organ ist berechtigt und verpflichtet, im Rahmen seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit im Interesse der Gesellschaft über das eingebrachte Vermögen zu verfügen.<sup>15</sup>

Neben den gesetzlichen Regeln zur ordnungsgemäßen Kapitalaufbringung existiert ein von der Rechtsprechung entwickelter Umgehungsschutz, denn weder §§ 27, 183 AktG noch §§ 19 V, 56 GmbHG regeln den Umgehungsschutz von Gesetzes wegen abschließend. Im allgemeinen werden diese Vorschriften als in Tatbestand und Rechtsfolge unvollkommener Ausdruck des Kapitalaufbringungsrecht der Kapitalgesellschaften beherrschenden Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung und des aus ihm folgenden Verbots verdeckter Sacheinlagen verstanden.<sup>16</sup> Der Anwendungsbereich dieser Vorschriften erstreckt sich über ihren Wortlaut hinaus auf alle Handlungen, mit denen der von ihnen verfolgte Zweck umgangen wird.<sup>17</sup>

Notwendig ist der umfassende Umgehungsschutz deshalb, weil die Sachgründung bzw. -kapitalerhöhung gegenüber der Bargründung bzw. -kapitalerhöhung die aufwendigere, zeitraubendere und mit zusätzlichen Kosten verbundene Variante der Kapitalaufbringung darstellt und dies in der Praxis häufig zu Versuchen geführt hat, das gesetzlich vorgeschriebene Verfahren zu umgehen.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> BGH, NZG 2002, 522 (523)

<sup>16</sup> Henze, DB 2001, 1469, 1473; Pentz, in MüKo zum AktG, § 27, RN 89

<sup>17</sup> BGHZ 113, 335, 340 = DB 1991, 1060; BGH DB 96, 876 = ZIP 96, 595, 596

<sup>18</sup> Pentz, in MüKo zum AktG, § 27, RN 84

Im Einzelnen kann hier jedoch nicht auf die vielfältigen Möglichkeiten der Umgehung eingegangen werden. Eine Fallgruppe soll und muss aber schon jetzt kurz erwähnt werden, da sie im Zusammenhang mit Kapitalerhöhungen im Cash-Pool eine wichtige Rolle spielt, das Hin- und Herzahlen. Ein Hin- und Herzahlen liegt beispielsweise dann vor, wenn statt einer Verrechnung eine doppelte Zahlung stattfindet, indem der Gesellschafter zunächst seine Bareinlage leistet, einen entsprechenden Betrag aber später wieder von der Gesellschaft zurückerhält.<sup>19</sup>

Diese Fallgruppe ist bei Kapitalerhöhungen im Cash-Pool deshalb so relevant, weil sie dort vermeintlich in "Reinform" durchgeführt wird. Der Gesellschafter zahlt im Rahmen der Kapitalaufbringung seine Einlage auf ein Konto der Tochtergesellschaft und erhält den Kapitaleinlagebetrag am Tagesende umgehend zurück, durch Überweisung auf das Zielkonto. Faktisch erhält die Tochter kein Bargeld, sondern nur eine Forderung gegen den Cash-Pool in Höhe des Einlagebetrages. Dieses Vorgehen birgt die Gefahr in sich, später, üblicherweise vor Gericht, als nicht ordnungsgemäße Kapitalaufbringung qualifiziert zu werden.

Darüber hinaus besteht bei Kapitalaufbringungen im Cash-Pool zusätzlich die Gefahr, dass auch nicht zur endgültig freien Verfügbarkeit der jeweiligen Gesellschaftsorgane geleistet wird, da durch den Cash-Pool-Vertrag - je nach Ausgestaltung - von vorneherein und ohne Einwirkungsmöglichkeit der Organe feststeht, dass der Betrag in jedem Fall auf das Zielkonto transferiert wird.

Zur Vermeidung einer nicht ordnungsgemäßen Kapitalaufbringung bedarf es daher besonderer Maßnahmen, die sogleich unter D. näher besprochen werden.

---

<sup>19</sup> Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 26 RN 72; Pentz, in MüKo zum AktG, § 27, RN 111

## **2. Rechtsfolgen bei Verstößen gegen die Grundsätze der Kapitalaufbringung**

Werden die Vorschriften über die Kapitalaufbringung nicht eingehalten, tritt keine Erfüllungswirkung ein, d.h. es fand keine wirksame Kapitalaufbringung statt. Die Konzernmutter bleibt daher mangels Erfüllungswirkung der von ihr bereits geleisteten Beträge weiterhin zur Leistung der Bareinlage an die Konzerngesellschaft verpflichtet. Dies folgt aus der gemäß § 36a AktG bzw. § 19 II GmbHG bestehenden Einlageverpflichtung.

Im Gegenzug steht der Konzernmutter lediglich ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Rückerstattung gegen die Tochtergesellschaft zu (§ 812 I 1 Alt.1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)). Die Leistung der Konzernmutter erfolgte mangels Erfüllungswirkung ohne Rechtsgrund, was zivilrechtlich zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Tochtergesellschaft führt und nach § 812 ff. BGB zurückverlangt werden kann.

Allerdings können die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung der Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft nicht mit dem Anspruch der Tochtergesellschaft auf ordnungsgemäße Einlageerbringung aufgerechnet werden (§§ 66 I AktG, 19 II GmbHG), ohne dass dadurch erneut der Tatbestand des Hin- und Herzählens verwirklicht wird.

Falls es sich bei dem Tochterunternehmen um eine GmbH handelt, besteht allenfalls die Möglichkeit, den Rückforderungsanspruch gegen die Tochtergesellschaft als Sacheinlage in diese einzubringen und so die Einlageforderung zu tilgen.<sup>20</sup> Das Aktiengesetz hingegen verbietet ausdrücklich in den §§ 27 IV, 183 II 4 die nachträgliche Änderung der Einlagendeckung,<sup>21</sup> so dass es bei der Pflicht zur Einbringung einer Bareinlage bleibt.

---

<sup>20</sup> BGH, NJW 1996, 1473 (1475); Custodis, DNotZ 1997, 437 (452)

<sup>21</sup> Henze, DB 2001, 1469 (1474 f.)

Liegt eine verdeckte Sacheinlage vor, dann sind die Verträge und Rechtshandlungen zur Ausführung der verdeckten Sacheinlage der Tochtergesellschaft gegenüber unwirksam (§§ 183 II, 27 III AktG, §§ 56 II, 19 V 5 GmbHG). Folge davon ist, dass die Tochtergesellschaft gegenüber dem Cash-Pool einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Rückzahlung der an diesen geflossenen Beträge hat (§ 812 I 2 Alt.2 BGB).

Schließlich kommen noch persönliche Konsequenzen für die handelnden Personen in Betracht. Nach §§ 48, 93 II AktG, §§ 9a, 43 II, 57 IV GmbHG haften geschäftsführende Organe der Konzerngesellschaft persönlich mit ihrem Vermögen für den entstandenen Schaden, wenn im Rahmen der notwendigen Handelsregisteranmeldung Falschaussagen hinsichtlich der freien Verfügbarkeit der Einlagen getätigt werden. Falschaussagen können zudem strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen, § 399 I AktG, § 82 GmbHG.

## **D. Kapitalaufbringung im Cash-Pool**

### **1. Kollision von rechtlichen Pflichten mit wirtschaftlichen Zielen**

Wie unter C. 1. bereits kurz angesprochen, bergen konzernweite Cash-Pool-Systeme das Risiko, dass es im Fall von Bargründungen und Kapitalerhöhungsmaßnahmen durch Bareinlagen nicht zu der gesetzlich geforderten, durch ordnungsgemäße Leistung der Einlage bewirkten, effektiven Mittelzufuhr kommt.

Zu beachten sind dabei die Problematik der verdeckten Sacheinlage, die Forderung nach der endgültig freien Verfügbarkeit der Mittel durch die zuständigen Gesellschaftsorgane und die Zurechenbarkeit der mittelbaren Mittelzufuhr.

#### **a. Verdeckte Sacheinlage**

Zunächst besteht das Risiko, dass die vermeintliche Barkapitalaufbringung tatsächlich eine verdeckte Sacheinlage darstellt.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass ein vom Gesellschafter der Gesellschaft gewährtes Darlehen, das mit den Mitteln der Bareinlage zurückgezahlt wird als verdeckte Sacheinlage zu qualifizieren ist, da der Gesellschaft nicht die zugesagten Barmittel zufließen, sondern die Gesellschaft lediglich von einer Verbindlichkeit befreit wird.<sup>22</sup> Faktisch liegt eine verdeckte Forderungseinbringung vor, da der Gesellschafter die ihm gegen die Gesellschaft zustehende Forderung als Sacheinlage hätte einbringen können. Nach §§ 27, 36a II, 183, 188 II AktG und §§ 19 V, 56 GmbHG befreit eine Sacheinlage den Gesellschafter nur dann von seiner Einlageverpflichtung, wenn die besonderen Verfahrensvorschriften bezüglich der Einbringung von Sacheinlagen erfüllt worden sind.

---

<sup>22</sup> BGH, NJW 1992, 2222 (2225); BGH, NJW 1994, 1477 (1479)

Diese Rechtslage ist bei Bestehen eines Cash-Pools dann von Bedeutung, wenn die Tochtergesellschaften vom Cash-Pool, der ganz überwiegend bei ihrer Muttergesellschaft angesiedelt ist, ein Darlehen zur Überbrückung von Liquiditätsengpässen in Anspruch nehmen. Der von der Muttergesellschaft im Rahmen einer Kapitalerhöhung geleistete Einlagebetrag fließt aufgrund der Bestimmungen in den Cash-Pool-Verträgen unmittelbar an den Cash-Pool zurück und reduziert den zu Lasten der Tochtergesellschaft bestehenden Negativsaldo. Auch wenn das wirtschaftlich vorteilhaft ist, wird durch den Rückfluss des Betrages lediglich eine Forderung des Cash-Pools gegen die Tochtergesellschaft getilgt und es findet keine neue Mittelzufuhr statt. Der Tatbestand der verdeckten Sacheinlage ist damit erfüllt.

In den Fällen, in denen durch den Abfluss des Einlagebetrages von der Tochtergesellschaft an den Cash-Pool erst eine Darlehensforderung der Tochtergesellschaft gegenüber dem Cash-Pool begründet oder eine bereits bestehende Darlehensforderung vergrößert wird, ist die Frage des Vorliegens einer verdeckten Sacheinlage anders zu beurteilen. Grund dafür ist, dass nach ganz überwiegender Ansicht eine Forderung einer Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter kein tauglicher Gegenstand einer Sacheinlage sein kann,<sup>23</sup> insbesondere dann nicht, wenn diese Forderung nicht mit einer dinglichen Sicherheit (bspw. einer Hypothek) oder ähnlichem verbunden ist.<sup>24</sup> Zur Begründung siehe unter D.2.b.aa. Existiert kein tauglicher Sacheinlagegegenstand, dann kann auch keine Sacheinlage, offen oder verdeckt, vorliegen.

#### **b. Endgültig freie Verfügbarkeit der Mittel**

Eine ordnungsgemäße Barkapitalaufbringung im Cash-Pool kann darüber hinaus daran scheitern, dass es an der notwendigen

---

<sup>23</sup> Ulmer, in Hachenburg, § 5 RN 36, 41; Winter, in Scholz, § 5 RN 44, 49; Pentz, in MüKo zum AktG, § 27, RN 26; Hueck/Fastricht, in Baumbach/Hueck, § 5 RN 24

<sup>24</sup> Winter, in Scholz, § 5 RN 44,49

endgültig freien Verfügbarkeit der Einlage durch das geschäftsführende Organ fehlt (§§ 36 II 1, 188 II AktG, §§ 8 II 1, 57 II 1 GmbHG).

Die endgültig freie Verfügbarkeit der Einlage durch das geschäftsführende Organ ist gewährleistet, wenn es sich bei dem Cash-Pool-Vertrag um eine Absprache hinsichtlich einer Mittelverwendung handeln würde. Grundsätzlich sind Verwendungsabsprachen zwischen Geschäftsführer und Einleger zulässig, da diese nur die Verwendung der Mittel tangiert und nicht deren Aufbringung.<sup>25</sup> Eine Verwendungsabsprache liegt typischerweise bei der Umsetzung von Investitionsentscheidungen der Gesellschafter oder sonstiger, ihrer Weisung unterliegender geschäftspolitischer Zwecke vor.

Eine zulässige Verwendungsabsprache liegt jedoch nicht vor, wenn die Mittelverwendung als bloße Rückzahlung des eingezahlten Betrages an den Einleger anzusehen ist. Denn wenn die Einlage aufgrund von Absprachen zwischen der Gesellschaft und dem Einleger alsbald an den Einleger zurückfließt, ist der Gesellschaft der Betrag nur vorübergehend und nicht zur freien Verfügbarkeit des geschäftsführenden Organs zur Verfügung gestellt worden.<sup>26</sup> Namentlich gilt das bei einem Rückfluss des Einlagebetrages an den Einleger in Form eines Darlehens.<sup>27</sup>

Im Rahmen des Cash-Pooling liegt häufiger ein Fall des Rückflusses der Bareinlage vor, wenn die Konzerngesellschaft den von ihrem Gesellschafter im Zuge der Durchführung einer Kapitalerhöhung erhaltenen Betrag im Rahmen des Cash-Pooling als Darlehen an die Konzernmutter zurückzahlt<sup>28</sup> und dafür lediglich eine möglicherweise nicht bewertete, ungesicherte und gegebenenfalls auch noch mit

---

<sup>25</sup> Pentz, in MüKo zum AktG, § 27, RN 88

<sup>26</sup> BGH, NJW 2001, 3781 (3782); OLG Hamm, GmbHR 1997, 213 (214); Winter, in Scholz, § 7 RN 36; Röhrich, in Großkommentar, § 27 RN 68 f.; Lutter, in KölnerKomm., § 183 RN 26; Jäger, DStR 2000, 1653 (1655)

<sup>27</sup> Hüffer, § 36 RN 8; Hueck/Fastrich, in Baumbach/Hueck § 7 RN 5a

<sup>28</sup> Hueck/Fastrich, in Baumbach/Hueck § 19 RN 30

Rechten Dritter belastete Forderung erhält.<sup>29</sup> Nichts anderes kann gelten, wenn die Konzerngesellschaft den Einlagebetrag unmittelbar nach Erhalt dazu verwendet, ein vom Gesellschafter gewährtes Darlehen zu tilgen.

Explizit wurde dies vom Oberlandesgericht Köln<sup>30</sup> festgestellt. Eine ordnungsgemäße Kapitalaufbringung liegt nicht vor, wenn die Konzernmutter ihrer Pflicht zur Einzahlung der Stammeinlage bei der Konzerngesellschaft dergestalt nachkommt, dass sie von einem eigenen Konto den entsprechenden Betrag auf ein Konto der Konzerngesellschaft überweist und diese Zahlung umgehend entsprechend einer zwischen allen Konzerngesellschaften und der Bank getroffenen Abrede zurückerhält. Gemäß dieser Abrede werden täglich alle Konten der einzelnen Konzerngesellschaften auf ein von der Konzernmutter eingerichtetes und ihrer alleinigen Verfügungsmacht unterstehendes Zentralkonto umgebucht und verrechnet. Dann liegt nämlich ein bloßes Hin- und Herzahlen vor und kein Mittelübergang in der Form, dass die Geschäftsführer frei darüber hätten verfügen können.

Der Bundesgerichtshof hat sich mit dieser Frage noch nicht ausdrücklich beschäftigt, das Urteil des Oberlandesgerichtes Köln aber durch den Beschluss der Nichtannahme der Revision bestätigt.<sup>31</sup>

### **c. Mittelbare Mittelzufuhr, Leistung an Dritte**

Die eben beschriebene rechtliche Beurteilung bezüglich der Wirksamkeit einer Bareinlage bei einem anschließenden Rückfluss der Einlage (Hin- und Herzahlen) finden auch dann Anwendung, wenn Dritte eingeschaltet werden, etwa bei einem mehrstufigen Konzern. Es ist nicht notwendig, dass der Einlageschuldner und der

---

<sup>29</sup> Hellwig, in FS für Peltzer, 167

<sup>30</sup> OLG Köln, NJW-RR 2000, 1480 (1481)

<sup>31</sup> BGH, DStR 1999, 1451 mit Anmerkung Goette

Gläubiger einer mit den Mitteln der Bareinlage getilgten Forderung identisch sind.<sup>32</sup> Dasselbe gilt selbstredend, wenn einer dritten Person mit den Mitteln der Kapitalerhöhung ein Darlehen gewährt wird.

Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die Leistung an den Dritten den Einleger in derselben Weise begünstigt wie den Einleger selbst.<sup>33</sup>

Der Rückzahlung einer Einlage an den Gesellschafter gleichgestellt werden können daher vor allem Leistungen an Dritte, die aufgrund ihrer wirtschaftlichen Verbundenheit dem Einleger besonders nahe stehen. Dies sind insbesondere verbundene Unternehmen.<sup>34</sup>

Als Beispiele seien erwähnt die Befriedigung einer Forderung gegenüber einem Unternehmen, an dem der Gesellschafter wesentlich beteiligt ist,<sup>35</sup> oder die Leistung an ein Schwesterunternehmen der Gesellschaft auf Anweisung des Einlageschuldners. Es macht wirtschaftlich keinen Unterschied, ob die Gesellschaft zunächst an den Einlageschuldner leistet und dieser dann den Betrag an Dritten weitergibt oder die Leistung auf Weisung des Einlageschuldners unmittelbar an den Dritten erfolgt.<sup>36</sup>

Rechtlich macht es daher aus diesen Gründen auch keinen Unterschied, ob der Cash-Pool von der Obergesellschaft direkt geführt wird, oder von einer Finanzierungsgesellschaft, die eine 100%ige Tochter der Obergesellschaft ist.

## **2. Vermeidung von Haftungsrisiken**

### **a. Kapitalaufbringung außerhalb des Cash-Pools**

Wenn die Kapitalaufbringung im Cash-Pool die Gefahr in sich birgt, gegen elementare Regelungen des Kapitalgesellschaftsrechts zu

---

<sup>32</sup> BGH, NJW 1994, 1477 (1477); BGH, NJW 1996, 1286 (1287)

<sup>33</sup> BGH, NJW 1994, 1477 (1478); BGH, NJW 1996, 1286 (1287)

<sup>34</sup> OLG Dresden, ZIP 1999, 2013 (2016)

<sup>35</sup> BGH, NJW 1994, 1477 (1478)

<sup>36</sup> Pentz, in MüKo-AktG, § 27 RN 125

verstoßen, dann stellt sich die Frage, warum die Kapitalaufbringung nicht gleich außerhalb des Cash-Pools durchgeführt werden sollte.

Dies könnte dadurch geschehen, dass die vom Gesellschafter erbrachte Einlage für einen bestimmten Zeitraum auf einem Sonderkonto der Gesellschaft verbleibt, das nicht in das Cash-Pooling-System einbezogen ist.

#### **aa. Verbleib der Einlage auf dem Sonderkonto**

Auf die Frage, wie lange dieser Zeitraum sein soll, gehen die Antworten naturgemäß auseinander.

Nach einer Auffassung<sup>37</sup> soll es ausreichen, dass der einbezahlte Betrag nach der Anmeldung der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister lediglich bis zum Ablauf des Bankarbeitstages, an dem auch die Anmeldung erfolgt ist, auf dem Sonderkonto verbleibt. Gemäß §§ 37 I 2, 188 II 1 AktG, §§ 8 II, 57 II GmbHG ist vom geschäftsführenden Organ eine Erklärung bzw. Versicherung abzugeben, in der die endgültig freie Verfügung der Einlage zum Zeitpunkt der Anmeldung beim Handelsregister versichert wird. Befindet sich der Betrag bis zum Tagesende auf dem Sonderkonto, ist dieser Vorschrift genüge getan.

Diese Ansicht hat allerdings eine grundsätzliche Schwäche. Auch wenn bei diesem Vorgehen die Möglichkeit besteht, dass der Betrag zur endgültig freien Verfügbarkeit der geschäftsführenden Organe gestanden hat, liegt in jedem Fall eine verdeckte Sacheinlage vor. Zumindest dann, wenn der Cash-Pool eine Darlehensforderung gegen die Tochtergesellschaft hat, was üblicherweise der Fall ist. Durch die Übertragung des Einlagebetrages vom Sonderkonto auf den Cash-Pool wird lediglich die Darlehensforderung des Cash-Pools gegen die Tochtergesellschaft getilgt und keine neuen Mittel zugeführt.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Sieger/Hasselbach, BB 1999, 645 (649)

<sup>38</sup> Jäger, DStR 2000, 1653 (1657)

Selbst wenn man der verbreiteten Meinung<sup>39</sup> folgt, die geleistete Einlage für einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten auf dem Sonderkonto zu belassen, um sie danach in den konzerninternen Geldkreislauf einzubeziehen, ist dies nicht ohne haftungsrechtliche Risiken, denn auch dadurch lässt sich ein zeitlicher Zusammenhang zwischen den Zahlungen nicht vermeiden.

Nach der gegenwärtigen Rechtslage ist es nämlich nicht möglich, einen exakten Zeitpunkt nach der Gründung oder Erhöhung des Grund- bzw. Stammkapitals zu benennen, ab dem das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage bei Rückzahlung der Einlage mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann. Ein zeitlicher Zusammenhang zwischen Bareinlage und Rückfluss derselben, der die Einlage als verdeckte Sacheinlage qualifizieren würde, wird zumeist bis zu einer Grenze von sechs Monaten angenommen.<sup>40</sup> Nach anderer Ansicht soll dagegen die maximale Obergrenze für die Annahme eines zeitlichen Zusammenhangs ein Jahr betragen.<sup>41</sup>

Mit einiger Berechtigung wird diese Rechtsunsicherheit kritisiert und bereits eine Verweildauer von sechs Monaten als übertrieben und willkürlich angesehen.<sup>42</sup> Auch wenn die Situation unbefriedigend ist und eine so lange Verweildauer im Hinblick auf den Gläubigerschutz nicht zwingend notwendig erscheint, sollte man sich trotzdem nicht auf ein Vabanquespiel einlassen und sich darauf verlassen, dass bei einer Verweildauer von über sechs Monaten die Annahme einer verdeckten Sacheinlage in jedem Fall ausscheidet, denn die Rechtsprechung hat sich dahingehend eben noch nicht endgültig und abschließend festgelegt.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> Hueck/Fastrich, in Baumbach/Hueck, § 19 RN 30a

<sup>40</sup> z.B. OLG Köln, ZIP 1999,399 (400);

<sup>41</sup> Lutter/Hommelhoff, § 5 RN 41

<sup>42</sup> Jäger, 1653 (1657 f.); Sieger/Hasselbach, 645 (649)

<sup>43</sup> Ausdrücklich offengelassen OLG Schleswig, GmbHR 2000, 1045 (1045 f.); BGH, NJW 2002, 3774 (3777)

Bei der Beurteilung des relevanten Zeitraumes zwischen Einlageleistung und dem Rückfluss derselben an den Gesellschafter ist zu beachten, dass das Kriterium des zeitlichen (und sachlichen) Zusammenhanges zwischen Kapitalaufbringungsmaßnahme und Rückzahlung kein direktes Tatbestandsmerkmal der verdeckten Sacheinlage ist, sondern eine Vermutungswirkung für das Bestehen einer Abrede begründet. Diese Vermutung führt zu einer Beweislastumkehr zu Lasten des Einlegers.<sup>44</sup>

Besteht hingegen zwischen der Erfüllung der Einlageleistung und dem Rückfluss der Einlage kein zeitlicher Zusammenhang, dann ist für die Annahme einer verdeckten Sacheinlage eine den wirtschaftlichen Erfolg einer Sacheinlage umfassende Abrede zwischen dem Einlageschuldner und seinen Mitgesellschaftern oder den geschäftsführenden Organen erforderlich.<sup>45</sup>

Daraus folgt, dass dem zeitlichen Zusammenhang zwischen Einlageleistung und Rückfluss des Betrages an den Gesellschafter keine eigenständige Bedeutung zukommt, wenn eine den wirtschaftlichen Erfolg einer Sacheinlage umfassende Abrede positiv vorliegt. Ein konzerninterner Cash-Pooling-Vertrag ist eine solche Abrede. Daher wäre ein Rückfluss selbst nach über einem Jahr nach der Leistung an die Gesellschaft als verdeckte Sacheinlage zu qualifizieren.<sup>46</sup>

Um ganz sicher zu gehen, dass eine einmal geleistete Bareinlage nicht im Nachhinein als verdeckte Sacheinlage qualifiziert wird, liegt es nahe, die im Rahmen einer Gründung oder Kapitalerhöhung einmal geleistete Einlage dauerhaft außerhalb des Cash-Pools zu belassen. Dies ist jedoch in den wenigsten Fällen praktikabel und außerdem wirtschaftlich nicht sonderlich vernünftig. Diese

---

<sup>44</sup> Habetha, ZGR 1998, 305, (312 f.)

<sup>45</sup> BGH, NJW 1996, 1286 (1288); BGH, NJW 2000, 725 (726)

<sup>46</sup> BGH, NJW 1996, 1473 (1475); Habetha, ZGR 1998, 305, (312 f.)

Vorgehensweise scheint daher nur dann sinnvoll, wenn die eingebrachten Mittel bereits komplett anderweitig verplant sind. Beispielsweise für eine Investition oder zur Tilgung größerer Verbindlichkeiten gegenüber Dritten und eine Einbeziehung der Mittel in den Cash-Pool deshalb ohnehin nicht wirtschaftlich notwendig macht.<sup>47</sup>

#### **bb. Verdeckte Sacheinlage trotz Sonderkonto**

Selbst wenn die Einlage auf ein Sonderkonto gezahlt wird, könnte eine verdeckte Sacheinlage vorliegen.

Die Zuführung von frischem Kapital auf ein Sonderkonto hat mittelbar positiven Einfluss auf die Salden der regulären Geschäftskonten der Konzerntochtergesellschaft. Denn die Entstehung eines Positivsaldos auf dem regulären Geschäftskonto wird dadurch begünstigt, dass die Deckung der Ausgaben der Konzerngesellschaft mit Mitteln des Sonderkontos bestritten wird und dadurch die Liquidität des Geschäftskontos selbstredend geschont wird. Dies hat zur Folge, dass der aufgelaufene Finanzüberschuss dem Cash-Pool zur Verfügung steht, da vom Geschäftskonto durch den konzerninternen Cash-Pooling-Vertrag unproblematisch weiterhin die Positivsalden zugunsten des Cash-Pools abgezogen werden können.

Hier besteht jedoch die Gefahr, dass der Geldfluss vom Geschäftskonto in den Cash-Pool ebenfalls als Hin- und Herzahlen qualifiziert wird, was den maßgeblichen Tatbestand für das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage darstellt. Denn es kommt nicht auf die konkrete Einlageleistung selbst an, sondern auf den Betrag der Einlage.<sup>48</sup> Es ist anerkannt, dass ein Hin- und Herzahlen auch dann vorliegen kann, wenn die Einlageleistung an einen Dritten zurückfließt und dem Einlageschuldner nur mittelbar zugute kommt.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Sieger/Hasselbach, BB 1999, 645 (649)

<sup>48</sup> Morsch, NZG 2003, 97 (103)

<sup>49</sup> BGH, NJW 1996, 1286 (1287); Winter, in Scholz § 5 RN 80a

Wenn man diese Maßstäbe auch im vorliegenden Fall anlegt, kann ein gegen das Gebot der Kapitalaufbringung verstoßender Rückfluss der Einlage auch in den Fällen nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, in denen die Einlageleistung durch Einzahlung auf ein Sonderkonto der Konzerngesellschaft zwar dem Cash-Pool entzogen wird, der Betrag der Einlageleistung aber durch einen Mittelabfluss vom regulären Geschäftskonto an die den Cash-Pool führende Konzernmutter zurückfließt.

Ein Beispiel ist zur Illustration hilfreich:

Konzernmuttergesellschaft M will eine Kapitalerhöhung bei ihrer im konzernweit durchgeführten Cash-Pool beteiligten Tochtergesellschaft T vornehmen. M zahlt hierzu €100.000,- auf ein Sonderkonto der T. Mit diesem Geld soll eine Maschine im Wert von €100.000,- für die T angeschafft werden. Am Tag nach der durchgeführten Kapitalerhöhung besteht auf dem Geschäftskonto der T ein Positivsaldo in Höhe von €100.000,-. Dieses Geld wird am Tagesende aufgrund des Cash-Pool-Vertrages an die M als Inhaberin des Cash-Pools abgeführt. Normalerweise hätten die €100.000,- dazu verwandt werden müssen, die Maschine zu bezahlen. Wirtschaftlich macht es keinen Unterschied ob der Einlagebetrag selbst oder der positive Saldo an die M überwiesen wird.

Da der Einlagebetrag mittelbar wieder an die M zurückgeflossen ist, liegt eine verdeckte Sacheinlage vor.

### **cc. Stellungnahme**

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass eine Kapitalerhöhung außerhalb des Cash-Pools nur dann wirklich Sinn macht, wenn mit dem Kapitalerhöhungsbetrag zeitnah eine bestimmte Investition getätigt wird. Nur dann ist es sinnvoll, diesen Betrag komplett aus dem Cash-Pool herauszuhalten, um erst gar nicht in die Gefahr zu geraten, dass die Kapitalerhöhung nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden ist.

## **b. Sacheinlage**

Da das Haftungsrisiko bei Kapitalerhöhungen in Gesellschaften, die einem Cash-Pool-System angeschlossen sind, primär daraus resultiert, dass die gewollte Bareinlage, die als Darlehen an den Cash-Pool ausbezahlt wird, als verdeckte Sacheinlage gewertet wird, stellt sich die Frage, ob es nicht von vorneherein sinnvoller ist, die geplante Kapitalerhöhung gleich im Wege einer offenen Sacheinlage vorzunehmen.<sup>50</sup>

### **aa. Einlagegegenstand**

Voraussetzung für eine Sacheinlage ist das Vorliegen eines sacheinlagefähigen Gegenstandes. Einlagefähig sind sämtliche Vermögensgegenstände, die auf eine Gesellschaft übertragen werden können und einen wirtschaftlich feststellbaren Wert haben (entsprechend dem Wortlaut des § 27 Abs. 2 AktG).<sup>51</sup> Forderungen gegen Dritte sind grundsätzlich einlagefähig, selbst dann, wenn sie bestritten oder zweifelhaft sind.<sup>52</sup> Dies gilt natürlich auch für Darlehensforderungen.

Nach ganz herrschender Ansicht scheiden jedoch Forderungen, die gegen den Einleger selbst gerichtet sind, d.h. hier Forderungen von Tochtergesellschaften gegen die Muttergesellschaft als tauglicher Sacheinlagegegenstand aus.<sup>53</sup> Begründet wird die Untauglichkeit mit zwei Argumenten. Würde man einen Anspruch gegen den Einleger selbst als taugliche Einlage anerkennen, dann hätte dies zur Folge, dass die Einlageforderung durch ein anderes, im Vergleich zur Einlageforderung schwächeres Leistungsversprechen des Zeichners ersetzt würde. Außerdem fehle bei einer Forderung gegen den

---

<sup>50</sup>Hellwig, in FS für Peltzer, 168

<sup>51</sup>Raiser, § 26 RN 55

<sup>52</sup>Winter, in Scholz, GmbHG, § 5 Rdn. 47; Pentz, in MüKo zum AktG, § 27, RN 26; Ulmer, in Hachenburg, § 5 RN 41

<sup>53</sup>Ulmer, in Hachenburg, § 5 RN 36, 41; Winter, in Scholz, § 5 RN 44, 49; Pentz, in MüKo zum AktG, § 27, RN 26; Hueck/Fastricht, in Baumbach/Hueck, § 5 RN 24; Röhrich, in GroKomentar, § 27 RN 68f.; a.A. Cahn, ZHR 2002, 278 (306), der eine Forderung der Konzerngesellschaft gegen die Konzernmutter als tauglichen Gegenstand der Sacheinlage ansieht

Einleger die für die Erfüllung seines Einlageversprechens notwendigen Aussonderung des Gegenstandes der Einlage aus dem Vermögen des Einlegers und die Überführung des Gegenstandes in das Vermögen der Gesellschaft.

Eine Forderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft selbst kann dagegen unzweifelhaft Einlagegegenstand sein. Im Cash-Pool bestehen Forderungen zugunsten des Gesellschafters gegen die Tochtergesellschaft immer dann, wenn auf dem internen Kontokorrent ein Überschuss zugunsten des Gesellschafters besteht. Diese Forderung kann als Sacheinlage eingebracht werden.

### **bb. Höhe der Sacheinlage**

Im Rahmen eines Cash-Pool-Systems stellt sich jedoch dabei das Problem, dass sich aufgrund der täglichen Zahlungen vom Cash-Pool bzw. an den Cash-Pool der Bestand des Kontokorrents ständig verändert und somit nie endgültig gesichert ist, dass am Tag der Eintragung der Kapitalerhöhung der Betrag überhaupt noch vorhanden ist. Denn der am Beginn eines Arbeitstages ausgewiesene Betrag auf dem internen Kontokorrent kann am Ende desselben ein ganz anderer sein. Wenn sich der interne Kontokorrent zugunsten der Tochterfirma verändert hat, d.h. die Tochtergesellschaft einen Überschuss hat, dann fehlt es mangels Darlehensforderung der Muttergesellschaft an einem tauglichen Einlagegegenstand.<sup>54</sup>

Besteht zwar ein Überschuss der Muttergesellschaft, ist dieser jedoch nicht so groß wie am Morgen, so entfällt durch teilweise Tilgung des Darlehens der Einlagegegenstand zum Teil.

Dadurch, dass sich der interne Kontokorrent täglich verändert, entstehen auch Probleme bei der Kapitalerhöhung mittels Sacheinlage. Der Einlagegegenstand kann nicht genau bestimmt werden. Es wird daher vorgeschlagen, den bis dahin geltenden

---

<sup>54</sup>Hellwig, in FS für Peltzer, 168

internen Kontokorrent zu stoppen. Danach wird ein neuer Cash-Pool mit einem neuen internen Kontokorrent eröffnet. Die aus dem alten Kontokorrent resultierende Forderung der Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft wäre dann tauglicher Gegenstand einer Sacheinlage, da die Forderung eindeutig und bestimmbar wäre.<sup>55</sup>

Man könnte grundsätzlich auch daran denken, künftige Forderungen der Muttergesellschaft gegen die Tochtergesellschaft in bestimmter Höhe als Sacheinlage einzubringen. Künftige Forderungen scheiden jedoch grundsätzlich als tauglicher Sacheinlagegegenstand aus, da das zukünftige Bestehen einer Forderung sowohl im Bestand als auch in der Höhe ungewiss ist,<sup>56</sup> somit auch im Cash-Pool.

Darüber hinaus sollte bei der Diskussion über die Höhe einer Sacheinlage nicht außer Betracht bleiben, dass eine Kapitalerhöhung keine alltägliche Entscheidung ist. Vielmehr kommt eine solche nur dann in Betracht, wenn der Überschuss der Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft auf dem internen Kontokorrent so groß ist, dass eine Kapitalerhöhung sinnvoll erscheint. Die Kapitalerhöhung muss dann auch nicht über den gesamten Betrag stattfinden, sondern nur hinsichtlich eines weit überschüssenden Anteils der Darlehenssumme, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht durch Zahlungen seitens der Tochtergesellschaft innerhalb eines Tages ausgeglichen werden wird. Zumal solch große Zahlungen absehbar und intern auch besprochen werden können.

Das Problem der ständig wechselnden Höhe der Darlehensvaluta kann schließlich auf anderem Wege gelöst werden. Es besteht nämlich immer die Möglichkeit, der Konzerngesellschaft

---

<sup>55</sup>Hellwig, in FS für Peltzer, 169

<sup>56</sup>BGH, NJW 1979, 216; Winter, in Scholz, § 5 RN 47

gegebenenfalls vorab ein Darlehen in Höhe des in Aussicht genommenen Kapitalerhöhungsbetrages zu gewähren und dann den Rückzahlungsanspruch der Konzernmutter als Sacheinlage einzubringen. Im Anschluss daran kann dann der Betrag der Darlehensvaluta auf das Zielkonto des Cash-Pools übertragen werden.<sup>57</sup>

### **cc. Stellungnahme**

Eine Kapitalerhöhung im Cash-Pool in Form einer Sacheinlage ist ein gangbarer Weg, bei dem darüber hinaus etwaige Haftungsrisiken wegen fehlerhafter Kapitalaufbringung ausgeschlossen werden können.

Bei einer förmlichen Sachkapitalerhöhung sind jedoch die Regeln des GmbH-Gesetzes und des Aktiengesetzes zu beachten, daraus resultiert ein erhöhter Aufwand und Kosten, die nicht entstehen müssten, wenn der Weg einer Bareinlage rechtlich gangbar wäre.

### **c. Besonders gesicherte Bareinlage durch entsprechende Gestaltung der Cash-Pooling-Verträge**

Es gibt Stimmen in Rechtsprechung und Literatur, die vertreten, dass durch entsprechende Gestaltung des Cash-Pooling-Vertrages Verstöße gegen die Kapitalaufbringungsvorschriften vermeidbar seien.<sup>58</sup> Die Gestaltung der Cash-Pooling-Verträge müsste jedoch strenge Kriterien erfüllen.

### **aa. Einflussmöglichkeiten durch Tochtergesellschaften**

Den Tochtergesellschaften sollen insbesondere umfassende Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten auf den Cash-Pool eingeräumt werden. Ziel dieser Einflussmöglichkeiten ist, den ungehinderten und automatischen Zugriff des Cash-Pools auf die liquiden Mittel der Konzerngesellschaften zu begrenzen und darüber

---

<sup>57</sup> Cahn, ZHR 2002, 278 (306)

<sup>58</sup> Sieger/Hasselbach, BB 1999, 645 ff.; Goette, DStR 1999, 1451 (1452), Jäger, DStR 2000, 1653 (1657); LG Flensburg, GmbHR 2001, 861 (862)

hinaus die tatsächliche Verfügungsmacht der Organe der Konzerngesellschaften über die Einlage der Gesellschafter zu gewährleisten.

**bb. Klarstellung der Mittelverwendung im Cash-Pool-Vertrag**

Durch Klarstellung im Cash-Pool-Vertrag soll und muss darüber hinaus sichtbar gemacht werden, dass die Zahlungen an den Cash-Pool nicht den Charakter einer Auszahlung haben, sondern den Charakter einer Geldanlage, die grundsätzlich auch über ein Konto bei einem Kreditinstitut erfolgen könnten.<sup>59</sup> Dies soll gewährleisten, dass die Einstellung der Bareinlage nicht als verdeckte Sacheinlage angesehen wird, da die Umgehung der gesetzlichen Vorschriften zur Kapitalaufbringung nicht gewollt wird.

**cc. Möglichkeit zur Verhinderung des Mittelabflusses**

Die Konzerngesellschaften müssen die Möglichkeit haben, den automatischen Transfer von Positivsalden an den Cash-Pool und damit den realen Mittelabfluss zu verhindern.<sup>60</sup> Dies kann durch ein Widerspruchsrecht geschehen oder durch ein Recht zur sofortigen Kündigung des Cash-Pool-Vertrages.<sup>61</sup>

**dd. Marktübliche Verzinsung**

Die marktübliche Verzinsung der Zahlungen an den Cash-Pool muss gewährleistet werden. Bei einem Fehlen einer Verzinsung entfällt die wirtschaftliche Rechtfertigung für die Überstellung der auf die neuen Stammeinlagen geleisteten Beträge an den Cash-Pool, und die Teilnahme am Cash-Management-System bzw. die Zahlung von Geldbeträgen von der Tochtergesellschaft an den Cash-Pool gerät sofort in den Verdacht einer verdeckten Sacheinlage.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> Sieger/Hasselbach, BB 1999, 645 (648)

<sup>60</sup> Goette, DStR 1999, 1451 (1452); Jäger, 1653 (1657); Sieger/Hasselbach, BB 1999, 645 (648)

<sup>61</sup> Sieger/Hasselbach, BB 1999, 645 (648)

<sup>62</sup> Sieger/Hasselbach, BB 1999, 645 (648)

### **ee. Ungehindertes Zugriff auf das Zentralkonto**

Teilweise wird gefordert, dass den Konzerngesellschaften zusätzlich ein ungehinderter Zugriff auf das Zentralkonto zustehen soll.<sup>63</sup> In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass ein bloß schuldrechtlicher Anspruch gegen die Konzernmutter in Form der Einräumung eines bestimmten Dispositionsrahmens auf dem Zielkonto für die Annahme eines unmittelbaren Zugriffsrechtes nicht ausreicht.<sup>64</sup> Ein solcher Anspruch gegen die Konzernmutter auf Zulassung einer Belastung des Zielkontos begründet keine Verfügungsbefugnis über das Konto, denn das Konto ist dinglich weiterhin der Konzernmutter zuzuordnen.<sup>65</sup>

Für die Annahme eines ungehinderten Zugriffes aller am Cash-Pool beteiligten Konzerngesellschaften auf das Zentralkonto ist es erforderlich, dass den Konzerngesellschaften ein eigener Anspruch gegenüber der kontoführenden Bank auf Kontenausgleich zu Lasten des Zielkontos zusteht. Zusätzlich muss dieser Anspruch auf Kontenausgleich gegenüber der Bank genauso sicher sein, wie eine Bareinlage selbst. Dies könne beispielsweise durch eine dingliche Absicherung sichergestellt werden.<sup>66</sup>

Das Zugriffsrecht auf den Cash-Pool kann im Innenverhältnis zwischen der Konzernmutter und den Konzerngesellschaften natürlich auf die von den Konzerngesellschaften an den Cash-Pool gezahlten Beträge beschränkt werden.

### **ff. Kritik und Gegenargumente**

Die eben unter D.2.c.aa.-D.2.c.ee. beschriebenen Einwirkungsmöglichkeiten auf den Cash-Pool im Einzelnen, als auch die grundsätzliche Annahme, durch entsprechende Gestaltung des

---

<sup>63</sup> LG Flensburg, GmbHR 2001, 861 (862); Jäger, 1653 (1657); Sieger/Hasselbach, BB 1999, 645 (648); in diese Richtung auch Goette, DStR 1999, 1451 (1452)

<sup>64</sup> OLG Hamm, GmbHR 1997, 213 (214); OLG Köln, NJW-RR, 2000, 1480 (1481); Goette, DStR 1999, 1451 (1452); Jäger, DStR 2000, 1653 (1657)

<sup>65</sup> OLG Hamm, GmbHR 1997, 213 (214); Goette, DStR 1999, 1451 (1452)

<sup>66</sup> LG Flensburg, GmbHR 2001, 861 (862)

Cash-Pooling-Vertrages könne ein Verstoß gegen die Kapitalaufbringsvorschriften vermieden werden, wird mit guten Argumenten kritisiert.

Eine entsprechende Gestaltung des Cash-Pooling-Vertrages gewährleiste zwar die Verfügungsmacht der geschäftsführenden Organe der Tochtergesellschaften über die von der Konzernmutter geleisteten Einlagen. Allerdings beseitige diese Gestaltung weitgehend die alleinige Verfügungsmacht der Konzernspitze über den Cash-Pool. Dies und die gleichzeitige Einräumung von Mitwirkungs- und Mitspracherechten zugunsten der Konzerngesellschaften schränke die Liquiditätssteuerung durch die Konzernspitze erheblich ein und führe dazu, dass die Effizienz und Funktionalität des Cash-Pool-Systems grundsätzlich in Frage gestellt werde.

Viel schwerwiegender noch wiege aber, dass all die vorgeschlagenen Sicherungsmaßnahmen kein taugliches Mittel darstellten, die Gefahr der nachträglichen Qualifizierung als verdeckte Sacheinlage zu verhindern. Der Ansatz lasse die besonderen Anforderungen einer Sachkapitalerhöhung außer Betracht. Diese Vorschriften dienen dem Gläubigerschutz. Dieser Schutz wird gewährleistet durch eine zwingende Werthaltigkeitsprüfung des eingebrachten Einlagegegenstandes und die Offenlegung des Einlagevorgangs an sich. An diesen Anforderungen müsse sich auch die Einbringung der Einlage im Rahmen eines Cash-Pools messen lassen, wenn die Umqualifizierung des Einlagevorganges in eine verdeckte Sacheinlage vermieden werden soll.<sup>67</sup>

Darüber hinaus kommt wegen der Regelungen in §19 II GmbHG und § 66 I 2 AktG eine Heilung einer verdeckten Sacheinlage durch die bloße Möglichkeit des Zugriffs der Konzerngesellschaft auf das

---

<sup>67</sup> Hellwig, in FS für Peltzer, 170 f.

Zielkonto nicht in Betracht.<sup>68</sup> Konsequenz davon ist, dass der Anspruch auf nochmalige Erbringung der Bareinlage weiterbesteht.<sup>69</sup>

### **gg. Stellungnahme**

Keine auch noch so starke Absicherung der Einlage kann die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften ersetzen. Die beschriebene Gestaltung gewährleistet allenfalls die freie Verfügung der Organe der Konzerngesellschaften über die Bareinlage, kann jedoch nicht verhindern, dass die Einlage im Nachhinein als verdeckte Sacheinlage qualifiziert wird. Es muss daher abgeraten werden, diese Vorgehensweise anzuwenden. Das Risiko, in der Insolvenz der Gesellschaft die Einlage erneut erbringen zu müssen, ist zu groß.

### **d. Bareinlage unter Berücksichtigung der Vorschriften über die Sacheinlage (Offenlegung der Mittelverwendung)**

Die Schwierigkeit einer Kapitalerhöhung im Cash-Pool ist kein speziell den Cash-Pool betreffendes Problem. Im allgemeinen Konzernrecht existieren bekannte Fallgruppen, in denen Kapitalerhöhungen zu ähnlichen Problemen führen können. Es ist daher naheliegend, die dort entwickelten Lösungsvorschläge auf die Probleme des Cash-Pools zu übertragen.<sup>70</sup>

Bei zwei Fallgruppen handelt es sich materiell um Sacheinlagen, die formellen Anforderungen müssen jedoch nicht in Gänze eingehalten werden.

### **aa. Kaufgeschäfte mit Schwestergesellschaften**

Bei der ersten Fallgruppe geht es um eine Kapitalerhöhung bei einer Konzerngesellschaft, die mit dem Kapitalerhöhungsbetrag ein Kaufgeschäft bei einer Schwestergesellschaft tätigen will.

---

<sup>68</sup> OLG Schleswig, GmbHR 2000, 1045 (1046); Bormann/Halaczinsky, GmbHR 2000, 1022 (1026)

<sup>69</sup> Hellwig, in FS für Peltzer, 171

<sup>70</sup> Hellwig, in FS für Peltzer, 171 f.

In diesen Fällen wird das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage verneint, wenn die kapitalerhöhende Konzerngesellschaft das angestrebte Geschäft offen legt und einer Werthaltigkeitsprüfung unterzieht.<sup>71</sup>

Übertriebener Formalismus bringt keinen Zugewinn an Gläubigerschutz mit sich, dagegen jedoch möglicherweise steuerliche Nachteile, beispielsweise bei doppelt anfallender Grunderwerbssteuer.

Es macht keinen Sinn, wenn die Schwestergesellschaft den von der kapitalerhöhenden Gesellschaft zu erwerbenden Gegenstand zunächst auf die Muttergesellschaft übertragen muss, damit diese dann den Gegenstand als offene Sacheinlage bei der anderen Tochtergesellschaft einbringen kann.

#### **bb. "Schütt-Aus-Hol-Zurück-Verfahren"**

Die zweite Fallgruppe ist das sogenannte "Schütt-Aus-Hol-Zurück-Verfahren", das mittlerweile von der Rechtsprechung anerkannt ist.<sup>72</sup> Dabei wird die Ausschüttung von Gewinnen der Gesellschaft an ihre Gesellschafter mit einer Kapitalerhöhung verbunden.

Die Entscheidungen zur Zulässigkeit und zu den Voraussetzungen des "Schütt-Aus-Hol-Zurück-Verfahren" sind zwar alle für die GmbH ergangen, für die AG kann jedoch nichts anderes gelten.<sup>73</sup>

Dabei kommt es dem BGH entscheidend darauf an, dass die „Kapitalaufbringung in gleicher Weise sichergestellt werden kann wie bei einer Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen“.<sup>74</sup>

Zunächst ist deshalb bezüglich des Gegenstandes, der möglicherweise als Gegenstand einer verdeckten Sacheinlage angesehen werden kann, zwingend eine Werthaltigkeitsprüfung durchzuführen. Das dafür durch die Gesellschaft einzuholende

---

<sup>71</sup> Lutter, in FS für Stiefel, 505 (520 f.); Maier-Reimer, in FS für Nirk, 639 ff.

<sup>72</sup> BGHZ 135, 382, 384 ff.

<sup>73</sup> Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, RN 668; Hüffer, § 183 RN 3; Pentz, in MüKo AktG, § 27 RN 115

<sup>74</sup> BGHZ 135, 382, 384

Sachverständigengutachten muss von dieser ohne ausdrückliche Anforderung durch das Handelsregister bei der Anmeldung der Kapitalerhöhung dort vorgelegt werden.<sup>75</sup> Darüber hinaus ist es erforderlich, die beabsichtigte Mittelverwendung im Beschluss über die Kapitalerhöhung und damit in der Handelsregisteranmeldung offen zulegen.<sup>76</sup>

### **cc. Übertragung der Vergleichsfälle auf Kapitalerhöhungen im Cash-Pool**

In Anlehnung insbesondere an die Rechtsprechung zum "Schütt-Aus-HoI-Zurück-Verfahren" wird für die Kapitalerhöhung im Cash-Pool folgendes Vorgehen vorgeschlagen:<sup>77</sup>

Zunächst ist eine testierte Bilanz der Konzerngesellschaft vorzulegen, die nicht älter als acht Monate sein darf (§ 210 II AktG, § 57i II GmbHG). Daneben ist die beabsichtigte Mittelverwendung im Beschluss über die Durchführung einer Kapitalerhöhung und damit in der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister offen zulegen (§ 210 IV AktG analog, § 57i IV GmbHG analog). Es ist also anzugeben, dass das Geld, das mittels Bareinlage eingebracht wird, in den Cash-Pool übertragen wird.

Darüber hinaus ist eine Werthaltigkeitsprüfung des einzubringenden Gegenstandes erforderlich. Schwierigkeiten kann dabei, ähnlich wie bei der Bestimmung des Gegenstandes der Sacheinlage, die genaue Identifizierung des Einlagegegenstandes bereiten. Grund dafür ist, dass im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung noch nicht klar ist, wie sich der Kontokorrent des Cash-Pools gegenüber der jeweiligen Konzerngesellschaft darstellt.

Um diese Problematik zufriedenstellend zu lösen, wird vorgeschlagen, für den Gesellschafterbeschluss eine entsprechend offene Formulierung zu wählen, die den Prüfungsgegenstand von der

---

<sup>75</sup> Lutter, in FS für Stiefel, 505 (521)

<sup>76</sup> Maier-Reimer, in FS für Nirk, 639 (647 f.)

<sup>77</sup> Hellwig, in FS für Peltzer, 171 ff.; Jäger, DStR 2000, 1653 (1658); Sieger/Hasselbach, BB 1999, 645 (651)

Situation unmittelbar vor der Einstellung des Bareinlagebetrages in den Cash-Pool abhängig macht.<sup>78</sup>

Die Werthaltigkeitsprüfung selbst unterscheidet sich nicht von der Prüfung bei einer offenen Sacheinlage, jedoch sollte die Einreichung des Wertgutachtens bereits mit der Handelsregisteranmeldung erfolgen oder zumindest angekündigt werden. Dadurch wird dem Registergericht gegenüber bereits im Vorfeld der Eintragung deutlich gemacht, dass es sich formal um eine Bareinlage handelt, die materiell zugleich den wesentlichen Anforderungen der offenen Sacheinlage – Offenlegung und Werthaltigkeitsprüfung – genügt.<sup>79</sup>

#### **dd. Kritik und Gegenargumente**

Das eben beschriebene Vorgehen hat damit einige gute Argumente auf seiner Seite. Gegen die Vergleichbarkeit und damit die Übertragbarkeit der Grundsätze des "Schütt-Aus-Hol-Zurück-Verfahrens" auf Barkapitalerhöhungen im Rahmen des Cash-Pooling wird ein ganz entscheidender Unterschied angeführt.

Während beim "Schütt-Aus-Hol-Zurück-Verfahren" die betroffene Konzerngesellschaft die zunächst als Gewinn ausgeschütteten Mittel im Zuge der Kapitalerhöhung endgültig zurückerhält, wird der Kapitalerhebungsbetrag einer Konzerngesellschaft, die in einem Cash-Pool-System integriert ist nach kurzzeitigem Zufluss sofort wieder entzogen und der Gesellschaft verbleibt lediglich eine Forderung gegen die Konzernmutter,<sup>80</sup> die weder bewertet, noch gesichert ist

#### **ee. Stellungnahme**

Auch bei diesem Vorgehen, der Erbringung einer Bareinlage unter Berücksichtigung der Vorschriften über die Sacheinlage, kann nicht mit letzter Sicherheit gesagt werden, dass die Haftung des

---

<sup>78</sup> Hellwig, in FS für Peltzer, 173 ff.

<sup>79</sup> Hellwig, in FS für Peltzer, 176

<sup>80</sup> Cahn, ZHR 2002, 278 (288)

Gesellschafters wegen Nichtbeachtung der Vorschriften hinsichtlich einer ordnungsgemäßen Kapitalaufbringung ausgeschlossen ist. Die Vergleichbarkeit mit anerkannten Methoden von Barkapitalerhöhungen unter Beachtung elementarer Regeln über die Sachkapitalerhöhung können in letzter Konsequenz nicht darüber hinwegtäuschen, dass es einen wichtigen, ganz entscheidenden Unterschied gibt. Das Geld verbleibt nicht bei der Gesellschaft, sondern wird an den Gesellschafter ausgekehrt und das widerspricht nun allen Regeln einer ordnungsgemäßen und endgültigen Mittelaufbringung.

Bevor keine höchstrichterliche Bestätigung dieses Vorgehens vorliegt, ist aus Gründen der Vorsicht davon abzuraten.

#### **e. Einlageleistung in die freien Rücklagen und daran anschließende Kapitalerhöhung**

Als letzte Vorgehensweise zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung von Konzerngesellschaften, die in einem Cash-Pool organisiert sind ist, jüngst vorgeschlagen worden, die Bareinlage in die freien Rücklagen der Konzerngesellschaft zu leisten, um daran anschließend eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln gemäß §§ 207 ff. AktG bzw. §§ 57c ff. GmbHG durchzuführen.<sup>81</sup>

#### **aa. Voraussetzung einer Kapitalerhöhung aus freien Rücklagen**

Die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln ist ebenfalls eine echte Kapitalerhöhung, denn sie führt zu einer Erhöhung des Umfanges des gebundenen Vermögens in der Gesellschaft.<sup>82</sup>

Im Gegensatz zu anderen Methoden der Kapitalerhöhung ist bei einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln keine Einlage zu leisten. Deshalb existieren auch keine Vorschriften, die die Korrektheit ihrer Erbringung sicherstellen sollen.

---

<sup>81</sup> Morsch, NZG 2003, 97 (104)

<sup>82</sup> Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, RN 841

Eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln ist deshalb nur möglich, wenn vor der Kapitalerhöhung bereits Rücklagen vorhanden sind und diese durch Vermögen tatsächlich gedeckt sind. Sichergestellt wird das Vorhandensein von Vermögen dadurch, dass dem Beschluss über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln eine geprüfte Bilanz zugrunde gelegt wird (§§ 207 IV, 209 AktG, §§ 57c III, 57e, 57f GmbHG).<sup>83</sup>

Voraussetzung für die Möglichkeit einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln ist daher grundsätzlich eine geprüfte Jahresbilanz.

### **bb. Stellungnahme**

Eine Kapitalerhöhung ohne das Risiko einer Haftung wegen nicht ordnungsgemäßer Durchführung der Kapitalerhöhung ist durch eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln offensichtlich möglich.

Allerdings gibt es zwei Gesichtspunkte, die dieses Verfahren als nicht optimal erscheinen lassen.

Das Kapital, das in die Rücklagen eingestellt wird, muss bei Erstellung der Jahresbilanz tatsächlich vorhanden sein. Falls das Kapital nicht mehr vorhanden ist, beispielsweise durch Übertragung des Betrages auf den Cash-Pool, dann kann das Vorhandensein auch nicht in der Jahresbilanz bestätigt werden. Eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln käme dann nicht mehr in Betracht. Lässt man die Rücklagen hingegen unangetastet, d.h. überträgt man diese nicht auf den Cash-Pool, dann gehen die daraus resultierenden Vorteile verloren.

Der zweite Kritikpunkt liegt im Faktor Zeit begründet. Ein Barbetrag, der in die freien Rücklagen eingebracht worden ist, muss darin verbleiben, bis das Vorhandensein durch den Abschlussprüfer festgestellt worden und eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln durchgeführt worden ist. Das ganze Verfahren ist sehr zeitaufwendig. In dieser Zeit können Vorteile, die aus einer

---

<sup>83</sup> Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, RN 847

Übertragung auf den Cash-Pool resultieren würden, nicht realisiert werden.

Daraus ergibt sich, dass die Einstellung von Barmitteln in die freien Rücklagen mit daran anschließender Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nur dann sinnvoll erscheint, wenn die Einstellung des Kapitalerhöhungsbetrages in den Cash-Pool nicht so wichtig erscheint. In Anbetracht dessen, dass es sich bei Kapitalerhöhungen regelmäßig um höhere Beträge handelt, wird dies eher selten der Fall sein.

## **E. Fazit und Schlussbemerkung**

Abschließend bleibt festzuhalten, dass es grundsätzlich möglich ist Kapitalerhöhungen bei Gesellschaften, die in Cash-Pool-Systemen integriert sind, ordnungsgemäß durchzuführen, um nicht fürchten zu müssen, später erneut zur Leistung der Einlage verpflichtet zu sein. Welches Verfahren zur Kapitalerhöhung gewählt wird, hängt davon ab, was mit der Kapitalerhöhung bezweckt wird und inwieweit man gewillt ist Risiko einzugehen.

Soll zeitnah zur Kapitalerhöhung mit dem Kapitalerhöhungsbetrag eine Investition getätigt werden, dann ist es empfehlenswert, die Kapitalerhöhung ganz außerhalb des Cash-Pools durchzuführen. Der Kapitalerhöhungsbetrag verbleibt auf dem Kapitalerhöhungs-Sonderkonto. Die Investition wird von diesem Konto aus getätigt. Ein Haftungsrisiko des Gesellschafters wegen nichtordnungsgemäßer Kapitalaufbringung ist nicht vorhanden.

Besteht auf dem internen Kontokorrent zu Gunsten der Muttergesellschaft ein Darlehen gegenüber der Tochtergesellschaft, bei der eine Kapitalerhöhung durchgeführt werden soll, empfiehlt sich eine offene Sacheinlage, denn durch die Einhaltung der Sacheinlagevorschriften kann das Haftungsrisiko ausgeschlossen werden. Um die Höhe der Sacheinlage genau bestimmen zu können, kann entweder vor der Kapitalerhöhung der Tochtergesellschaft ein Darlehen in entsprechender Höhe gewährt werden oder die Kapitalerhöhung wird nur über einen Darlehensbetrag durchgeführt, der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit am Tag der Anmeldung der Kapitalerhöhung beim Handelsregister im Cash-Pool zu Gunsten der Muttergesellschaft vorhanden ist.

Besteht auf dem internen Kontokorrent ein Darlehen zu Gunsten der Tochtergesellschaft gegenüber der Muttergesellschaft, dann scheidet eine Kapitalerhöhung mittels Sacheinlage mangels

Einlagegegenstand aus. Es bestehen dann verschiedene Möglichkeiten. Wenn es keinen zwingenden Grund für eine Kapitalerhöhung gibt, kann natürlich darauf verzichtet werden. Besteht ein Grund für eine Kapitalerhöhung, beispielsweise zur Verbesserung der Eigenkapitalquote gemäß den Kriterien von Basel II, kann die Muttergesellschaft der Tochter außerhalb des Cash-Pools ein Darlehen geben, um damit eine Kapitalerhöhung mittels Sacheinlage durchzuführen. Das Darlehen zu Gunsten der Tochtergesellschaft gegenüber dem Cash-Pool kann durch den Cash-Pool getilgt werden. Die Barmittel, die dann bei der Tochtergesellschaft vorhanden sind, können in die freien Rücklagen eingestellt werden, um dann eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln durchzuführen.

Eine Bareinlage unter Berücksichtigung der Vorschriften über die Sacheinlage kann zwar grundsätzlich durchgeführt werden, jedoch besteht solange ein Haftungsrisiko, bis das Verfahren höchstrichterlich bestätigt worden ist.

Wer das Risiko eingehen will, dem bleibt es unbenommen das Verfahren durchzuführen. Wenn das Haftungsrisiko aber minimiert werden soll, dann ist von dieser Methode abzuraten.

Ausdrücklich abzuraten ist davon, bei einem Cash-Pool-Verfahren die Kapitalerhöhung mittels Bareinlage vorzunehmen, selbst dann, wenn diese besonders gesichert sein sollte. Keine noch so gute Sicherung kann die zwingenden Regeln bezüglich der Kapitalaufbringung ersetzen. Wer trotzdem diesen Weg gehen möchte, muss damit rechnen, die Einlage erneut leisten zu müssen.

## Literaturverzeichnis

**Baumbach**, Adolf / **Hueck**, Alfred

GmbHG, Kommentar

17. Auflage, München 2000

**Bayer**, Andreas

Zentrale Konzernfinanzierung, Cash Management und  
Kapitalerhaltung

Festschrift für Marcus Lutter

Herausgegeben von Uwe H. Schneider, Peter Hommelhoff, Karsten  
Schmidt, Wolfram Timm, Barbara Grunewald, Tim Drygala, Köln  
2000

**Becker**, Ralph

Cash-Management in der Unternehmenskrise

Deutsches Steuerrecht (DStR) 1998, S.1528

**Blöse**, Jochen

Cash-Management-Systeme als Problem des Eigenkapitalerstes

GmbH-Rundschau 2002, S.675

**Bormann**, Michael / **Halaczinsky**, Markus

Vorratsgesellschaft und Kapitalaufbringung - Oder: "Wer schlecht  
zahlt, zahlt doppelt"; Besprechung von OLG Schleswig, Urt. v.  
20.07.2000, GmbHR 2000, S.1045

**Büschgen**, Hans E.

In-house banking

Wertpapiermitteilungen (WM) 1995, S. 733

**Cahn, Andreas**

Kapitalaufbringung im Cash Pool

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (ZHR) 166 (2002), 278 ff.

**Cahn, Andreas**

Kapitalerhaltung im Konzern

Köln, Berlin, Bonn, München 1998

**Custodis, Hans**

Verdeckte Sacheinlagen im GmbH-Recht - Anmerkungen zum

Tatbestand und zur Heilung -

Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ) 1997, S. 437

**Eistert, Torsten**

Cash Management Systeme

2. Auflage, Stuttgart 1994

**Essmann, Bernard F.J.**

Die Bankbeziehungen im Cash Management der Unternehmen

Diss., Bern, Stuttgart, Wien 1996

**Goette, Wulf**

Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 12.07.1999

Deutsches Steuerrecht (DStR) 1999, S. 1451 .

**Großkommentar** zum AktG

Herausgegeben von Klaus J. Hopt, Herbert Wiedemann

7. Lieferung §§ 23-40, Bearbeiter Volker Röhrich

4. Auflage, Berlin, New York 1997

**Hachenburg**

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung  
(GmbHG)

Großkommentar, Herausgegeben von Peter Ulmer

Erster Band §§ 1-34

8 Auflage, Berlin, New York 1992

**Habetha**, Joachim W.

Verdeckte Sacheinlage, endgültig freie Verfügung, Drittzurechnung  
und "Heilung" nach fehlgeschlagenen Bareinzahlungen im GmbH-  
Recht

Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (ZGR) 1998, S. 305 ff.

**Handbuch der Konzernfinanzierung**

Herausgegeben von Marcus Lutter, Eberhard Scheffler, Uwe H.  
Schneider

Köln 1998

**Hellwig**, Hans-Jürgen

Kapitalerhöhungen im Cash-Pool

Festschrift für Martin Peltzer

Herausgegeben von Marcus Lutter, Manfred Scholz und Walter  
Sigle, Köln 2001

**Henze**, Hartwig

Die Rechtsprechung des BGH zu den Kapitalaufbringungs-  
grundsätzen im GmbH- und Aktienrecht

Der Betrieb (DB) 2001, S. 1469

**Hirte**, Heribert

Kapitalgesellschaftsrecht

3. Auflage, Köln 2001

**Hüffer, Uwe**

AktG, Kommentar

5. Auflage, München 2002

**Jäger, Axel**

Kapitalaufbringung und Haftungsrisiken in Cash-Management-Systemen von GmbH-Konzernen

Deutsches Steuerrecht (DStR) 2000, 1657 ff.

**Jula, Rocco / Breitbarth, Carmen**

Liquiditätsausgleich im Konzern durch konzerninterne Darlehen

Die Aktiengesellschaft 1997, S. 256 ff.

**Kölner Kommentar** zum Aktiengesetz

Band 5/1, §§ 179-240 AktG

Herausgegeben von Wolfgang Zöllner

2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1990

**Kollmann, Andreas**

Das Konzernprivileg der 6. KWG-Novelle

Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM) 1998, 1569 ff.

**Lutter, Marcus**

Verdeckte Leistungen und Kapitalschutz

Festschrift für Ernst C. Stiefel

Herausgegeben von Marcus Lutter, Walter Oppenhoff, Otto

Sandrock, Hans Winkhaus, München 1987

**Lutter, Marcus / Hommelhoff, Peter**

GmbH-Gesetz, Kommentar

15. Auflage, Köln 2000,

**Maier-Reimer**, Georg

Mittelbare Sacheinlagen

Festschrift für Rudolf Nirk

Herausgegeben von Karl Buchhausen, Wolfgang Hefermehl, Peter

Hommelhoff, Herbert Messer, München 1992

**Makowski**, Valerie Julia

Cash-Management in Unternehmensgruppen:

Zulässigkeitsvoraussetzungen und Grenzen der zentralen

Konzernfinanzierung

Diss., Berlin 2000

**Morsch**, Stephan

Probleme der Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung im Cash-Pool

Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2003, S. 97 ff.

**Münchener Kommentar zum Aktiengesetz**

Herausgegeben von Bruno Kropff und Johannes Semler

Band 1 §§ 1-53

2. Auflage 2000, München 2000

(Zitat: Bearbeiter, in MüKo zum AktG)

**Oho**, Wolfgang / **Eberbach**, Christian

Konzernfinanzierung durch Cash-Pooling

Der Betrieb (DB) 2001, S.825

**Preuß**, Nicola

Grundsätze der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in der GmbH

Juristische Schulung (JuS) 1999, S. 342

**Ränsch, Ulrich**

Rechtliche und steuerliche Fragen der Implementierung eines konzerninternen Cash-Pooling-Systems

The International Lawyer, Freundesgabe für Wulf H. Döser

Herausgegeben von Friedrich Kübler, Joachim Scherer, Joachim Treck,

Baden-Baden 1999

**Raiser, Thomas**

Recht der Kapitalgesellschaften

3. Auflage, München 2001

**Richtsfeld, Jörg**

In-House-Banking - Neue Erfolgsstrategien im Finanzmanagement internationaler Unternehmen

Diss., Wiesbaden 1994

**Scholz**

Kommentar zum GmbH-Gesetz, I. Band §§ 1-44

9. Auflage, Köln 2000

**Sieger, Jürgen J. / Hasselbach, Kai**

Konzernfinanzierung durch Cash Pools und Kapitalerhöhung

Betriebsberater 1999, S. 645 ff.

**Theisen, Manuel René**

Der Konzern - Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen der Konzernunternehmung

2. Auflage, Stuttgart 2000

**Zeidler, Finn**

Zentrales Cashmanagement in faktischen Aktienkonzernen

Diss., Köln, Berlin, Bonn, München 1999