

Untersuchungen über das  
Spar-, Giro- und Kreditwesen

---

Abteilung B: Rechtswissenschaft

Herausgegeben von Peter O. Mühlert,  
Uwe H. Schneider und Dirk A. Verse

Band 207

# Kapitalerhaltung und aufsteigende Sicherheiten im reformierten Kapitalschutzrecht

Von

Christoph Kramer



Duncker & Humblot · Berlin

CHRISTOPH KRAMER

Kapitalerhaltung und aufsteigende Sicherheiten  
im reformierten Kapitalschutzrecht

# Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen

Abteilung B: Rechtswissenschaft

Schriften des Instituts für deutsches und  
internationales Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens  
an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Herausgegeben von

Prof. Dr. Peter O. Mülbert,

Prof. Dr. Dr. h. c. Uwe H. Schneider, Prof. Dr. Dirk A. Verse

Band 207

# Kapitalerhaltung und aufsteigende Sicherheiten im reformierten Kapitalschutzrecht

Von

Christoph Kramer



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften  
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz hat diese Arbeit  
im Sommersemester 2016 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde  
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0720-7352  
ISBN 978-3-428-15149-3 (Print)  
ISBN 978-3-428-55149-1 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85149-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Für Margaretha*



## Geleitwort

Werden Gegenstände aus dem Vermögen einer Kapitalgesellschaft zur Besicherung von Kreditverbindlichkeiten ihrer Gesellschafter eingesetzt, stellt sich die Frage, welche Grenzen der Grundsatz der Kapitalerhaltung solchen „aufsteigenden“ Sicherheiten zieht. Insbesondere im Zusammenhang mit fremdkapitalfinanzierten Unternehmenskäufen (*leveraged buy-out*) und im Rahmen der Konzernfinanzierung ist diese Frage von eminenter praktischer Bedeutung. Sie wird zwar seit langem diskutiert, präsentiert sich aber nach den Reformen, die das Kapitalschutzrecht im letzten Jahrzehnt durch das MoMiG und das ARUG erfahren hat, in neuem Licht.

Die vorliegende Dissertation von *Christoph Kramer* unternimmt den Versuch, die zahlreichen Streitfragen rund um die aufsteigenden Sicherheiten zu entwirren und für das reformierte Kapitalschutzrecht neu zu durchdenken. Prägend für seine Arbeit ist der Grundgedanke, dass es sich bei der Bestellung aufsteigender Sicherheiten um nichts anderes als eine mittelbare Kreditgewährung an den Gesellschafter handelt und dass deshalb die rechtlichen Maßstäbe dieselben sein müssen wie im Fall der unmittelbaren Kreditgewährung. Diese in der Tat überzeugende Wertungsparallele ist im Schrifttum zwar schon früher aufgedeckt worden; sie wird vom Verf. aber – über den bisherigen Diskussionsstand hinausgehend – präzise entfaltet, gegen mögliche Einwände verteidigt und konsequent für die Lösung vielfältiger Einzelfragen nutzbar gemacht. In einer unlängst veröffentlichten Entscheidung, die der Verfasser nicht mehr berücksichtigen konnte, hat sich auch der BGH (II ZR 93/16, GmbHR 2017, 643) diese Wertungsparallele zu Eigen gemacht. Wer Antworten auf die vielen Fragen sucht, die in dieser Entscheidung noch offen bleiben, wird die vorliegende Schrift mit großem Gewinn zu Rate ziehen.

Mainz, im August 2017

*Prof. Dr. Dirk A. Verse*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2016 abgeschlossen und vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten im Wesentlichen bis Anfang Januar 2017 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dirk A. Verse, für die hervorragende Betreuung sowie die hilfreichen und konstruktiven Gespräche während der Erstellung der Arbeit. Dank gebührt außerdem Herrn Prof. Dr. Peter O. Mülbert für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens und die darin enthaltenen Anregungen.

Herzlich gedankt sei darüber hinaus dem Institut für deutsches und internationales Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz sowie der Wissenschaftsförderung der Sparkassen-Finanzgruppe e.V. für die Förderung des Promotionsvorhabens als Forschungsprojekt. Herzlich bedanken möchte ich mich auch für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen, Abt. B: Rechtswissenschaft“, zu deren Herausgebern neben den beiden Gutachern Herr Prof. Dr. Dr. h. c. Uwe H. Schneider zählt.

Danken möchte ich zudem Herrn Dr. Tobias Buddemeier sowie Herrn Thomas Scherer für die Durchsicht des Manuskripts und zahlreiche hilfreiche Anregungen.

Vor allem aber und von ganzem Herzen gebührt mein Dank meiner Frau, Margaretha Kramer, die mich sowohl fachlich als auch persönlich in jeder Lage bei der Erstellung der Arbeit unterstützt hat, ihr ist diese Arbeit gewidmet.

Hilden, im März 2017

*Christoph Kramer*



# Inhaltsübersicht

<b>§ 1 Gegenstand und Gang der Untersuchung</b> .....	17
<b>§ 2 Grundlagen und praktischer Hintergrund</b> .....	20
A. Zunehmende Relevanz von Besicherungen .....	20
B. Praxisrelevante Konstellationen .....	21
<b>§ 3 Aufsteigende Sicherheiten im Kapitalerhaltungsrecht</b> .....	33
A. Grundlagen des Kapitalerhaltungssystems der GmbH .....	33
B. Relevanter Auszahlungsakt .....	37
C. Herbeiführung oder Vertiefung einer Unterbilanz .....	76
D. Übertragung auf die aktienrechtliche Vermögensbindung .....	105
<b>§ 4 Das zivilrechtliche Verhältnis zwischen Gesellschaft und Sicherungsnehmer</b> .....	109
A. Nichtigkeit und Unwirksamkeit von Sicherungsvertrag und Sicherheitenbestellung .....	109
B. Limitation Language .....	129
<b>§ 5 Ansprüche der Gesellschaft gegen den Gesellschafter</b> .....	135
A. Erstattungsanspruch gem. § 31 Abs. 1 GmbHG .....	135
B. Anspruch gem. § 62 Abs. 1 S. 1 AktG .....	143
C. Existenzvernichtender Eingriff .....	145
D. Freistellungsanspruch .....	164
<b>§ 6 Pflichten und Haftung der Geschäftsleitungsorgane</b> .....	167
A. Allgemeine Geschäftsleiterhaftung (§ 43 GmbHG) .....	168
B. Insolvenzverursachungshaftung (§ 64 S. 3 GmbHG) .....	178
C. Haftung der Vorstandsmitglieder nach § 93 AktG .....	194
D. Haftung der Aufsichtsratsmitglieder nach §§ 116 S. 1, 93 AktG .....	195
<b>§ 7 Konzernrechtliche Aspekte</b> .....	197
A. Faktischer Konzern .....	197
B. Vertragskonzern .....	202
<b>§ 8 Würdigung und Reformbedarf</b> .....	206
A. Recht der GmbH .....	206
B. Im Recht der AG .....	228
<b>§ 9 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen</b> .....	236
A. Aufsteigende Sicherheiten als praktisches Problem .....	236
B. Aufsteigende Sicherheiten und § 30 GmbHG, § 57 AktG .....	236
C. Das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Sicherungsnehmer .....	239

D. Ansprüche der Gesellschaft gegen den Gesellschafter .....	240
E. Pflichten und Haftung der Geschäftsleitungsorgane .....	241
F. Konzernrechtliche Aspekte .....	242
G. Würdigung und Reformbedarf .....	242
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>244</b>
<b>Sachwortregister</b> .....	<b>267</b>

# Inhaltsverzeichnis

<b>§ 1 Gegenstand und Gang der Untersuchung</b> .....	17
<b>§ 2 Grundlagen und praktischer Hintergrund</b> .....	20
A. Zunehmende Relevanz von Besicherungen .....	20
B. Praxisrelevante Konstellationen .....	21
I. Leveraged-Buy-Out (LBO) .....	21
1. Begriff und exemplarischer Ablauf eines LBO .....	22
2. Ablauf und Bedeutung der Sicherheitenbestellung .....	24
3. Alternativen zur Sicherheitenbestellung .....	26
II. Zentrales Cash-Management im Konzern (Cash-Pooling) .....	30
1. Zum Cash-Pooling im Allgemeinen .....	30
2. Zur Sicherheitenbestellung im Besonderen .....	32
<b>§ 3 Aufsteigende Sicherheiten im Kapitalerhaltungsrecht</b> .....	33
A. Grundlagen des Kapitalerhaltungssystems der GmbH .....	33
I. Regelungsgegenstand und Normzweck .....	33
II. Verletzung von § 30 GmbHG .....	34
III. Allgemeines zum Begriff der Auszahlung .....	36
B. Relevanter Auszahlungsakt .....	37
I. Einführung und Meinungsstand .....	37
II. Analyse der in Betracht kommenden Zeitpunkte .....	39
1. Bestellung der Sicherheit .....	40
a) (Fehlende) bilanzielle Auswirkung der Sicherheitenbestellung .....	40
b) Vermögensgefährdung als Auszahlung .....	43
aa) Einwand des mangelnden Vermögensabflusses .....	43
bb) Differenzierung zwischen Personal- und Realsicherheiten .....	44
cc) Unabwendbarkeit der Inanspruchnahme aus der Sicherheit .....	46
(1) Keine Bindung von gesellschaftsexternen Dritten an § 30 GmbHG .....	46
(2) Limitation language keine taugliche Abwendungsmöglichkeit .....	47
(3) Unerheblichkeit späterer Entwicklungen .....	48
dd) Ableitungen aus dem Schutzzweck von § 30 GmbHG .....	49
ee) Zwischenergebnis .....	50

c)	Parallele zum Darlehen an Gesellschafter . . . . .	50
aa)	Einführung . . . . .	50
bb)	Gesetzessystematische Argumente für die Gleichbehandlung . . . . .	51
(1)	§ 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GmbHG . . . . .	52
(2)	§ 44a InsO . . . . .	53
(3)	§ 71a AktG . . . . .	54
(4)	Zwischenergebnis . . . . .	55
cc)	Unterschiedliche Zwecksetzung? . . . . .	55
dd)	Kündigungsrecht und Freistellungsanspruch . . . . .	56
ee)	Verbleibende Haftungsmasse . . . . .	57
d)	Sicherheitenbestellung als „bilanzrechtliches U-Boot“ . . . . .	58
e)	Zwischenergebnis zur Sicherheitenbestellung als Auszahlung . . . . .	59
f)	Übertragung auf Verpflichtung zur Sicherheitenbestellung . . . . .	59
aa)	Besonderheit der 3-Personen-Konstellation . . . . .	59
bb)	Unumkehrbarer Vermögensverlust durch Verpflichtung . . . . .	60
2.	Zeitpunkt der wahrscheinlichen Inanspruchnahme . . . . .	61
a)	Notwendigkeit eines Auszahlungsaktes der Gesellschaft . . . . .	62
b)	Fehlen eines Auszahlungsaktes im Zeitpunkt der wahrscheinlichen Inanspruchnahme . . . . .	63
c)	Zeitliches Auseinanderfallen von Auszahlungsakt und bilanzieller Auswirkung? . . . . .	63
3.	Inanspruchnahme der Sicherheit . . . . .	64
a)	Auszahlungsbegriff nach Meyer . . . . .	65
b)	Gleichstellung mit dem Ausfall des Gesellschafters als Darlehensschuldner . . . . .	67
4.	Nichtgeltendmachung des Freistellungs- bzw. Rückgriffsanspruchs („Stehenlassen“) . . . . .	68
a)	Rechtslage beim aufsteigenden Darlehen . . . . .	68
b)	Übertragung auf aufsteigende Sicherheiten . . . . .	70
5.	Auszahlung an einen Gesellschafter . . . . .	71
a)	Beurteilungszeitpunkt . . . . .	71
b)	Drittvergleichskriterium . . . . .	72
III.	Zwischenergebnis zu B. . . . .	75
C.	Herbeiführung oder Vertiefung einer Unterbilanz . . . . .	76
I.	Bilanzielle Auswirkungen der Sicherheitenbestellung durch Bildung einer Rückstellung . . . . .	76
1.	Grad der Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme . . . . .	76
2.	Sorgfaltsmaßstab und gerichtliche Überprüfbarkeit . . . . .	79
3.	Kein Einfluss des Vollwertigkeitserfordernisses auf die Wahrscheinlichkeitsprognose . . . . .	80

II.	Relevanz von Rückgriffsansprüchen gegen den Gesellschafter (§ 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GmbHG) .....	82
1.	Entstehungsgeschichte des Ausnahmetatbestandes .....	83
a)	Meinungsstand bis November 2003 .....	83
b)	Das „Novemberurteil“ des BGH .....	83
c)	Reform durch das MoMiG .....	85
2.	Reichweite des Ausnahmetatbestandes bei Sicherheitenbestellungen .....	86
a)	Rückgriffsanspruchsaktivierung nur bei Rückstellungsbildung .....	86
b)	Meinungsstand .....	87
c)	Lösungsansatz über Parallele zum aufsteigenden Darlehen .....	88
3.	Kriterien für die Vollwertigkeit des Rückgriffsanspruchs bei der Bestellung aufsteigender Sicherheiten .....	89
a)	Allgemeines zum Vollwertigkeitserfordernis .....	90
b)	Bonität des Schuldners .....	91
c)	Notwendigkeit einer Avalprovision .....	92
aa)	Parallelproblematik: Verzinsung beim aufsteigenden Darlehen .....	92
bb)	Übertragung des Ergebnisses für den Fall der Sicherheitenbestellung .....	96
d)	Berücksichtigung von „Klumpenrisiken“ .....	98
e)	Vollwertigkeit bei Besicherung in LBO-Konstellationen ..	100
4.	„Teilweises“ Fehlen der Vollwertigkeit des Rückgriffsanspruchs .....	102
III.	Zwischenergebnis zu C. ....	104
D.	Übertragung auf die aktienrechtliche Vermögensbindung .....	105
I.	Unterschiede zu § 30 GmbHG .....	105
II.	Meinungsstand .....	106
III.	Übertragung der Lösung zum GmbH-Recht .....	107
1.	Kein Drittvergleichskriterium in § 57 Abs. 1 S. 3 Alt. 2 AktG ..	107
2.	Vollwertigkeitsprüfung auch ohne Rückstellungsbildung .....	108
<b>§ 4</b>	<b>Das zivilrechtliche Verhältnis zwischen Gesellschaft und Sicherungsnehmer</b> .....	<b>109</b>
A.	Nichtigkeit und Unwirksamkeit von Sicherungsvertrag und Sicherheitenbestellung .....	109
I.	Verbotsgesetz (§ 134 BGB) .....	109
1.	§ 30 GmbHG als Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB .....	110
2.	§ 57 Abs. 1 S. 1 AktG als Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB ..	113
II.	Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) .....	114
1.	Nichtigkeit der Sicherheitenbestellung wegen § 138 BGB im Recht der GmbH .....	115
2.	Übertragung auf das Recht der Aktiengesellschaft .....	116

III. Fehlende Vertretungsmacht der Geschäftsleitung . . . . .	117
IV. Verbot von „Financial Assistance“ nach § 71a Abs. 1 AktG . . . . .	118
1. Normentstehung – Ursprung im englischen Recht . . . . .	118
2. Zweck der Vorschrift . . . . .	120
3. Anwendbarkeit von § 71a Abs. 1 AktG im Unternehmensver- bund . . . . .	122
4. Tatbestand von § 71a Abs. 1 AktG und die Gewährung aufsteigender Sicherheiten . . . . .	124
5. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 71a Abs. 1 AktG durch die Sicherheitenbestellung . . . . .	126
B. Limitation Language . . . . .	129
I. Begriff und praktische Bedeutung . . . . .	129
II. Notwendigkeit auf Basis der bisherigen Erkenntnisse . . . . .	131
III. Rechtsprechung zur Limitation Language im Insolvenzverfahren . . . . .	131
<b>§ 5 Ansprüche der Gesellschaft gegen den Gesellschafter . . . . .</b>	<b>135</b>
A. Erstattungsanspruch gem. § 31 Abs. 1 GmbHG . . . . .	135
I. Grundlagen . . . . .	135
II. Anspruchsumfang bei verbotswidriger Gewährung aufsteigender Sicherheiten . . . . .	136
1. Bestellung der Sicherheit . . . . .	136
a) Rückgewähr von Sachleistungen . . . . .	136
b) Grundsätzlich Rückgewähr der Sicherheit in natura . . . . .	138
c) Rückgewähr bei „teilweise verbotener“ Besicherung . . . . .	139
d) Zusammenfassung und Ergebnis . . . . .	141
2. Nichtgeltendmachung des Freistellungsanspruchs . . . . .	141
3. Umfang bei Nichtgewährung einer Avalprovision . . . . .	143
B. Anspruch gem. § 62 Abs. 1 S. 1 AktG . . . . .	143
I. Unterschiede zu § 31 Abs. 1 GmbHG . . . . .	143
II. Anspruchsumfang bei § 62 Abs. 1 S. 1 AktG – Übertragung der zur GmbH gefundenen Ergebnisse . . . . .	144
C. Existenzvernichtender Eingriff . . . . .	145
I. Hintergrund und Rechtsprechungsentwicklung . . . . .	145
1. Ergänzungsbedürftigkeit des Kapitalerhaltungsrechts . . . . .	145
2. Rechtsprechung zum qualifizierten faktischen Konzern . . . . .	146
3. Hinwendung zum existenzvernichtenden Eingriff . . . . .	147
4. Bewertung . . . . .	148
II. Haftungsvoraussetzungen bei Gewährung aufsteigender Sicher- heiten . . . . .	150
1. Haftungsauslösende Handlung des Gesellschafters . . . . .	150
2. Zweckentfremdeter Entzug von Vermögenswerten . . . . .	150
a) Entzug der Nutzungsmöglichkeit am Sicherungsgut . . . . .	151
b) Beeinträchtigung der Kreditfähigkeit . . . . .	151

c) Verwertung der Sicherheit und Zeitpunkt für das Sittenwidrigkeitsurteil .....	152
3. Kompensationslosigkeit .....	158
a) Kompensation bei Gewährung aufsteigender Sicherheiten ..	158
b) Eigenständige Bedeutung des Merkmals? .....	159
4. Zum Erfordernis eines Gesellschaftervorteils .....	160
5. Insolvenzverursachung bzw. -vertiefung durch Vermögensentzug .....	160
6. Vorsatz .....	161
7. Rechtsfolgen .....	162
III. Zusammenfassung der Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff .....	163
D. Freistellungsanspruch .....	164
I. Entstehung .....	164
II. Inhalt und Umfang .....	165
III. Schwächen .....	166
<b>§ 6 Pflichten und Haftung der Geschäftsleitungsgorgane .....</b>	<b>167</b>
A. Allgemeine Geschäftsleiterhaftung (§ 43 GmbHG) .....	168
I. Haftung gem. § 43 Abs. 3 GmbHG .....	168
1. Zahlung entgegen § 30 GmbHG .....	169
2. Sorgfaltswidrigkeit .....	169
a) Keine Prüfung hypothetischer Inanspruchnahme bei Bestellung .....	170
b) Inanspruchnahmewahrscheinlichkeit maßgeblich .....	170
c) Nach Bestellung der Sicherheit: Überwachungspflicht des Geschäftsführers .....	172
aa) Ausgangspunkt: Das „MPS“-Urteil des BGH .....	172
bb) Konkretisierung: Flexibler Überwachungsmaßstab ..	173
d) Pflichtverletzung trotz Weisung der Gesellschafter .....	174
3. Rechtsfolgen und Umfang der Haftung aus § 43 Abs. 3 GmbHG .....	176
II. Haftung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG .....	177
B. Insolvenzverursachungshaftung (§ 64 S. 3 GmbHG) .....	178
I. Grundlagen und Zweck .....	178
II. § 64 S. 3 GmbHG und aufsteigende Sicherheiten .....	179
1. Zahlung an einen Gesellschafter .....	179
a) Meinungsstand .....	179
b) Bestellung der Sicherheit als Zahlung gem. § 64 S. 3 GmbHG .....	180
aa) Parallele zum Zahlungsbegriff von § 64 S. 1 GmbHG? .....	181
bb) Einfluss des Liquiditätsschutzes als Gesetzeszweck ..	183

c) Verpflichtung zur Bestellung gegenüber dem Gesellschaftergläubiger . . . . .	186
d) Inanspruchnahme der Sicherheit . . . . .	187
e) Nichtgeltendmachung des Freistellungs- bzw. Rückgewähranspruchs . . . . .	188
2. Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft . . . . .	188
3. Zurechnungszusammenhang . . . . .	191
4. Verschulden . . . . .	193
III. Umfang der Haftung . . . . .	193
IV. Zusammenfassung zu B. . . . .	194
C. Haftung der Vorstandsmitglieder nach § 93 AktG . . . . .	194
D. Haftung der Aufsichtsratsmitglieder nach §§ 116 S. 1, 93 AktG . . . . .	195
<b>§ 7 Konzernrechtliche Aspekte . . . . .</b>	<b>197</b>
A. Faktischer Konzern . . . . .	197
I. Anwendung der kapitalerhaltungsrechtlichen Vorschriften im faktischen Konzern . . . . .	197
II. Sicherheitengewährung als nachteiliges Rechtsgeschäft . . . . .	199
B. Vertragskonzern . . . . .	202
<b>§ 8 Würdigung und Reformbedarf . . . . .</b>	<b>206</b>
A. Recht der GmbH . . . . .	206
I. Gläubigerschutzlücke durch Sicherheitenbestellung als „bilanzielles U-Boot“ . . . . .	206
II. Vergleich mit dem Recht der englischen Limited (Ltd.) . . . . .	208
1. Grundlagen des englischen Kapitalgesellschaftsrechts und Relevanz der Ltd. . . . .	209
2. Aufsteigende Sicherheiten im Kapitalerhaltungsrecht der Ltd. . . . .	210
a) Financial Assistance . . . . .	211
b) Aufsteigende Sicherheit als <i>hidden profit distribution</i> . . . . .	213
aa) Allgemeines zum Recht der verdeckten Gewinnausschüttung . . . . .	213
bb) Aufsteigende Sicherheiten als verdeckte Gewinnausschüttung . . . . .	215
3. Einschränkung durch director's duties . . . . .	217
4. Wrongful Trading . . . . .	220
5. Schlussfolgerungen . . . . .	221
III. Solvenzttest als Alternative? . . . . .	222
IV. Zwingender Drittvergleich . . . . .	225
V. Vorgeschriebene Limitation Language? . . . . .	226
VI. Sondertatbestand für Cash-Pool-Systeme? . . . . .	226
VII. Ergebnis . . . . .	227
B. Im Recht der AG . . . . .	228
I. Liberalisierungsmöglichkeiten der reformierten Kapitalrichtlinie . . . . .	228

1. Formelle Voraussetzungen .....	228
2. Materielle Anforderungen .....	229
a) Marktüblichkeitskriterium .....	229
b) Berücksichtigung nachträglicher bilanzieller Auswirkungen .....	230
3. Ergebnis: Umsetzung nicht empfehlenswert .....	232
II. Ausblick: Abschaffung der Restriktionen auf europäischer Ebene? .....	233
<b>§ 9 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen .....</b>	<b>236</b>
A. Aufsteigende Sicherheiten als praktisches Problem .....	236
B. Aufsteigende Sicherheiten und § 30 GmbHG, § 57 AktG .....	236
C. Das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Sicherungsnehmer .....	239
D. Ansprüche der Gesellschaft gegen den Gesellschafter .....	240
E. Pflichten und Haftung der Geschäftsleitungsorgane .....	241
F. Konzernrechtliche Aspekte .....	242
G. Würdigung und Reformbedarf .....	242
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>244</b>
<b>Sachwortregister .....</b>	<b>267</b>



## § 1 Gegenstand und Gang der Untersuchung

Unter dem Schlagwort „aufsteigende Sicherheiten“ (auch „Upstream-Security“) wird im deutschen Kapitalschutzrecht eine Vielzahl von Problemen diskutiert. Mit diesem Begriff sind Sicherheiten gemeint, welche die Gesellschaft zur Absicherung von Verbindlichkeiten eines Gesellschafters gegenüber einem Dritten (typischer- aber nicht notwendigerweise einem Kreditinstitut) gewährt. Hieraus ergeben sich für die vorliegende Arbeit im Wesentlichen zwei Problemkreise: Erstens wird durch die Bestellung der Sicherheit „nur“ ein Risiko abgesichert, sodass es möglicherweise nie zu einem tatsächlichen Mittelabfluss durch die Inanspruchnahme der Sicherheit kommt. Dies wirft die Frage auf, worin der „Ansatzpunkt“ für gesellschaftsrechtliche Verbots- und Haftungsnormen zu sehen ist. Muss bereits an den Bestelungszeitpunkt angeknüpft werden oder (alternativ oder kumulativ) an den Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Sicherheit? Zweitens wird eine aufsteigende Sicherheit gegenüber einem gesellschaftsexternen Dritten bestellt, kommt aber mittelbar auch dem Gesellschafter zugute. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Dritte nur aufgrund der Sicherheit bereit ist, dem Gesellschafter ein Darlehen zu gewähren oder aber die Darlehensbedingungen sich für den Gesellschafter aufgrund der Sicherheit verbessern. Für die vorliegende Arbeit wirft dies die Frage auf, inwieweit Dritte durch gesellschaftsinterne Verbotsnormen betroffen sein können.

Die Problematik um die Gewährung von aufsteigenden Sicherheiten im Kapitalschutzrecht lässt sich nur vor dem Hintergrund der praktischen Bedeutung dieser Besicherungsform nachvollziehen. Deshalb ist zunächst unter § 2 auf die zunehmende Bedeutung von werthaltigen Sicherheiten aus Sicht der kreditgebenden Banken einzugehen. Danach soll die Bedeutung aufsteigender Sicherheiten im Rahmen von *Leveraged-Buy-Out*-Transaktionen (LBO) und des *Cash-Pooling* herausgearbeitet werden.

Im Anschluss ist auf die Frage einzugehen, unter welchen Voraussetzungen durch die Gewährung einer aufsteigenden Sicherheit Kapitalschutzvorschriften (§ 30 GmbHG, § 57 AktG) verletzt werden können (§ 3). Vor allem die Frage nach dem relevanten Auszahlungsakt ist in diesem Zusammenhang zu beantworten, da sie in der Praxis mangels höchstrichterlicher Klärung zu Rechtsunsicherheit führt. Daneben wirft der durch das MoMiG geschaffene Ausnahmetatbestand in § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GmbHG zahlreiche Fragen auf. Dieser bestimmt, dass Leistungen, die durch einen vollwertigen Gegen-

leistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind, nicht unter das kapitalerhaltungsrechtliche Ausschüttungsverbot des § 30 Abs. 1 S. 1 GmbH fallen. Ungeklärt ist bislang, wie dieser Ausnahmetatbestand auf aufsteigende Sicherheiten übertragen werden kann und was genau unter dem Begriff der „Vollwertigkeit“ zu verstehen ist. Begonnen werden soll die Untersuchung mit dem Kapitalerhaltungsrecht der GmbH. Nach Klärung der Rechtslage dort ist zu analysieren, inwieweit das zur GmbH gefundene Ergebnis auf die aktienrechtliche Vermögensbindung übertragen werden kann.

§ 4 ist dem zivilrechtlichen Verhältnis zwischen Gesellschaft und Sicherungsnehmer gewidmet. Hier ist zu ermitteln, ob die Verletzung kapitalerhaltungsrechtlicher Verbotsvorschriften mittels zivilrechtlicher „Einfallstore“ wie §§ 134, 138 BGB Einfluss auf die Wirksamkeit der Besicherung hat. Für das Aktienrecht ist in diesem Zusammenhang darüber hinaus § 71a AktG zu beachten, dessen Normzweck, Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen im Fall der Gewährung aufsteigender Sicherheiten Gegenstand der Untersuchung sein sollen. Ebenfalls in diesen Kontext gehört die Beantwortung der Frage, inwieweit *limitation-language*-Klauseln aus kapitalerhaltungsrechtlicher Sicht notwendig sind. Das sind solche Klauseln, die die Befugnis des Sicherungsnehmers zur Inanspruchnahme einer aufsteigenden Sicherheit für den Fall beschränken, dass durch die Inanspruchnahme der Sicherheit eine Verletzung kapitalerhaltungsrechtlicher Verbotsvorschriften droht.

Im Anschluss sind unter Bezugnahme auf die zu § 30 Abs. 1 GmbHG und § 57 AktG gefundenen Ergebnisse mögliche Ansprüche der Gesellschaft gegen den Gesellschafter wegen der Gewährung einer aufsteigenden Sicherheit zu prüfen (§ 5). Neben § 31 GmbHG und § 62 AktG ist dabei schwerpunktmäßig darauf einzugehen, unter welchen Voraussetzungen dem Gesellschafter aufgrund der Gewährung aufsteigender Sicherheiten eine Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs droht.

§ 6 behandelt die Pflichten und die Haftung der Geschäftsleitungsorgane. Hier bildet neben den Anforderungen an die Überwachungspflichten der Geschäftsleitung nach der Bestellung der Sicherheit die durch das MoMiG neu eingefügte und in Bezug auf aufsteigende Sicherheiten bislang wenig untersuchte Insolvenzverursachungshaftung in § 64 S. 3 GmbHG einen Themenschwerpunkt.

Unter § 7 ist sodann auf konzernrechtliche Besonderheiten einzugehen und insbesondere die Frage zu klären, unter welchen Voraussetzungen die Gewährung einer aufsteigenden Sicherheit ein nachteiliges Rechtsgeschäft i. S. v. § 311 Abs. 1 AktG sein kann.

§ 8 dient der Auswertung der in der Arbeit gewonnenen Ergebnisse. Es soll geklärt werden, ob durch die Behandlung aufsteigender Sicherheiten eine Gläubigerschutzlücke im Kapitalschutzrecht besteht. Hierbei soll in komprimierter Form ein Vergleich mit der Rechtslage im Gesellschaftsrecht der englischen Ltd. vorgenommen und auf mögliche Erkenntnisse für das deutsche Recht untersucht werden. Sodann sollen die bislang diskutierten Reformvorschläge in der gebotenen Kürze erörtert werden. Die in der Arbeit gefundenen Ergebnisse werden abschließend in Thesenform zusammengefasst (§ 9).