

Einführung

§ 1 Die praktische Bedeutung aufsteigender Sicherheiten in Konzernverhältnissen

A. Rechtliche und wirtschaftliche Motivation der Bestellung aufsteigender Sicherheiten

Aufsteigende Sicherheiten (auch *upstream securities* oder *upstream guarantees*) sind eine Form der Kreditsicherung, die eine Gesellschaft zugunsten ihres Gesellschafters entweder ihrem Gesellschafter selbst oder Kreditgebern des Gesellschafters (meist Banken) bestellt. Dabei drängt sich jedenfalls in letzterer Konstellation unweigerlich die Frage auf, warum die Gesellschaft Sicherheiten für ein Darlehen bestellen sollte, bei dem sie weder Vertragspartnerin des Darlehensvertrags noch unmittelbare Empfängerin der ihrem Gesellschafter zufließenden Darlehensvaluta ist. Diese Frage ist in zwei Schritten zu beantworten:

I. Der Einfluss des Gesellschafters bei Abhängigkeit

Zunächst liegt in derartigen Sicherungskonstellationen regelmäßig Abhängigkeit der Gesellschaft von ihrem Gesellschafter und eine mit der Abhängigkeit einhergehende Einflussnahme des Gesellschafters auf die Gesellschaft vor. Vielfach wird verkannt, dass ein Mehrheitsgesellschafter, also ein Gesellschafter, dem mehr als 50% der Anteile gehören oder die Mehrheit der Stimmrechte zusteht¹, mit der Gesellschaft in der Regel einen Konzern bildet, sobald der Mehrheitsgesellschafter den sehr weitgehenden Unternehmensbegriff des § 15 AktG erfüllt.² Vereinigt ein unternehmerisch tätiger Gesellschafter die Mehrheit der Anteile an einer Gesellschaft oder die Stimmenmehrheit in der Gesellschaft auf sich, ist es eine in Mehrheitsbesitz stehende Gesellschaft (§ 16 Abs. 1 AktG), deren Abhängigkeit vom

¹ Anteilsmehrheit und Stimmenmehrheit fallen in der AG i. d. R. zusammen und sind daher erreicht, wenn dem Aktionär eine Stimme mehr als die Hälfte der Gesamtzahl der Stimmen zusteht, so *Emmerich*, in: *Emmrich/Habersack*, § 16 AktG Rn. 2, 23. Zu Fällen, in denen Anteils- und Stimmenmehrheit auseinanderfallen, vgl. *Koppensteiner*, in: *KölnKomm AktG*, § 16 Rn. 4 sowie *Koch*, in: *Hüffer/Koch AktG*, § 16 Rn. 2.

² Siehe nur *Altmeyen*, in: *MüKoAktG*, § 311 Rn. 49 ff.; vgl. zum Unternehmensbegriff *Bayer*, in: *MüKoAktG*, § 15 Rn. 7 ff.; für Anwendung des Konzernrechts schon bei Anteilsbesitz von 25%, unabhängig von der Unternehmereigenschaft, siehe *Flume*, *Aktienrechtsreform*, S. 46 f.

Mehrheitsgesellschafter vermutet wird (§ 17 Abs. 2 AktG). Das wiederum begründet die Konzernvermutung (§ 18 Abs. 1 S. 3 AktG), ohne dass einheitliche Leitung i.S.d. § 18 Abs. 1 S. 1 AktG nachgewiesen sein muss. Vielmehr liegt es dann an der Konzernspitze, also dem Gesellschafter, darzulegen, dass keine einheitliche Leitung ausgeübt wird.³ Sofern der Gesellschafter und die beherrschte Gesellschaft keinen Beherrschungsvertrag nach § 291 Abs. 1 S. 1 AktG abschließen oder die Eingliederung nach § 319 Abs. 1 S. 1 AktG beschließen, was ohnehin eine unwiderlegliche Konzernvermutung auslöst (§ 18 Abs. 1 S. 2 AktG), liegt zwischen ihnen ein faktisches Konzernverhältnis vor. In diesem gilt es zu beachten, dass die konzernrechtlichen Schutzvorschriften zugunsten der abhängigen Gesellschaft bereits bei bloßer Abhängigkeit i.S.d. § 17 AktG greifen, ohne dass überhaupt auf die widerlegliche Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 S. 3 AktG rekuriert werden muss (vgl. § 311 Abs. 1 AktG). Bei Mehrheitsbeteiligung die Abhängigkeitsvermutung (§ 17 Abs. 2 AktG) zu widerlegen, wird der herrschenden Gesellschaft schwer fallen, sofern sie sich nicht ihrer Einflussmöglichkeiten, bspw. durch Stimmrechtsbeschränkungen, zu einem großen Teil entledigen will.⁴ Infolgedessen wird die mit Mehrheit beteiligte Gesellschaft im Regelfall nicht auskommen, das Recht der faktischen Konzerne zu beachten.⁵ Im faktischen Konzern steht dem herrschenden Gesellschafter zwar keine für die Tochtergesellschaft verbindliche Leitungsmacht nach Maßgabe des § 308 AktG zu, jedoch geht das AktG selbst davon aus, dass das herrschende Unternehmen einen Einfluss auf die abhängige Gesellschaft hat, den es ausüben wird, indem es die abhängige Gesellschaft zu schädlichen Handlungen veranlasst (vgl. § 311 Abs. 1 AktG).⁶ Dieser Einfluss rührt insbesondere aus dem personalpolitischen Kalkül des Vorstands der abhängigen AG her, dessen Posten vom Aufsichtsrat der beherrschten Gesellschaft abhängt. Dieser ist wiederum bis zur Hälfte mit Mitgliedern der herrschenden Gesellschaft besetzt, sodass das Vorstandsamt mittelbar vom Willen der beherrschenden Gesellschaft bestimmt wird. Hinzu kommt, dass Vorstände in abhängigen Tochtergesellschaften nicht selten den Wunsch hegen, in das Management der herrschenden Muttergesellschaft aufzusteigen, womit in der Regel auch eine der Muttergesellschaft wohlwollende Geschäftsleitung der Tochtervorstände einhergeht, obwohl sie nach § 76 Abs. 1 AktG

³ *Bayer*, in: MüKoAktG, § 15 Rn. 46 ff.; *Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG, § 18 Rn. 40.

⁴ Zur Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung siehe *Bayer*, in: MüKoAktG, § 17 Rn. 98 ff.

⁵ Wegen der Rechtsformneutralität des Mehrheits- und Abhängigkeitstatbestands ist es unerheblich, ob das in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen in der Rechtsform der AG oder der GmbH oder einer anderen Kapitalgesellschaft betrieben wird, dazu *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, § 16 AktG Rn. 4. Welche Schutzvorschriften das jeweilige Recht der faktischen Konzerne konstituieren, wird jedoch an gegebener Stelle zu klären sein.

⁶ Zur Frage, ob und inwieweit das in § 311 Abs. 1 AktG normierte Schädigungsverbot auch auf die faktisch abhängige GmbH Anwendung findet, vgl. die Ausführungen unter Teil 2 Kapitel 2 § 1 C. Die analoge Anwendung der §§ 311, 317 AktG in der GmbH, S. 284 ff.

nur dem Wohle ihrer beherrschten AG gegenüber verpflichtet sind.⁷ Treffend beschreibt deshalb *Flume* bereits nach Erscheinen des RegE zum AktG 1965 die faktische Abhängigkeit als „menschliches Problem“.⁸ Offensichtlich wird der Einfluss der Muttergesellschaft im Fall von weit verbreiteten Vorstandsdoublemandaten: Handelt auf Seiten der Mutter- und der Tochtergesellschaft dieselbe Person, ist einheitliche Leitung (§ 18 Abs. 1 S. 1 AktG) evident. Aus diesen Gründen ist es sogar gerechtfertigt zu vermuten, dass alle nachteiligen Maßnahmen bei der abhängigen Gesellschaft im Zweifel durch die herrschende Gesellschaft veranlasst wurden.⁹ Wenn nach der oben dargestellten Vermutungskette zum Konzernatbestand einheitliche Leitung vermutet wird (§§ 18 Abs. 1 S. 3, 17 Abs. 2, 16 AktG) und die Konzernvermutung nicht widerlegt ist, ist davon auszugehen, dass die abhängige Gesellschaft keine freie Entscheidung mehr getroffen hat, sondern unter dem Einfluss der einheitlichen Leitung durch die herrschende Gesellschaft stand, die dann auch die nachteilige Maßnahme i.S.d. § 311 Abs. 1 AktG veranlasst hat. In der beherrschten GmbH kommt ein der Gesellschafterversammlung, deren Mehrheit die herrschende Gesellschaft statuiert, zustehendes Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung der faktisch abhängigen GmbH (vgl. §§ 37 Abs. 1, 46 Nr. 5 und 6 GmbHG)¹⁰ hinzu, wodurch sich die Möglichkeit der herrschenden Gesellschaft, auf die Geschäftsleitung der abhängigen Gesellschaft Einfluss zu nehmen, geradezu aufdrängt.

Im Konzern strebt vor allem die Konzernspitze (Muttergesellschaft) stets nach optimaler Ausnutzung aller über die Tochtergesellschaften zur Verfügung stehender Ressourcen. Dazu gehört auch, dass die Muttergesellschaft von ihrer abhängigen Tochtergesellschaft im Konzerninteresse die Sicherheitenbestellung verlangt, um ein Defizit an Kreditsicherheiten ihrerseits oder auf Seiten einer anderen Tochtergesellschaft auszugleichen. Ob sie dies, insbesondere aus konzernrechtlicher Perspektive, ohne Weiteres darf oder ob dem nicht vielmehr die rechtliche und wirtschaftliche Eigenständigkeit der Tochtergesellschaft entgegensteht, ist erst im Laufe dieser Arbeit zu erörtern. Jedenfalls aber ist das bei Bestellung aufsteigender Sicherheiten im Regelfall vorliegende Abhängigkeits- bzw. Konzernverhältnis und die damit einhergehende Einflussnahmemöglichkeit der herrschenden Gesellschaft der wesentliche Antrieb für die abhängige Gesellschaft, ihr Vermögen zugunsten eines Dritten zu belasten.

⁷ Zu den personalpolitischen Zusammenhängen bereits *Altmeyen*, ZIP 1996, 693 (694); *Schmidt-Herr*, Der Schutz der außenstehenden Aktionäre, S. 24 f.

⁸ *Flume*, Die konzernrechtliche Gestaltung im Aktienrecht, in: *Jakobs/Knobbe-Keuk/Picker/Wilhelm*, Gesammelte Schriften Bd. II, S. 169 (176).

⁹ Dazu *Altmeyen*, in: MüKoAktG, § 311 Rn. 90 m.w.N.; a.A. *Grigoleit*, in: Grigoleit AktG, § 311 Rn. 27; *Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG, § 311 Rn. 13.

¹⁰ Vgl. nur *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 37 Rn. 3 ff. und § 45 Rn. 2, 15; *Liescher*, in: MüKoGmbHG, § 45 Rn. 81; *Römermann*, in: MHLS GmbHG, § 45 Rn. 31, 35 jew. m.w.N.