

# Inhaltsübersicht

<b>Einführung</b> .....	27
§ 1 Die praktische Bedeutung aufsteigender Sicherheiten in Konzernverhältnissen .....	27
A. Rechtliche und wirtschaftliche Motivation der Bestellung aufsteigender Sicherheiten .....	27
B. Aufsteigende Sicherheiten im Cash Pool .....	32
C. Aufsteigende Sicherheiten bei fremdfinanzierter Unternehmensübernahme (sog. <i>Leveraged Buyout</i> ) .....	35
§ 2 Grundthese und Gang der Darstellung .....	45
A. Anlass der Untersuchung .....	45
B. Grundthese .....	47
C. Gang der Darstellung .....	47
§ 3 Der Darstellung zugrunde liegende Konstellationen der aufsteigenden Besicherung ..	49
A. Begrenzung des Themas auf den faktischen Konzern .....	49
B. Von der Arbeit erfasste Sicherungskonstellationen .....	63
C. Der Begriff der Sicherheit .....	65
D. Fortexistenz der abhängigen Gesellschaft im Sicherungsfall .....	67

## *Teil 1*

### **Aufsteigende Sicherheiten einer abhängigen AG** 69

#### Kapitel 1

#### **Aufsteigende Sicherheiten unter dem Blickwinkel des konzernrechtlichen Schädigungsverbots gem. § 311 AktG** 69

§ 1 Der durch §§ 311, 317 AktG vermittelte Vermögensschutz im faktischen Konzern ..	69
A. Dogmatik der Haftung gem. §§ 311, 317 AktG .....	69
B. Reichweite des Vermögensschutzes der §§ 311, 317 AktG .....	75
§ 2 Aufsteigende Sicherheitenbestellung im Tatbestand der §§ 311, 317 AktG .....	97
A. Die Abhängigkeit von einem herrschenden Unternehmen .....	97
B. Das veranlasste Rechtsgeschäft .....	99
C. Die Nachteile infolge der Bestellung aufsteigender Sicherheiten .....	103
D. Der nachträgliche Ausgleich der durch die Sicherheitenbestellung manifestierten Nachteile gem. § 311 Abs. 2 AktG .....	153
E. Die Exkulpation der veranlassenden Geschäftsleiter gem. § 317 Abs. 2 AktG ..	156
F. Die Schadensfolge der nachteiligen Sicherheitenbestellung .....	160

#### Kapitel 2

#### **Aufsteigende Sicherheiten und die aktienrechtliche Kapitalerhaltung** 162

§ 1 Sicherheiten zugunsten eines Dritten als Leistung an den Aktionär .....	162
---	-----

§ 2 Die Auswirkungen des MoMiG auf die kapitalerhaltungsrechtliche Zulässigkeit aufsteigender Sicherheiten	165
A. Zur Rechtslage vor dem MoMiG	165
B. Zur aktuellen Rechtslage	168
§ 3 Die relevanten Zeitpunkte von Leistung und vollwertigem Rückgewähranspruch	171
A. Der Zusammenhang zwischen Auszahlungszeitpunkt und Vollwertigkeitsprüfung	171
B. Analyse der möglichen Leistungsakte	173
§ 4 Die Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs	197
A. Der Rückgewähranspruch i.S.d. § 57 Abs. 1 S. 3 Alt. 2 AktG bei aufsteigenden Sicherheiten	197
B. Die Vollwertigkeitskriterien im Einzelnen	201
C. Die Vollwertigkeit von Rückgewähransprüchen bei aufsteigenden Sicherheiten im Cash Pool	221
D. Die Vollwertigkeit von Rückgewähransprüchen bei aufsteigenden Sicherheiten in der Akquisitionsfinanzierung	224
§ 5 Sonstige Anhaltspunkte für eine Einlagenrückgewähr im Rahmen der aufsteigenden Besicherung	225
A. Einlagenrückgewähr durch Vermögensbelastung	225
B. Stehenlassen des Rückgriffsanspruchs	227
§ 6 Fazit zu aufsteigenden Sicherheiten im Kapitalerhaltungsrecht	230

### Kapitel 3

<b>Weitere Zulässigkeitsschranken der aufsteigenden Besicherung</b>	231
§ 1 Wirksamkeit der Sicherheitenbestellung nach dem allgemeinen Zivilrecht	231
A. Kapitalerhaltungsverletzung als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB	231
B. Sittenwidrigkeit der Sicherheitenbestellung nach § 138 BGB	233
C. Evidenter Missbrauch der Vertretungsmacht des handelnden Geschäftsführers der sicherungsgewährenden Gesellschaft	239
§ 2 Verbot der <i>financial assistance</i> gem. § 71a Abs. 1 S. 1 AktG	242
A. Der Doppelzweck des Verbots der Finanzierungshilfe	242
B. Aufsteigende Sicherheiten im Tatbestand des § 71a Abs. 1 S. 1 AktG	244
C. Die Rechtsfolge bei verbotener Besicherung	246
D. Das Verhältnis des § 71a Abs. 1 S. 1 AktG zum Kapitalerhaltungs- und Konzernrecht	249
§ 3 Aktienrechtliche Treuepflicht und § 53a AktG	252

### Kapitel 4

<b>Vermögensschutz durch Koexistenz von Konzern- und Kapitalerhaltungsrecht</b>	253
§ 1 Präventiver Vermögensschutz in der aufsteigenden Besicherung durch die Kapitalerhaltung und das konzernrechtliche Schädigungsverbot	253
§ 2 Kurativer Vermögensschutz durch Haftung	254
A. Haftung des herrschenden Unternehmens	255
B. Haftung der Geschäftsleiter des herrschenden Unternehmens	260
C. Haftung des Vorstands der besichernden AG	261

D. Aufsichtsratshaftung .....	267
E. Haftung der Sicherungsnehmer .....	268
§ 3 Folgerungen für den Vermögensschutz einer abhängigen AG im Allgemeinen .....	269

## Teil 2

### **Übertragung der Ergebnisse auf die aufsteigenden Sicherheiten einer abhängigen GmbH** 273

#### Kapitel 1

##### **Aufsteigende Sicherheitenbestellung im Kontext des § 30 GmbHG** 273

§ 1 Unterbilanz durch Sicherheitenbestellung .....	274
§ 2 „Teilweise Vollwertigkeit“ des Freistellungs- und Rückgriffsanspruchs .....	276
§ 3 Die Bedeutung der <i>limitation language</i> .....	278

#### Kapitel 2

##### **Aufsteigende Sicherheiten aus der Perspektive des GmbH-Konzernrechts** 280

§ 1 Das Konzernrecht der GmbH .....	280
A. Eine Bestandsaufnahme des GmbH-Konzernrechts .....	280
B. Der unzureichende Schutz über § 826 BGB .....	282
C. Die analoge Anwendung der §§ 311, 317 AktG in der GmbH .....	284
§ 2 Übertragung der zum Aktienkonzernrecht aufgestellten Grundsätze der Sicherheitenbestellung auf die GmbH .....	287

#### Kapitel 3

##### **Weitere Zulässigkeitsschranken der aufsteigenden Besicherung einer abhängigen GmbH** 288

§ 1 Zivilrechtliche Wirksamkeit und Treuepflichten .....	288
§ 2 Kreditgewährung aus Gesellschaftsvermögen (§ 43a GmbHG) .....	289
§ 3 Sicherheitenbestellung als verdeckte Gewinnausschüttung .....	289

#### Kapitel 4

##### **Der zweigliedrige Vermögensschutz in der abhängigen GmbH** 291

§ 1 Die Haftung des herrschenden Gesellschafters .....	292
A. Die Erstattungspflicht nach § 31 Abs. 1 GmbHG .....	292
B. Die Schadensersatzhaftung nach §§ 311, 317 Abs. 1 S. 1 AktG analog .....	293
§ 2 Die Haftung der Geschäftsführer der abhängigen GmbH .....	294
A. Die Haftung nach § 43 Abs. 3 S. 1 GmbHG .....	294
B. Die Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG .....	295

<b>Zusammenfassung</b> .....	298
------------------------------	-----

<b>Literaturverzeichnis</b> .....	307
-----------------------------------	-----

<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	333
-----------------------------------	-----



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einführung</b> .....	27
<b>§ 1 Die praktische Bedeutung aufsteigender Sicherheiten in Konzernverhältnissen</b> .....	27
A. Rechtliche und wirtschaftliche Motivation der Bestellung aufsteigender Sicherheiten .....	27
I. Der Einfluss des Gesellschafters bei Abhängigkeit .....	27
II. Die fehlende bzw. unattraktive Sicherungsmöglichkeit durch den Gesellschafter .....	30
B. Aufsteigende Sicherheiten im Cash Pool .....	32
I. Zweck und Funktionsweise des Cash Pooling .....	32
II. Die Bedeutung der Sicherheitenbestellung im Cash Pool .....	34
C. Aufsteigende Sicherheiten bei fremdfinanzierter Unternehmensübernahme (sog. <i>Leveraged Buyout</i> ) .....	35
I. Der wirtschaftliche Anreiz einer LBO-Transaktion .....	35
II. Die Bestellung aufsteigender Sicherheiten im LBO .....	36
III. Aufsteigende Sicherheiten im LBO – eine Frage des Konzernrechts? .....	39
IV. Alternative Besicherungsmöglichkeiten in der Akquisitionsfinanzierung ....	42
<b>§ 2 Grundthese und Gang der Darstellung</b> .....	45
A. Anlass der Untersuchung .....	45
B. Grundthese .....	47
C. Gang der Darstellung .....	47
<b>§ 3 Der Darstellung zugrunde liegende Konstellationen der aufsteigenden Besicherung</b> .....	49
A. Begrenzung des Themas auf den faktischen Konzern .....	49
I. Suspendierung der Kapitalerhaltung .....	50
1. Grundsatz .....	50
2. Bestand der Kapitalschutzvorschriften bei nicht vollwertigem Verlustausgleichsanspruch .....	50
II. Kein strenges Schädigungsverbot im Vertragskonzern .....	54
1. Grundsatz .....	54
2. Ausnahmen vom umfassenden Weisungsrecht .....	55
a) Weisungen außerhalb des Konzerninteresses .....	55
b) Vollwertiger Verlustausgleichsanspruch als Grundlage des Weisungsrechts .....	56
III. Voraussetzungen der Vollwertigkeit des Verlustausgleichsanspruchs .....	58
1. Die Vollwertigkeit des Verlustausgleichsanspruchs im Allgemeinen .....	58

2. Der vollwertige Verlustausgleichsanspruch bei Bestellung aufsteigender Sicherheiten .....	59
IV. Differenzierung nach Art des Vertragskonzerns .....	60
1. Zum Vertragskonzern mit Beherrschungsvertrag .....	60
2. Zum isolierten Gewinnabführungsvertrag .....	62
B. Von der Arbeit erfasste Sicherungskonstellationen .....	63
I. Konstellation 1: Kreditgeberin als Sicherungsnehmerin .....	63
1. Muttergesellschaft als Darlehensempfängerin .....	63
2. Andere Tochtergesellschaft als Darlehensempfängerin .....	63
II. Konstellation 2: Muttergesellschaft als Sicherungsnehmerin .....	64
C. Der Begriff der Sicherheit .....	65
I. Personal- und Realsicherheiten in der Konzernfinanzierung .....	65
II. Differenzierung nach dem Zeitpunkt des Vermögensabflusses und der Bilanzwirksamkeit .....	66
D. Fortexistenz der abhängigen Gesellschaft im Sicherungsfall .....	67

### Teil I

## **Aufsteigende Sicherheiten einer abhängigen AG** 69

### Kapitel 1

## **Aufsteigende Sicherheiten unter dem Blickwinkel des konzernrechtlichen Schädigungsverbots gem. § 311 AktG** 69

§ 1 Der durch §§ 311, 317 AktG vermittelte Vermögensschutz im faktischen Konzern .....	69
A. Dogmatik der Haftung gem. §§ 311, 317 AktG .....	69
I. §§ 311, 317 AktG als verschuldensunabhängige Veranlasserhaftung .....	70
II. §§ 311, 317 AktG als <i>culpa</i> -Haftung für Fremdgeschäftsführung .....	71
III. Stellungnahme .....	72
IV. Folgen der Haftungsdogmatik der §§ 311, 317 AktG für die weitere Untersuchung .....	75
B. Reichweite des Vermögensschutzes der §§ 311, 317 AktG .....	75
I. Der Vermögensschutz in der unverbundenen AG .....	76
1. Objektive Reichweite der Kapitalbindung .....	76
2. Schutzrichtung der aktienrechtlichen Kapitalbindung .....	78
a) Gläubigerschutz .....	78
b) Schutz von (Minderheits-)Aktionären .....	79
aa) Minderheitenschutz durch formalisiertes Ausschüttungsverfahren .....	79
bb) Minderheitenschutz durch Verbot verdeckter Vermögenszuwendungen .....	80
cc) Minderheitenschutz als Telos der Zweiten Kapitalrichtlinie .....	82
c) Ergebnis zur Schutzrichtung des § 57 AktG .....	83

- 3. Funktion der aktienrechtlichen Kapitalbindung nach dem MoMiG ..... 83
  - a) Auswirkungen des MoMiG auf die objektive Reichweite der Kapitalerhaltung ..... 84
  - b) Auswirkungen des MoMiG auf die Schutzrichtung der Kapitalerhaltung ..... 85
- II. Der Vermögensschutz in der abhängigen AG ..... 85
  - 1. Objektive Reichweite des durch §§ 311, 317 AktG vermittelten Vermögensschutzes ..... 85
    - a) Bestimmung des objektiven Schutzbereichs der §§ 311, 317 AktG .... 86
      - aa) Wortlautvergleich von § 57 AktG und §§ 311, 317 AktG ..... 86
      - bb) Systematik des Konzernrechts ..... 86
      - cc) Historische Entwicklung der Schutzvorschriften zum faktischen Konzern ..... 87
      - dd) Telos der §§ 311, 317 AktG ..... 91
      - ee) Ergebnis zum objektiven Schutzbereich der §§ 311, 317 AktG .... 93
    - b) Faktischer Konzern und Kapitalerhaltung ..... 93
      - aa) Nur von §§ 311, 317 AktG erfasste Geschäftsvorfälle ..... 93
      - bb) Von § 57 und §§ 311, 317 AktG gleichermaßen erfasste Geschäftsvorfälle ..... 93
  - 2. Schutzrichtung der §§ 311, 317 AktG ..... 96
  - 3. Ergebnis zum Vermögensschutz durch §§ 311, 317 AktG ..... 96
- § 2 Aufsteigende Sicherheitenbestellung im Tatbestand der §§ 311, 317 AktG ..... 97
  - A. Die Abhängigkeit von einem herrschenden Unternehmen ..... 97
    - I. Das Abhängigkeitsmerkmal im Allgemeinen ..... 97
    - II. Die Besonderheiten der Abhängigkeit im Falle aufsteigender Sicherheiten .. 98
  - B. Das veranlasste Rechtsgeschäft ..... 99
    - I. Die Veranlassung im Haftungstatbestand der §§ 311, 317 AktG ..... 99
      - 1. Veranlassung als Verbindung zweier eigenverantwortlicher Verhaltensweisen ..... 99
      - 2. Voraussetzungen der Veranlassung ..... 99
        - a) Meinungsstand ..... 99
        - b) Stellungnahme ..... 100
        - c) Beweislast ..... 101
    - II. Die veranlasste Sicherheitenbestellung ..... 102
  - C. Die Nachteile infolge der Bestellung aufsteigender Sicherheiten ..... 103
    - I. Feststellung eines Nachteils i.S.d. § 311 Abs. 1 AktG ..... 103
    - 2. Bemessung des Nachteils im Sinne einer (drohenden) Vermögensauswirkung ..... 104
      - a) Bilanzielle Auswirkungen ..... 105
      - b) Der ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter als Vergleichsmaßstab ..... 106
      - c) Vergleich mit dem hypothetischen Ertragswert ..... 107
      - d) Maßstäbe der verdeckten Gewinnausschüttung, Drittgeschäfte etc. .... 108
      - e) Objektiver Nachteilsbegriff als Maßstab der Pflichtwidrigkeit ..... 108

3. Verhältnis Nachteil – Ausgleich – Schaden .....	110
II. Übernahme des Haftungsrisikos .....	112
1. Zeitpunkt der Übernahme des Haftungsrisikos .....	112
2. Konkretes oder abstraktes Haftungsrisiko als Nachteil i.S.d. § 311 Abs. 1 AktG .....	115
3. Der Ausgleich des Haftungsrisikos .....	117
a) Allgemeine Anforderungen an den Nachteilsausgleich i.S.d. § 311 Abs. 1 AktG .....	117
b) Mit der Sicherheitenbestellung einhergehende Gegenansprüche der ab- hängigen AG .....	119
aa) Der Rückgewähranspruch aus der Sicherungsabrede .....	120
bb) Der auftragsrechtliche Freistellungsanspruch .....	121
cc) Der auftragsrechtliche Rückgriffsanspruch .....	122
dd) Folgerungen aus den Gegenansprüchen für die Differenzierung nach Art des Sicherungsgegenstandes zur Bestimmung der Nachteiligkeit	122
c) Ausgleich durch Freistellungs- und Rückgriffsanspruch .....	123
aa) Abstrakte Eignung des Freistellungs- und Rückgriffsanspruchs als ausgleichender Vorteil .....	123
(1) Freistellungsanspruch als ausgleichender Vorteil .....	123
(2) Rückgriffsanspruch als ausgleichender Vorteil .....	124
bb) Die Vollwertigkeit des Rückgriffsanspruchs (Haftungsbefreiungs- anspruchs) .....	125
(1) Die alternative Vollwertigkeitsdefinition .....	125
(2) Vollwertigkeit durch Prognose der sicheren Darlehensrückzah- lung .....	126
(a) Grundlage der Rückzahlungsprognose .....	127
(b) Zeitliche Grenze der Rückzahlungsprognose .....	128
(c) Prognosegrenze durch das Geschäftsrisiko? .....	130
(3) Vollwertigkeit durch (besicherten) Rückgriff .....	131
(a) Art und Werthaltigkeit der Gegensicherheit .....	132
(b) Insolvenzfestigkeit der Gegensicherheit .....	134
(4) Vorrangige Besicherung der Hauptforderung .....	136
cc) Fazit zum vollwertigen Rückgriffsanspruch als ausgleichender Vor- teil .....	136
d) Ausgleich durch Limitation Language .....	137
e) Ausgleich durch Zahlung einer Avalprovision .....	137
f) Besonderheiten bei der Sicherheitenbestellung im Cash Pool .....	138
aa) Übernahme eines unkalkulierbaren Haftungsrisikos? .....	138
bb) Ausgleich durch vollwertigen Rückgriffsanspruch .....	139
(1) Ausgleich des durch Realsicherheiten verursachten Haftungsri- sikos .....	139
(2) Ausgleich des durch Personalsicherheiten (insbes. Schuldmit- übernahme) verursachten Haftungsrisikos .....	141
cc) Ausgleich durch empfangene Darlehen .....	142

- dd) Ausgleich durch Entbehrlichkeit externer (entgeltlicher) Finanzierung ..... 143
    - g) Besonderheiten bei der Akquisitionsfinanzierung ..... 144
    - h) Ausgleich durch § 302 AktG im isolierten Gewinnabführungsvertrag ..... 149
  - III. Verwertung der Sicherheit als Nachteil i.S.d. § 311 Abs. 1 AktG ..... 149
  - IV. Nachteile durch die Vermögensbelastung aufgrund der Sicherheitenbestellung ..... 150
    - 1. Bonitätsherabstufung durch Vermögensbelastung ..... 150
    - 2. Ausgleich der gestiegenen Finanzierungskosten wegen Bonitätsherabstufung ..... 151
    - 3. Besonderheiten bei der Belastung von betriebsnotwendigem Vermögen ... 152
  - V. Nachteile durch bürokratischen Aufwand der aufsteigenden Besicherung ... 153
- D. Der nachträgliche Ausgleich der durch die Sicherheitenbestellung manifestierten Nachteile gem. § 311 Abs. 2 AktG ..... 153
  - I. Zur Dogmatik des Nachteilsausgleichs ..... 153
  - II. Der (nachträgliche) Nachteilsausgleich bei Bestellung aufsteigender Sicherheiten ..... 155
- E. Die Exkulpation der veranlassenden Geschäftsleiter gem. § 317 Abs. 2 AktG ... 156
  - I. Die Rolle des § 317 Abs. 2 AktG im Haftungstatbestand der §§ 311, 317 AktG ..... 156
  - II. Der Verschuldensmaßstab des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einer unabhängigen Gesellschaft ..... 157
  - III. Die Exkulpation im Fall der nachteiligen Sicherheitenbestellung ..... 158
- F. Die Schadensfolge der nachteiligen Sicherheitenbestellung ..... 160

Kapitel 2

**Aufsteigende Sicherheiten und die aktienrechtliche Kapitalerhaltung** ..... 162

- § 1 Sicherheiten zugunsten eines Dritten als Leistung an den Aktionär ..... 162
- § 2 Die Auswirkungen des MoMiG auf die kapitalerhaltungsrechtliche Zulässigkeit aufsteigender Sicherheiten ..... 165
  - A. Zur Rechtslage vor dem MoMiG ..... 165
    - I. Zum Meinungsstand bis zum „November-Urteil“ ..... 165
      - 1. Zur sicherungsgewährenden AG ..... 165
      - 2. Abweichungen für die sicherungsgewährende GmbH ..... 166
    - II. Zum Meinungsstand nach dem „November-Urteil“ ..... 167
  - B. Zur aktuellen Rechtslage ..... 168
    - I. Das MoMiG als Wendepunkt in der kapitalerhaltungsrechtlichen Zulässigkeit von Kreditleistungen ..... 168
    - II. Der verbleibende Anwendungsbereich für das Drittvergleichskriterium .... 169
- § 3 Die relevanten Zeitpunkte von Leistung und vollwertigem Rückgewähranspruch ... 171
  - A. Der Zusammenhang zwischen Auszahlungszeitpunkt und Vollwertigkeitsprüfung ..... 171

B. Analyse der möglichen Leistungsakte .....	173
I. Zeitpunkt der drohenden Inanspruchnahme .....	174
1. Begründung für die Heranziehung der drohenden Inanspruchnahme .....	174
2. Kritik an der Anknüpfung an die drohende Inanspruchnahme .....	174
a) Stetige Unzulässigkeit der aufsteigenden Besicherung im Leistungszeitpunkt .....	174
b) Keine Anwendung bilanzieller Grundsätze zur Bestimmung der Leistung i.S.d. § 57 Abs. 1 S. 1 AktG .....	175
c) Fehlender Leistungsakt seitens der besichernden AG .....	176
II. Zeitpunkt der tatsächlichen Inanspruchnahme .....	177
1. Begründung für die Heranziehung der tatsächlichen Inanspruchnahme .....	177
2. Kritik an der Anknüpfung an die tatsächliche Inanspruchnahme .....	178
a) Einwände gegen einen bilanziellen Ansatz .....	178
b) Erneut fehlender Leistungsakt der AG im Zeitpunkt der Verwertung .....	178
c) Keine freie Verfügbarkeit des Sicherungsgegenstandes bis zur Verwertung .....	179
d) Fehlerhafte Rückschlüsse aus BGHZ 173, 1 .....	180
e) Keine Unmöglichkeit der Praxis der Akquisitionsfinanzierung .....	181
III. Bestellung der Sicherheit .....	181
1. Begründung für die Heranziehung des Bestellungsakts .....	182
a) Vermögensentzug zulasten der Gesellschaftsgläubiger .....	182
b) Wirtschaftliche statt bilanzieller Betrachtungsweise .....	182
c) Wertungsparallele zum aufsteigenden Darlehen .....	183
2. Kritik an der Anknüpfung an die Sicherheitenbestellung .....	184
a) Kein endgültiger Vermögensverlust vor Verwertung .....	184
b) Widerspruch zur im MoMiG eindeutig angelegten bilanziellen Betrachtungsweise .....	185
c) Unklarheiten für Personalsicherheiten .....	186
d) Fehlende Vergleichbarkeit zum aufsteigenden Darlehen .....	187
aa) Kein Kündigungsrecht gem. § 490 Abs. 1 BGB im Falle der wesentlichen Vermögensverschlechterung .....	187
bb) Unterschiedliche Zwecksetzung von Besicherung und Darlehen .....	189
cc) Bilanzielle Unterschiede bei aufsteigenden Besicherungen und Darlehen .....	189
IV. Verpflichtung zur Bestellung der Sicherheit .....	190
1. Begründung für die Heranziehung der schuldrechtlichen Verpflichtung .....	190
2. Kritik an der Anknüpfung an die Verpflichtung zur Sicherheitenbestellung .....	191
V. Abschließende Stellungnahme .....	192
1. Die Verpflichtung zur Sicherheitenbestellung als maßgebliche Leistung i.S.d. § 57 Abs. 1 S. 1 AktG .....	192
2. Weitere Leistungsakte nach der Verpflichtung zur Sicherheitenbestellung .....	194
a) Weiterer Leistungsakt in der (drohenden) Verwertung .....	194
b) Separater Leistungsakt in der (dinglichen) Sicherheitenbestellung .....	195

c) Änderungen beim Sicherungsumfang als weitere Leistung i.S.d. § 57 AktG .....	196
§ 4 Die Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs .....	197
A. Der Rückgewähranspruch i.S.d. § 57 Abs. 1 S. 3 Alt. 2 AktG bei aufsteigenden Sicherheiten .....	197
I. Der Freistellungsanspruch nach BGHZ 213, 224 und BGHZ 214, 258 .....	197
II. Der rechtliche Ursprung des Freistellungs- und Rückgriffsanspruchs .....	199
III. Gegenleistungsanspruch aus Darlehensvertrag mit Aktionär .....	200
B. Die Vollwertigkeitskriterien im Einzelnen .....	201
I. Unwahrscheinlicher Ausfall des Darlehensrückzahlungsanspruchs .....	201
1. Die Vollwertigkeitsprognose nach BGHZ 213, 224 und BGHZ 214, 258 .....	201
a) Der Zusammenhang zwischen Freistellungsanspruch und Darlehensrückzahlungsanspruch .....	201
b) Kritik an der Vollwertigkeitsprognose nach BGHZ 213, 224 und BGHZ 214, 258 .....	202
2. Der maßgebliche Wahrscheinlichkeitsgrad der Darlehensrückzahlung .....	203
a) Meinungsstand .....	203
b) Stellungnahme .....	206
aa) Maßgeblichkeit bilanzieller Kriterien .....	206
bb) Die richtige Anwendung der einschlägigen bilanziellen Maßstäbe .....	208
3. Indikatoren zur Beurteilung einer wahrscheinlichen Darlehensrückzahlung .....	209
4. Vollwertigkeit trotz wahrscheinlicher Inanspruchnahme der Sicherheit .....	211
5. Auswirkungen nachträglicher Bonitätsschwankungen auf die Vollwertigkeitsprognose .....	212
II. Verzinsung des Freistellungs- und Rückgriffsanspruchs .....	214
III. Erforderlichkeit einer Avalprovision .....	216
1. Meinungsstand .....	216
2. Stellungnahme .....	219
C. Die Vollwertigkeit von Rückgewähransprüchen bei aufsteigenden Sicherheiten im Cash Pool .....	221
I. Vollwertigkeitsprognose bei laufend schwankendem Cash Pool Saldo .....	221
II. Pauschalwertberichtigung wegen eines „Klumpenrisikos“ .....	223
III. Avalprovision im Cash Pool .....	224
D. Die Vollwertigkeit von Rückgewähransprüchen bei aufsteigenden Sicherheiten in der Akquisitionsfinanzierung .....	224
§ 5 Sonstige Anhaltspunkte für eine Einlagenrückgewähr im Rahmen der aufsteigenden Besicherung .....	225
A. Einlagenrückgewähr durch Vermögensbelastung .....	225
I. Belastung von betriebsnotwendigem Vermögen .....	225
II. Bonitätsherabstufung und gestiegene Eigenfinanzierungskosten .....	227
B. Stehenlassen des Rückgriffsanspruchs .....	227
§ 6 Fazit zu aufsteigenden Sicherheiten im Kapitalerhaltungsrecht .....	230

## Kapitel 3

<b>Weitere Zulässigkeitsschranken der aufsteigenden Besicherung</b>	231
§ 1 Wirksamkeit der Sicherheitenbestellung nach dem allgemeinen Zivilrecht	231
A. Kapitalerhaltungsverletzung als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB	231
B. Sittenwidrigkeit der Sicherheitenbestellung nach § 138 BGB	233
I. Sittenwidrigkeit wegen Gläubigergefährdung	233
II. Sittenwidrigkeit wegen Übersicherung	236
C. Evidenter Missbrauch der Vertretungsmacht des handelnden Geschäftsführers der sicherungsgewährenden Gesellschaft	239
§ 2 Verbot der <i>financial assistance</i> gem. § 71a Abs. 1 S. 1 AktG	242
A. Der Doppelzweck des Verbots der Finanzierungshilfe	242
B. Aufsteigende Sicherheiten im Tatbestand des § 71a Abs. 1 S. 1 AktG	244
C. Die Rechtsfolge bei verbotener Besicherung	246
D. Das Verhältnis des § 71a Abs. 1 S. 1 AktG zum Kapitalerhaltungs- und Konzernrecht	249
I. § 71a Abs. 1 S. 1 und § 57 AktG	249
II. § 71a Abs. 1 S. 1 AktG und §§ 311 ff. AktG	250
§ 3 Aktienrechtliche Treuepflicht und § 53a AktG	252

## Kapitel 4

<b>Vermögensschutz durch Koexistenz von Konzern- und Kapitalerhaltsrecht</b>	253
§ 1 Präventiver Vermögensschutz in der aufsteigenden Besicherung durch die Kapitalerhaltung und das konzernrechtliche Schädigungsverbot	253
§ 2 Kurativer Vermögensschutz durch Haftung	254
A. Haftung des herrschenden Unternehmens	255
I. Schadensersatzhaftung gem. §§ 311, 317 AktG	255
II. Haftung wegen Einlagenrückgewähr gem. § 62 Abs. 1 S. 1 AktG	256
1. Anspruchsinhalt vor der Sicherheitenverwertung	256
2. Anspruchsinhalt nach der Sicherheitenverwertung	257
3. § 62 Abs. 1 S. 1 AktG bei nicht ausreichender Avalprovision	258
III. Haftung wegen schädlicher Einflussnahme gem. § 117 Abs. 1 S. 1 AktG	259
IV. Regelmäßige Wertlosigkeit der Haftungsansprüche gegen das herrschende Unternehmen	259
B. Haftung der Geschäftsleiter des herrschenden Unternehmens	260
C. Haftung des Vorstands der besichernden AG	261
I. Die Haftung nach § 93 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 AktG und das Recht der faktischen Konzerne	261

II. Haftung wegen Fehlverhaltens bei Sicherheitenbestellung .....	262
1. Die Haftung wegen Einlagenrückgewähr gem. § 93 Abs. 3 Nr. 1 AktG ...	262
2. Die Haftung wegen sorgfaltswidriger Geschäftsführung gem. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG .....	263
III. Haftung wegen Fehlverhaltens nach Sicherheitenbestellung – Überwa- chungspflichten .....	264
D. Aufsichtsratshaftung .....	267
E. Haftung der Sicherungsnehmer .....	268
§ 3 Folgerungen für den Vermögensschutz einer abhängigen AG im Allgemeinen .....	269

*Teil 2*

**Übertragung der Ergebnisse auf die aufsteigenden Sicherheiten  
einer abhängigen GmbH** 273

Kapitel 1

**Aufsteigende Sicherheitenbestellung im Kontext des § 30 GmbHG** 273

§ 1 Unterbilanz durch Sicherheitenbestellung .....	274
§ 2 „Teilweise Vollwertigkeit“ des Freistellungs- und Rückgriffsanspruchs .....	276
§ 3 Die Bedeutung der <i>limitation language</i> .....	278

Kapitel 2

**Aufsteigende Sicherheiten aus der Perspektive des GmbH-Konzernrechts** 280

§ 1 Das Konzernrecht der GmbH .....	280
A. Eine Bestandsaufnahme des GmbH-Konzernrechts .....	280
B. Der unzureichende Schutz über § 826 BGB .....	282
C. Die analoge Anwendung der §§ 311, 317 AktG in der GmbH .....	284
I. Die Übertragung des grundsätzlichen Pflichtenprogramms der §§ 311, 317 AktG .....	284
II. Die notwendigen Modifikationen der §§ 311, 317 AktG in der abhängigen GmbH .....	286
§ 2 Übertragung der zum Aktienkonzernrecht aufgestellten Grundsätze der Sicherhei- tenbestellung auf die GmbH .....	287

## Kapitel 3

**Weitere Zulässigkeitsschranken der aufsteigenden Besicherung  
einer abhängigen GmbH** 288

§ 1 Zivilrechtliche Wirksamkeit und Treuepflichten .....	288
§ 2 Kreditgewährung aus Gesellschaftsvermögen (§ 43a GmbHG) .....	289
§ 3 Sicherheitenbestellung als verdeckte Gewinnausschüttung .....	289

## Kapitel 4

**Der zweigliedrige Vermögensschutz in der abhängigen GmbH** 291

§ 1 Die Haftung des herrschenden Gesellschafters .....	292
A. Die Erstattungspflicht nach § 31 Abs. 1 GmbHG .....	292
B. Die Schadensersatzhaftung nach §§ 311, 317 Abs. 1 S. 1 AktG analog .....	293
§ 2 Die Haftung der Geschäftsführer der abhängigen GmbH .....	294
A. Die Haftung nach § 43 Abs. 3 S. 1 GmbHG .....	294
B. Die Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG .....	295
<b>Zusammenfassung</b> .....	298
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	307
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	333