

Inhaltsübersicht

Einführung	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 liegenden Konstellationen der aufsteigenden Sicherung ..	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
<i>Teil 1</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
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	165
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

Weitere Zulässigkeitsschranken der aufsteigenden Besicherung	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 Geschäftsleiters 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

Vermögensschutz durch Koexistenz von Konzern- und Kapitalerhaltungsrecht	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
 <i>Teil 2</i>	
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
Zusammenfassung	298
Literaturverzeichnis	307
Stichwortverzeichnis	333

Inhaltsverzeichnis

Einführung	27
§ 1 Die praktische Bedeutung aufsteigender Sicherheiten in Konzernverhältnissen	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
§ 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
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 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
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
1. Abhängigkeitsfolge als Nachteilskriterium	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 abhängigen 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 (Haftungsbefreiungsanspruchs)	125
(1) Die alternative Vollwertigkeitsdefinition	125
(2) Vollwertigkeit durch Prognose der sicheren Darlehensrückzahlung	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 Vorteil	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 Haftungsrisikos	139
(2) Ausgleich des durch Personalsicherheiten (insbes. Schuldmitübernahme) 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 Darlehens- rückzahlungsanspruch	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 Vollwertig- keitsprognose	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	
Weitere Zulässigkeitsschranken der aufsteigenden Besicherung	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 Geschäftsleiters 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	
Vermögensschutz durch Koexistenz von Konzern- und Kapitalerhaltungsrecht	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

Inhaltsverzeichnis	21
--------------------	----

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
Zusammenfassung		298
Literaturverzeichnis		307
Stichwortverzeichnis		333