

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	19
A. Begriffsbestimmung	19
B. Bedeutung der aufsteigenden Besicherung in der Praxis	20
I. Aufsteigende Besicherung beim Leveraged-Buy-Out (LBO)	20
1. Transaktionsstruktur eines LBO	20
2. Gründe für aufsteigenden Besicherung beim LBO	22
3. Alternative Gestaltungen	25
II. Aufsteigende Besicherung bei zentraler Konzernfinanzierung	27
1. Anreize für zentrale Konzernfinanzierung	27
2. Gründe für aufsteigende Besicherung bei zentraler Konzernfinanzierung	30
C. Anlass und Gegenstand der Untersuchung	33
 § 2 Kapitalerhaltungsrechtliche Behandlung aufsteigender Sicherheiten	 38
A. Grundlagen des Kapitalerhaltungsrechts	38
I. Funktionsweise des § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG	39
II. Telos des Kapitalerhaltungsrechts	41
1. Prävention opportunistischen Verhaltens	42
2. Sicherung von Garantiefonds, Mindestbetriebsvermögen und Verlustpuffer	43
3. Rechtsethische Rechtfertigung des Haftungsprivilegs	46
III. Wirkung des Kapitalerhaltungsrechts im Dreiecksverhältnis	48
1. (Analoge) Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG ggü. Dritten	48
2. § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG als gesetzliches Verbot i.S.v. § 134 BGB	51
3. Verletzung von Kapitalerhaltungsrecht als Sittenverstoß i.S.v. § 138 Abs. 1 BGB	52
4. Kapitalerhaltungsrecht und Missbrauch der Vertretungsmacht	54
5. Zusammenfassung	55
B. Aufsteigende Besicherung als Auszahlung i.S.v. § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG	56
I. Grundlagen des Auszahlungstatbestands	57
1. Bilanzwirksamkeit als konstituierendes Merkmal	57
2. Gegenständliche vs. wertorientierte Betrachtungsweise	60
a) Passivische Belastungen	61
b) Saldierung von Leistung und Kompensation	64

3. Erforderlichkeit eines Willensakts	66
4. Erforderlichkeit eines transaktionalen Elements	67
II. Subsumtion der aufsteigenden Besicherung unter den Auszahlungstatbestand ...	70
1. Aufsteigende Besicherung als Vermögenstransfer an den Gesellschafter	70
2. Auszahlungszeitpunkt bei aufsteigender Besicherung	74
a) Unmaßgeblichkeit bilanzieller Erfassbarkeit	77
b) Sicherheitenbestellung als Vermögensminderung	78
aa) Vermögensminderung bei dinglichen Sicherheiten	80
bb) Vermögensminderung bei schuldrechtlichen Sicherheiten	81
c) Risikoexternalisierung durch Sicherheitenbestellung	82
d) Parallele zum aufsteigenden Darlehen	82
aa) Vergleichbarkeit der Interessen- und Risikolage	83
bb) Kein erhöhtes Risiko bei Besicherung	84
cc) Gesetzssystematische Betrachtung	87
e) Rechtssicherheit und Limitation Language	87
f) Fehlen eines Willensakts	88
g) Unabwendbarkeit ab Eingehung des Verpflichtungsgeschäfts	90
3. Bestimmung des Auszahlungszeitpunkts in Sonderfällen	92
a) Revolvierende (Global-)Sicherheiten	93
b) Änderungen bzw. Erweiterungen des Sicherungszwecks	94
c) Stehenlassen einer aufsteigenden Sicherheit	95
4. Auszahlung bei On-Lending	98
5. Zusammenfassung	102
C. Aktivische Kompensation gem. § 30 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GmbHG	103
I. Anwendung des § 30 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GmbHG bei aufsteigender Besicherung	107
II. Allgemeine Anforderungen an die Vollwertigkeit und deren Ermittlung	112
1. Maßgeblichkeit bilanzieller Grundsätze	112
2. Fehlen der Vollwertigkeit wegen bilanzieller Abschreibungspflicht	114
a) Grundsätze der Forderungsbilanzierung	114
b) Anwendung der einzelnen Abschreibungsregeln	118
aa) Einzelwertberichtigung	119
bb) Pauschalierte Einzelwertberichtigung	126
cc) Pauschalwertberichtigung (insbesondere wegen Klumpenrisiken)	128
3. Teilweise Vollwertigkeit	131
4. Nachprüfbarkeit der Vollwertigkeitsprognose	136
a) Anerkennung eines Beurteilungsspielraums	137
b) Objektive vs. subjektive Prüfung	141
c) Schlussfolgerungen für die (gerichtliche) Prüfungsdichte	146
5. Zusammenfassung	148

III. Ermittlung der Vollwertigkeit bei aufsteigender Besicherung	149
1. Horizont und Bezugspunkt der Vollwertigkeitsprognose	149
2. Informationsgrundlage der Vollwertigkeitsprognose	150
3. Einzelfragen zur Prognosemethode	152
a) Zusammenhang zwischen Sicherheitenbestellung und Vollwertigkeit	153
b) Zusammenhang zwischen Darlehensgewährung und Vollwertigkeit	154
c) Ermittlung der Vollwertigkeit beim LBO	155
d) Bedeutung von Ratings	158
e) Bedeutung der Darlehenslaufzeit	161
4. Erforderlichkeit von Avalprovision und Verzinsung	162
5. Zusammenfassung	167
D. Prüfung der Zulässigkeit der Auszahlung durch Unterbilanzrechnung	168
I. Grundlagen der Unterbilanzrechnung	169
1. Maßgeblichkeit bilanzieller Grundsätze	169
2. Unterbilanzrechnung bei nicht (vollständig) bilanzwirksamer Leistung	170
II. Unterbilanzrechnung bei aufsteigender Besicherung	172
1. Grundsätze der Bilanzierung von Sicherheiten	172
2. Übertragbarkeit der Bilanzierungsgrundsätze auf die Unterbilanzrechnung ...	175
a) Gleichlauf von Passivierungspflicht und Vollwertigkeit	175
b) Fiktion der Bilanzwirksamkeit	177
III. Zusammenfassung	179
E. Gesellschafter als Leistungsempfänger	180
I. Ausnahmetatbestand der fehlenden <i>causa societatis</i>	180
1. Anerkennung und Abgrenzung zur allgemeinen Saldierung	180
2. Fehlende <i>causa societatis</i> bei aufsteigender Besicherung	184
II. Empfängerqualifikation im Unternehmensverbund	186
1. Upstream-Leistungen	186
2. Cross-Stream-Leistungen	189
3. Sonstige Leistungsbeziehungen	190
4. Schlussfolgerungen für die aufsteigende Besicherung	190
III. Gesellschafterwechsel (insbesondere LBO)	191
IV. Zusammenfassung	192
F. Konzernrechtliche Besonderheiten	192
I. Vertragskonzern	193
1. Vollwertigkeit des Verlustausgleichsanspruchs als Voraussetzung des § 30 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GmbHG	194
2. Allgemeine Anforderungen an die Vollwertigkeit des Verlustausgleichsan- spruch und deren Ermittlung	199
3. Ermittlung der Vollwertigkeit des Verlustausgleichsanspruchs bei aufsteigender Besicherung	201

4. Zusammenfassung	202
II. Faktischer Konzern	202
G. Haftungsfolgen bei verbotswidriger aufsteigender Besicherung	203
I. Gesellschafterhaftung	203
1. Grundlagen der Gesellschafterhaftung (insbesondere Anspruchsinhalt)	203
2. Anspruchsinhalt bei aufsteigender Besicherung	208
a) Rückgewähr in natura	208
b) Wertersatz	210
c) Wertschwankungen des Sicherungsguts	212
3. Verbesserungen der Vermögenslage nach der Auszahlung	212
a) Wegfall der Unterbilanz	213
b) Eintritt der Vollwertigkeit des fiktiven Freistellungs- bzw. des Verlustausgleichsanspruchs	216
4. Zusammenfassung	219
II. Geschäftsführerhaftung	219
1. Haftung wegen Sicherheitenbestellung	220
a) Haftung gem. § 43 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GmbHG	220
aa) Haftungsbegründung	220
bb) Haftungsausfüllung	221
cc) Verbesserungen der Vermögenslage nach der Auszahlung	225
dd) Zusammenfassung	226
b) Haftung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG	226
c) Haftung gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB	229
2. Haftung wegen Verletzung der Überwachungs- und Reaktionspflicht	231
H. Zusammenfassung und Gesamtwürdigung zu § 2	234
§ 3 Solvenzschutzrechtliche Behandlung aufsteigender Sicherheiten	236
A. Grundlagen des Solvenzschutzrechts	236
I. Funktionsweise des § 15b Abs. 5 S. 1 InsO	237
II. Telos des Solvenzschutzrechts	239
1. Liquiditätsschutz vs. Masseschutz	240
2. Sicherung des Gläubigervorrangs	243
III. Wirkung des Solvenzschutzrechts im Dreiecksverhältnis	244
1. „Leistungsverweigerungsrecht“ ggü. Dritten	244
2. § 15b Abs. 5 S. 1 InsO als gesetzliches Verbot i. S. v. § 134 BGB	246
3. Verletzung von Solvenzschutzrecht als Sittenverstoß i. S. v. § 138 Abs. 1 BGB	246
4. Solvenzschutzrecht und Missbrauch der Vertretungsmacht	247
5. Zusammenfassung	247

B. Aufsteigende Besicherung als Zahlung i. S. v. § 15b Abs. 5 S. 1 InsO	247
I. Grundlagen des Zahlungstatbestands	248
1. Liquiditätswirksamkeit als konstituierendes Merkmal	248
2. Passivische Belastungen	251
3. Saldierung von Leistung und Kompensation	255
4. Erforderlichkeit eines Willensakts	257
5. Erforderlichkeit eines transaktionalen Elements	258
II. Subsumtion der aufsteigenden Besicherung unter den Zahlungstatbestand	259
1. Aufsteigende Besicherung als Vermögenstransfer an den Gesellschafter	259
2. Zahlungszeitpunkt bei aufsteigender Besicherung	260
a) Unmaßgeblichkeit bilanzieller Erfassbarkeit	262
b) Sicherheitenbestellung als Vermögensminderung	263
aa) Vermögensminderung bei dinglichen Sicherheiten	264
bb) Vermögensminderung bei schuldrechtlichen Sicherheiten	265
c) Fehlen eines Willensakts	266
d) Fehlen einer Exkulpationsmöglichkeit	267
3. Bestimmung des Zahlungszeitpunkts in Sonderfällen	269
a) Revolvierende (Global-)Sicherheiten	269
b) Änderungen bzw. Erweiterungen des Sicherungszwecks	269
c) Stehenlassen einer aufsteigenden Sicherheit	270
4. Zahlung bei On-Lending	271
5. Zusammenfassung	271
C. Prüfung der Zulässigkeit der Zahlung durch Solvenzprognose	272
I. Grundlagen der Solvenzprognose	274
1. Prognosegegenstand und -methode	274
2. Prognosewahrscheinlichkeit	277
3. Prognosehorizont	279
4. Nachprüfbarkeit der Solvenzprognose	282
5. Zusammenfassung	283
II. Solvenzprognose bei aufsteigender Besicherung	284
1. Liquiditätsabflüsse durch Sicherheitenbestellung	284
2. Liquiditätsabflüsse durch Sicherheitenverwertung	285
3. Liquiditätszuflüsse (insbesondere durch On-Lending und Avalprovision)	287
4. Teilweise Verbotswidrigkeit	288
5. Zusammenfassung	289
D. Gesellschafter als Zahlungsempfänger	289
I. Ausnahmetatbestand der fehlenden <i>causa societatis</i>	290
II. Empfängerqualifikation im Unternehmensverbund	290
III. Gesellschafterwechsel (insbesondere LBO)	292
IV. Zusammenfassung	292

E. Konzernrechtliche Besonderheiten	293
I. Vertragskonzern	293
II. Faktischer Konzern	294
F. Haftungsfolgen bei verbotswidriger Besicherung	294
I. Gesellschafterhaftung	295
II. Geschäftsführerhaftung	296
1. Haftung gem. § 15b Abs. 5 S. 1 i. V.m. Abs. 4 S. 1 InsO	296
a) Haftungsbegründung	296
b) Haftungsausfüllung	301
c) Verbesserungen der Vermögenslage nach der Zahlung	304
d) Zusammenfassung	306
2. Haftung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG	307
3. Haftung gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V.m. § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB	308
G. Zusammenfassung und Gesamtwürdigung zu § 3	311

§ 4 Beschränkung der Verwertung aufsteigender Sicherheiten durch Limitation

Language	312
A. Grundlagen der Limitation Language	312
I. Bestandsaufnahme	313
1. Gewachsener kapitalerhaltungsrechtlicher Anwendungsbereich	313
2. Entwicklungen mit Blick auf das Solvenzschutzrecht	316
3. Exkurs: Weitere Anknüpfungspunkte für Limitation Language	317
II. Gründe für die Vereinbarung von Limitation Language	318
III. Begriffsbestimmung und Systematisierung für die weitere Untersuchung	320
B. Kreditmaterielle Bedeutung	321
I. Restitution des strukturellen Nachrangs	322
II. Praktische Anwendungsprobleme	324
III. Wegfall der kreditrisikomindernden Anerkennungsfähigkeit	325
IV. Restnutzen der Besicherung	327
V. Zusammenfassung	328
C. Kapitalerhaltungs- und solvenzschutzrechtliche Wirkung	328
I. Kapitalerhaltungs-Limitation Language	329
1. Auswirkungen auf den Auszahlungszeitpunkt	329
a) Vermögensminderung bei dinglichen Sicherheiten	330
b) Vermögensminderung bei schuldrechtlichen Sicherheiten	331
c) Keine vorbehaltlose Erstreckung des Auszahlungsverbots	332
d) Maßgeblichkeit des Verpflichtungsgeschäfts	332
2. Auswirkungen auf die Vollwertigkeit	333
3. Auswirkungen auf die Unterbilanzrechnung	334

4. Auswirkungen auf die Haftung wegen Verletzung der Überwachungs- und Reaktionspflicht	336
II. Solvenzschutz-Limitation Language	338
1. Auswirkungen auf den Zahlungszeitpunkt	338
2. Auswirkungen auf die Solvenzprognose	340
III. Zusammenfassung	341
D. Fortgeltung im Insolvenzverfahren	342
I. Kapitalerhaltungs-Limitation Language	344
1. Anwendbarkeit des Kapitalerhaltungsrechts im Insolvenzverfahren	345
2. Übergang der Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter irrelevant	346
3. Effektive Präventivwirkung nur bei Fortgeltung	347
4. Bestätigung durch Vertragsauslegung	348
5. Rechtsfolgen für das Insolvenzverfahren	350
II. Solvenzschutz-Limitation Language	351
1. Vorfrage: Reichweite der solvenzschutzrechtlichen Haftung in der Insolvenz	352
2. Fortgeltung bis zum Eintritt der Zahlungsunfähigkeit	353
3. Rechtsfolgen für das Insolvenzverfahren	355
III. Zusammenfassung	355
E. Schlussfolgerungen für die Kautelarpraxis	355
I. Kapitalerhaltungs-Limitation Language	356
1. Erforderlichkeit	356
2. Ausgestaltung	360
a) Zeitlicher Anknüpfungspunkt	360
b) Sonderregelungen zur Unterbilanzrechnung	361
aa) Nachrangige Verbindlichkeiten	362
bb) Unzulässige Verbindlichkeiten und Kapitalerhöhungen	362
cc) Stille Reserven	363
dd) Bilanzrechtliche Ausschüttungssperren	364
c) Ausnahmetatbestände	364
aa) On-Lending	364
bb) Besicherung eigener Verbindlichkeiten	366
cc) Ausnahmetatbestände gem. § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG	366
dd) Insolvenzfall	367
3. Formulierungsvorschlag	367
II. Solvenzschutz-Limitation Language	368
1. Erforderlichkeit	368
2. Ausgestaltung	370
a) Zeitlicher Anknüpfungspunkt	370
b) Sonderregelungen zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit	371
aa) Nachrangige Verbindlichkeiten	371

bb) Unzulässige Verbindlichkeiten und suspekte Zahlungen	372
cc) Umqualifizierung vollwertiger Forderungen im Unternehmensverbund	373
c) Ausnahmetatbestände	373
aa) On-Lending	373
bb) Besicherung eigener Verbindlichkeiten	374
cc) Insolvenzfall	374
3. Formulierungsvorschlag	374
F. Zusammenfassung und Gesamtwürdigung zu § 4	375
 § 5 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	377
A. Kapitalerhaltungsrecht (§ 2)	377
B. Solvenzschutzrecht (§ 3)	380
C. Limitation Language (§ 4)	383
 Literaturverzeichnis	385
 Stichwortverzeichnis	421