

**Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen  
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**

---

**Band 180**

# **Aufsteigende Sicherheiten im Konzern**

**Eine Problematik zur Rekapitulation des Vermögensschutzes  
in der abhängigen Kapitalgesellschaft**

**Von**

**Maximilian Hirschfeld**



**Duncker & Humblot · Berlin**

MAXIMILIAN HIRSCHFELD

Aufsteigende Sicherheiten im Konzern

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen  
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg  
Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg  
Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 180

# Aufsteigende Sicherheiten im Konzern

Eine Problematik zur Rekapitulation des Vermögensschutzes  
in der abhängigen Kapitalgesellschaft

Von

Maximilian Hirschfeld



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Passau hat diese Arbeit  
im Wintersemester 2020/21 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  
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpach  
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 1614-7626  
ISBN 978-3-428-18312-8 (Print)  
ISBN 978-3-428-58312-6 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

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

*Meinen Eltern*



## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/21 von der Juristischen Fakultät der Universität Passau als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis August 2020 berücksichtigt werden.

Mein erster Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Holger Altmeppen. Zu danken habe ich nicht nur für die Betreuung dieser Arbeit und die konstruktiven Gespräche während ihrer Entstehung, sondern auch und vor allem für die wunderbare Zeit an seinem Lehrstuhl. Die Zusammenarbeit hat mich gelehrt, sich trotz vermeintlich gefestigter Ansichten nicht von der konsequenten Anwendung juristischer Methodik abbringen zu lassen und die historischen Hintergründe nie aus dem Blick zu verlieren. Sie war fachlich und persönlich eine unglaubliche Bereicherung.

Herrn Prof. Dr. Michael Beurskens, LL.M. (Chicago) danke ich für die zeitnahe Erstellung des Zweitgutachtens samt den darin enthaltenen, anregenden Hinweisen.

Für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe der „Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht“ bin ich den Herausgebern, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Holger Fleischer, LL.M. (Michigan), Herrn Prof. Dr. Gerald Spindler und Herrn Prof. Dr. Hanno Merkt, LL.M. (Chicago), sehr verbunden.

Meinen Kollegen und Freunden Frau Lisa Heller, Herrn Dr. Julian Hageböke, Herrn Maximilian Gerhold und Herrn Quirin Thomas danke ich für die Durchsicht des Manuskripts und die wertvolle Diskussion.

Ich danke Frau Leonie Weirich, die in allen Phasen des Promotionsverfahrens an meiner Seite stand und mir den Rücken gestärkt hat.

Danken möchte ich auch meinem Großvater, Herrn Dipl. Ing. Gerhard Hirschfeld, für die großzügige Übernahme des Druckkostenzuschusses.

Es sind meine Eltern, denen ich zu guter Letzt diese Arbeit widmen möchte. Sie haben mir nicht nur in finanzieller Hinsicht eine sorgenfreie Ausbildung mit einem weit überdurchschnittlichen Lebensstandard ermöglicht. Sehr viel bedeutender ist ihr unermüdlicher und selbstloser Einsatz, mich auf meinem Lebensweg zu unterstützen und mir in jeder Lage mit Rat und Tat beiseite zu stehen.

Danke!

Passau, im Februar 2021

*Maximilian Hirschfeld*



# 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
 <i>Teil I</i>	
<b>Aufsteigende Sicherheiten einer abhängigen AG</b>	69
 Kapitel 1	
<b>Aufsteigende Sicherheiten unter dem Blickwinkel des konzernrechtlichen Schädigungsverbots gem. § 311 AktG</b>	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	
<b>Aufsteigende Sicherheiten und die aktienrechtliche Kapitalerhaltung</b>	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>	
<b>Übertragung der Ergebnisse auf die aufsteigenden Sicherheiten einer abhängigen GmbH</b>	273
 Kapitel 1	
<b>Aufsteigende Sicherheitenbestellung im Kontext des § 30 GmbHG</b>	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	
<b>Aufsteigende Sicherheiten aus der Perspektive des GmbH-Konzernrechts</b>	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	
<b>Weitere Zulässigkeitsschranken der aufsteigenden Besicherung einer abhängigen GmbH</b>	288
§ 1 Zivilrechtliche Wirksamkeit und Treuepflichten .....	288
§ 2 Kreditgewährung aus Gesellschaftsvermögen (§ 43a GmbHG) .....	289
§ 3 Sicherheitenbestellung als verdeckte Gewinnausschüttung .....	289
 Kapitel 4	
<b>Der zweigliedrige Vermögensschutz in der abhängigen GmbH</b>	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 Kapitalschutzworschriften 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*

<b>Aufsteigende Sicherheiten einer abhängigen AG</b>	69
------------------------------------------------------	----

#### **Kapitel 1**

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

§ 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 Schutzbereiche 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

<b>Aufsteigende Sicherheiten und die aktienrechtliche Kapitalerhaltung</b> .....	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

**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

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	
<b>Weitere Zulässigkeitsschranken der aufsteigenden Besicherung einer abhängigen GmbH</b>	288
§ 1 Zivilrechtliche Wirksamkeit und Treuepflichten . . . . .	288
§ 2 Kreditgewährung aus Gesellschaftsvermögen (§ 43a GmbHG) . . . . .	289
§ 3 Sicherheitenbestellung als verdeckte Gewinnausschüttung . . . . .	289
Kapitel 4	
<b>Der zweigliedrige Vermögensschutz in der abhängigen GmbH</b>	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

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift); Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
Allg.	Allgemein
allg.M.	allgemeine Meinung
Alt.	Alternative
amtl.	amtlich
Amtl. Begr.	Amtliche Begründung
AnfG	Anfechtungsgesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
ARUG	Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie vom 30.07.2009
Aufl.	Auflage
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BeBiKo	Beck'scher Bilanz-Kommentar
BeckHdB	Beck'sches Handbuch
BeckOGK	Beck-online Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Onlinekommentar
Begr.	Begründung; Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
bspw.	beispieleweise
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
bzgl.	bzgl.
bzw.	beziehungweise
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)

DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
ebda.	ebenda
EBJS HGB	Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn Handelsgesetzbuch Kommentar
evtl.	eventuell
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
f.; ff.	folgende; fortfolgende
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GesRZ	Der Gesellschafter (Zeitschrift)
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GHEK	Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff (Aktienrechtskommentar)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
Großkomm AktG	Großkommentar zum Aktiengesetz
GS	Gedächtnisschrift
Habil.	Habilitation
HdB	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
jew.	jeweils
JZ	Juristenzeitung
KapGesR	Kapitalgesellschaftsrecht
KG	Kammergericht; Komanditgesellschaft
KölnKomm	Kölner Kommentar
krit.	kritisch
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
lit.	litera
Ls.	Leitsatz
MHdB AG	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 4: Aktiengesellschaft
MHLS GmbHG	Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt GmbHG Kommentar
Mio.	Million(en)
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer (Zeitschrift)

m.N.	mit Nachweisen
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008, BGBl. 2008 Nr. 48 vom 28.10.2008, S. 2026
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NBW	Neue Betriebswirtschaft (Zeitschrift)
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht
OLG	Oberlandesgericht
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randzeichen
S.	Satz; Seite
s.	siehe
sc.	scilicet
sog.	sogenannte
str.	streitig
teilw.	teilweise
Tz.	Textziffer
u. a.	unter anderem
UHL GmbHG	Ulmer/Habersack/Löbbecke Kommentar zum GmbHG
unstr.	unstreitig
usw.	und so weiter
v.	vom; von
v. a.	vor allem
vgl.	vergleiche
VGR	Gesellschaftsrechtliche Vereinigung
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
WuB	Entscheidungsanmerkungen zum Wirtschafts- und Bankrecht
z. B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend



# **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 zusteht<sup>1</sup>, mit der Gesellschaft in der Regel einen Konzern bildet, sobald der Mehrheitsgesellschafter den sehr weitgehenden Unternehmensbegriff des § 15 AktG erfüllt.<sup>2</sup> 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

---

<sup>1</sup> 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. *Koppenstein*, in: *KölnKomm AktG*, § 16 Rn. 4 sowie *Koch*, in: *Hüffer/Koch AktG*, § 16 Rn. 2.

<sup>2</sup> Siehe nur *Altmeppen*, 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.<sup>3</sup> 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 Schutzzvorschriften 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 rekurriert 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.<sup>4</sup> Infolgedessen wird die mit Mehrheit beteiligte Gesellschaft im Regelfall nicht auskommen, das Recht der faktischen Konzerne zu beachten.<sup>5</sup> 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).<sup>6</sup> Dieser Einfluss röhrt 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 Vorstandamt 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 Tochternvorstände einhergeht, obwohl sie nach § 76 Abs. 1 AktG

---

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

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

<sup>5</sup> 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 Schutzzvorschriften das jeweilige Recht der faktischen Konzerne konstituieren, wird jedoch an gegebener Stelle zu klären sein.

<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> Treffend beschreibt deshalb *Flume* bereits nach Erscheinen des RegE zum AktG 1965 die faktische Abhängigkeit als „menschliches Problem“.<sup>8</sup> Offensichtlich wird der Einfluss der Muttergesellschaft im Fall von weit verbreiteten Vorstandsdoppelmandaten: 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:<sup>9</sup> 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)<sup>10</sup> 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.

---

<sup>7</sup> Zu den personalpolitischen Zusammenhängen bereits *Altmeppen*, ZIP 1996, 693 (694); *Schmidt-Hern*, Der Schutz der außenstehenden Aktionäre, S. 24 f.

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

<sup>9</sup> Dazu *Altmeppen*, in: *MüKoAktG*, § 311 Rn. 90 m.w.N.; a.A. *Grigoleit*, in: *Grigoleit AktG*, § 311 Rn. 27; *Koppenstein*, in: *KölnKomm AktG*, § 311 Rn. 13.

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