

Untersuchungen über das
Spar-, Giro- und Kreditwesen

Abteilung B: Rechtswissenschaft

Herausgegeben von Peter O. Mühlert,
Uwe H. Schneider und Dirk A. Verse

Band 207

Kapitalerhaltung und aufsteigende Sicherheiten im reformierten Kapitalschutzrecht

Von

Christoph Kramer



Duncker & Humblot · Berlin

CHRISTOPH KRAMER

Kapitalerhaltung und aufsteigende Sicherheiten
im reformierten Kapitalschutzrecht

Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen

Abteilung B: Rechtswissenschaft

Schriften des Instituts für deutsches und
internationales Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens
an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Herausgegeben von

Prof. Dr. Peter O. Mülbart,

Prof. Dr. Dr. h. c. Uwe H. Schneider, Prof. Dr. Dirk A. Verse

Band 207

Kapitalerhaltung und aufsteigende Sicherheiten im reformierten Kapitalschutzrecht

Von

Christoph Kramer



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz hat diese Arbeit
im Sommersemester 2016 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
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7352
ISBN 978-3-428-15149-3 (Print)
ISBN 978-3-428-55149-1 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85149-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Für Margaretha

Geleitwort

Werden Gegenstände aus dem Vermögen einer Kapitalgesellschaft zur Besicherung von Kreditverbindlichkeiten ihrer Gesellschafter eingesetzt, stellt sich die Frage, welche Grenzen der Grundsatz der Kapitalerhaltung solchen „aufsteigenden“ Sicherheiten zieht. Insbesondere im Zusammenhang mit fremdkapitalfinanzierten Unternehmenskäufen (*leveraged buy-out*) und im Rahmen der Konzernfinanzierung ist diese Frage von eminenter praktischer Bedeutung. Sie wird zwar seit langem diskutiert, präsentiert sich aber nach den Reformen, die das Kapitalschutzrecht im letzten Jahrzehnt durch das MoMiG und das ARUG erfahren hat, in neuem Licht.

Die vorliegende Dissertation von *Christoph Kramer* unternimmt den Versuch, die zahlreichen Streitfragen rund um die aufsteigenden Sicherheiten zu entwirren und für das reformierte Kapitalschutzrecht neu zu durchdenken. Prägend für seine Arbeit ist der Grundgedanke, dass es sich bei der Bestellung aufsteigender Sicherheiten um nichts anderes als eine mittelbare Kreditgewährung an den Gesellschafter handelt und dass deshalb die rechtlichen Maßstäbe dieselben sein müssen wie im Fall der unmittelbaren Kreditgewährung. Diese in der Tat überzeugende Wertungsparallele ist im Schrifttum zwar schon früher aufgedeckt worden; sie wird vom Verf. aber – über den bisherigen Diskussionsstand hinausgehend – präzise entfaltet, gegen mögliche Einwände verteidigt und konsequent für die Lösung vielfältiger Einzelfragen nutzbar gemacht. In einer unlängst veröffentlichten Entscheidung, die der Verfasser nicht mehr berücksichtigen konnte, hat sich auch der BGH (II ZR 93/16, GmbHR 2017, 643) diese Wertungsparallele zu Eigen gemacht. Wer Antworten auf die vielen Fragen sucht, die in dieser Entscheidung noch offen bleiben, wird die vorliegende Schrift mit großem Gewinn zu Rate ziehen.

Mainz, im August 2017

Prof. Dr. Dirk A. Verse

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2016 abgeschlossen und vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten im Wesentlichen bis Anfang Januar 2017 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dirk A. Verse, für die hervorragende Betreuung sowie die hilfreichen und konstruktiven Gespräche während der Erstellung der Arbeit. Dank gebührt außerdem Herrn Prof. Dr. Peter O. Mülbert für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens und die darin enthaltenen Anregungen.

Herzlich gedankt sei darüber hinaus dem Institut für deutsches und internationales Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz sowie der Wissenschaftsförderung der Sparkassen-Finanzgruppe e.V. für die Förderung des Promotionsvorhabens als Forschungsprojekt. Herzlich bedanken möchte ich mich auch für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen, Abt. B: Rechtswissenschaft“, zu deren Herausgebern neben den beiden Gutachern Herr Prof. Dr. Dr. h. c. Uwe H. Schneider zählt.

Danken möchte ich zudem Herrn Dr. Tobias Buddemeier sowie Herrn Thomas Scherer für die Durchsicht des Manuskripts und zahlreiche hilfreiche Anregungen.

Vor allem aber und von ganzem Herzen gebührt mein Dank meiner Frau, Margaretha Kramer, die mich sowohl fachlich als auch persönlich in jeder Lage bei der Erstellung der Arbeit unterstützt hat, ihr ist diese Arbeit gewidmet.

Hilden, im März 2017

Christoph Kramer

Inhaltsübersicht

§ 1 Gegenstand und Gang der Untersuchung	17
§ 2 Grundlagen und praktischer Hintergrund	20
A. Zunehmende Relevanz von Besicherungen	20
B. Praxisrelevante Konstellationen	21
§ 3 Aufsteigende Sicherheiten im Kapitalerhaltungsrecht	33
A. Grundlagen des Kapitalerhaltungssystems der GmbH	33
B. Relevanter Auszahlungsakt	37
C. Herbeiführung oder Vertiefung einer Unterbilanz	76
D. Übertragung auf die aktienrechtliche Vermögensbindung	105
§ 4 Das zivilrechtliche Verhältnis zwischen Gesellschaft und Sicherungsnehmer	109
A. Nichtigkeit und Unwirksamkeit von Sicherungsvertrag und Sicherheitenbestellung	109
B. Limitation Language	129
§ 5 Ansprüche der Gesellschaft gegen den Gesellschafter	135
A. Erstattungsanspruch gem. § 31 Abs. 1 GmbHG	135
B. Anspruch gem. § 62 Abs. 1 S. 1 AktG	143
C. Existenzvernichtender Eingriff	145
D. Freistellungsanspruch	164
§ 6 Pflichten und Haftung der Geschäftsleitungsorgane	167
A. Allgemeine Geschäftsleiterhaftung (§ 43 GmbHG)	168
B. Insolvenzverursachungshaftung (§ 64 S. 3 GmbHG)	178
C. Haftung der Vorstandsmitglieder nach § 93 AktG	194
D. Haftung der Aufsichtsratsmitglieder nach §§ 116 S. 1, 93 AktG	195
§ 7 Konzernrechtliche Aspekte	197
A. Faktischer Konzern	197
B. Vertragskonzern	202
§ 8 Würdigung und Reformbedarf	206
A. Recht der GmbH	206
B. Im Recht der AG	228
§ 9 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	236
A. Aufsteigende Sicherheiten als praktisches Problem	236
B. Aufsteigende Sicherheiten und § 30 GmbHG, § 57 AktG	236
C. Das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Sicherungsnehmer	239

D. Ansprüche der Gesellschaft gegen den Gesellschafter	240
E. Pflichten und Haftung der Geschäftsleitungsorgane	241
F. Konzernrechtliche Aspekte	242
G. Würdigung und Reformbedarf	242
Literaturverzeichnis	244
Sachwortregister	267

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Gegenstand und Gang der Untersuchung	17
§ 2 Grundlagen und praktischer Hintergrund	20
A. Zunehmende Relevanz von Besicherungen	20
B. Praxisrelevante Konstellationen	21
I. Leveraged-Buy-Out (LBO)	21
1. Begriff und exemplarischer Ablauf eines LBO	22
2. Ablauf und Bedeutung der Sicherheitenbestellung	24
3. Alternativen zur Sicherheitenbestellung	26
II. Zentrales Cash-Management im Konzern (Cash-Pooling)	30
1. Zum Cash-Pooling im Allgemeinen	30
2. Zur Sicherheitenbestellung im Besonderen	32
§ 3 Aufsteigende Sicherheiten im Kapitalerhaltungsrecht	33
A. Grundlagen des Kapitalerhaltungssystems der GmbH	33
I. Regelungsgegenstand und Normzweck	33
II. Verletzung von § 30 GmbHG	34
III. Allgemeines zum Begriff der Auszahlung	36
B. Relevanter Auszahlungsakt	37
I. Einführung und Meinungsstand	37
II. Analyse der in Betracht kommenden Zeitpunkte	39
1. Bestellung der Sicherheit	40
a) (Fehlende) bilanzielle Auswirkung der Sicherheitenbestellung	40
b) Vermögensgefährdung als Auszahlung	43
aa) Einwand des mangelnden Vermögensabflusses	43
bb) Differenzierung zwischen Personal- und Realsicherheiten	44
cc) Unabwendbarkeit der Inanspruchnahme aus der Sicherheit	46
(1) Keine Bindung von gesellschaftsexternen Dritten an § 30 GmbHG	46
(2) Limitation language keine taugliche Abwendungsmöglichkeit	47
(3) Unerheblichkeit späterer Entwicklungen	48
dd) Ableitungen aus dem Schutzzweck von § 30 GmbHG	49
ee) Zwischenergebnis	50

c)	Parallele zum Darlehen an Gesellschafter	50
aa)	Einführung	50
bb)	Gesetzessystematische Argumente für die Gleichbehandlung	51
(1)	§ 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GmbHG	52
(2)	§ 44a InsO	53
(3)	§ 71a AktG	54
(4)	Zwischenergebnis	55
cc)	Unterschiedliche Zwecksetzung?	55
dd)	Kündigungsrecht und Freistellungsanspruch	56
ee)	Verbleibende Haftungsmasse	57
d)	Sicherheitenbestellung als „bilanzrechtliches U-Boot“	58
e)	Zwischenergebnis zur Sicherheitenbestellung als Auszahlung	59
f)	Übertragung auf Verpflichtung zur Sicherheitenbestellung	59
aa)	Besonderheit der 3-Personen-Konstellation	59
bb)	Unumkehrbarer Vermögensverlust durch Verpflichtung	60
2.	Zeitpunkt der wahrscheinlichen Inanspruchnahme	61
a)	Notwendigkeit eines Auszahlungsaktes der Gesellschaft	62
b)	Fehlen eines Auszahlungsaktes im Zeitpunkt der wahrscheinlichen Inanspruchnahme	63
c)	Zeitliches Auseinanderfallen von Auszahlungsakt und bilanzieller Auswirkung?	63
3.	Inanspruchnahme der Sicherheit	64
a)	Auszahlungsbegriff nach Meyer	65
b)	Gleichstellung mit dem Ausfall des Gesellschafters als Darlehensschuldner	67
4.	Nichtgeltendmachung des Freistellungs- bzw. Rückgriffsanspruchs („Stehenlassen“)	68
a)	Rechtslage beim aufsteigenden Darlehen	68
b)	Übertragung auf aufsteigende Sicherheiten	70
5.	Auszahlung an einen Gesellschafter	71
a)	Beurteilungszeitpunkt	71
b)	Drittvergleichskriterium	72
III.	Zwischenergebnis zu B.	75
C.	Herbeiführung oder Vertiefung einer Unterbilanz	76
I.	Bilanzielle Auswirkungen der Sicherheitenbestellung durch Bildung einer Rückstellung	76
1.	Grad der Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme	76
2.	Sorgfaltsmaßstab und gerichtliche Überprüfbarkeit	79
3.	Kein Einfluss des Vollwertigkeitserfordernisses auf die Wahrscheinlichkeitsprognose	80

II.	Relevanz von Rückgriffsansprüchen gegen den Gesellschafter (§ 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GmbHG)	82
1.	Entstehungsgeschichte des Ausnahmetatbestandes	83
a)	Meinungsstand bis November 2003	83
b)	Das „Novemberurteil“ des BGH	83
c)	Reform durch das MoMiG	85
2.	Reichweite des Ausnahmetatbestandes bei Sicherheitenbestellungen	86
a)	Rückgriffsanspruchsaktivierung nur bei Rückstellungsbildung	86
b)	Meinungsstand	87
c)	Lösungsansatz über Parallele zum aufsteigenden Darlehen	88
3.	Kriterien für die Vollwertigkeit des Rückgriffsanspruchs bei der Bestellung aufsteigender Sicherheiten	89
a)	Allgemeines zum Vollwertigkeitserfordernis	90
b)	Bonität des Schuldners	91
c)	Notwendigkeit einer Avalprovision	92
aa)	Parallelproblematik: Verzinsung beim aufsteigenden Darlehen	92
bb)	Übertragung des Ergebnisses für den Fall der Sicherheitenbestellung	96
d)	Berücksichtigung von „Klumpenrisiken“	98
e)	Vollwertigkeit bei Besicherung in LBO-Konstellationen ..	100
4.	„Teilweises“ Fehlen der Vollwertigkeit des Rückgriffsanspruchs	102
III.	Zwischenergebnis zu C.	104
D.	Übertragung auf die aktienrechtliche Vermögensbindung	105
I.	Unterschiede zu § 30 GmbHG	105
II.	Meinungsstand	106
III.	Übertragung der Lösung zum GmbH-Recht	107
1.	Kein Drittvergleichskriterium in § 57 Abs. 1 S. 3 Alt. 2 AktG ..	107
2.	Vollwertigkeitsprüfung auch ohne Rückstellungsbildung	108
§ 4	Das zivilrechtliche Verhältnis zwischen Gesellschaft und Sicherungsnehmer	109
A.	Nichtigkeit und Unwirksamkeit von Sicherungsvertrag und Sicherheitenbestellung	109
I.	Verbotsgesetz (§ 134 BGB)	109
1.	§ 30 GmbHG als Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB	110
2.	§ 57 Abs. 1 S. 1 AktG als Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB ..	113
II.	Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)	114
1.	Nichtigkeit der Sicherheitenbestellung wegen § 138 BGB im Recht der GmbH	115
2.	Übertragung auf das Recht der Aktiengesellschaft	116

III.	Fehlende Vertretungsmacht der Geschäftsleitung	117
IV.	Verbot von „Financial Assistance“ nach § 71a Abs. 1 AktG	118
1.	Normentstehung – Ursprung im englischen Recht	118
2.	Zweck der Vorschrift	120
3.	Anwendbarkeit von § 71a Abs. 1 AktG im Unternehmensverbund	122
4.	Tatbestand von § 71a Abs. 1 AktG und die Gewährung aufsteigender Sicherheiten	124
5.	Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 71a Abs. 1 AktG durch die Sicherheitenbestellung	126
B.	Limitation Language	129
I.	Begriff und praktische Bedeutung	129
II.	Notwendigkeit auf Basis der bisherigen Erkenntnisse	131
III.	Rechtsprechung zur Limitation Language im Insolvenzverfahren	131
§ 5	Ansprüche der Gesellschaft gegen den Gesellschafter	135
A.	Erstattungsanspruch gem. § 31 Abs. 1 GmbHG	135
I.	Grundlagen	135
II.	Anspruchsumfang bei verbotswidriger Gewährung aufsteigender Sicherheiten	136
1.	Bestellung der Sicherheit	136
a)	Rückgewähr von Sachleistungen	136
b)	Grundsätzlich Rückgewähr der Sicherheit in natura	138
c)	Rückgewähr bei „teilweise verbotener“ Besicherung	139
d)	Zusammenfassung und Ergebnis	141
2.	Nichtgeltendmachung des Freistellungsanspruchs	141
3.	Umfang bei Nichtgewährung einer Avalprovision	143
B.	Anspruch gem. § 62 Abs. 1 S. 1 AktG	143
I.	Unterschiede zu § 31 Abs. 1 GmbHG	143
II.	Anspruchsumfang bei § 62 Abs. 1 S. 1 AktG – Übertragung der zur GmbH gefundenen Ergebnisse	144
C.	Existenzvernichtender Eingriff	145
I.	Hintergrund und Rechtsprechungsentwicklung	145
1.	Ergänzungsbedürftigkeit des Kapitalerhaltungsrechts	145
2.	Rechtsprechung zum qualifizierten faktischen Konzern	146
3.	Hinwendung zum existenzvernichtenden Eingriff	147
4.	Bewertung	148
II.	Haftungsvoraussetzungen bei Gewährung aufsteigender Sicherheiten	150
1.	Haftungsauslösende Handlung des Gesellschafters	150
2.	Zweckentfremdeter Entzug von Vermögenswerten	150
a)	Entzug der Nutzungsmöglichkeit am Sicherungsgut	151
b)	Beeinträchtigung der Kreditfähigkeit	151

c) Verwertung der Sicherheit und Zeitpunkt für das Sittenwidrigkeitsurteil	152
3. Kompensationslosigkeit	158
a) Kompensation bei Gewährung aufsteigender Sicherheiten ..	158
b) Eigenständige Bedeutung des Merkmals?	159
4. Zum Erfordernis eines Gesellschaftervorteils	160
5. Insolvenzverursachung bzw. -vertiefung durch Vermögensentzug	160
6. Vorsatz	161
7. Rechtsfolgen	162
III. Zusammenfassung der Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff	163
D. Freistellungsanspruch	164
I. Entstehung	164
II. Inhalt und Umfang	165
III. Schwächen	166
§ 6 Pflichten und Haftung der Geschäftsleitungsgorgane	167
A. Allgemeine Geschäftsleiterhaftung (§ 43 GmbHG)	168
I. Haftung gem. § 43 Abs. 3 GmbHG	168
1. Zahlung entgegen § 30 GmbHG	169
2. Sorgfaltswidrigkeit	169
a) Keine Prüfung hypothetischer Inanspruchnahme bei Bestellung	170
b) Inanspruchnahmewahrscheinlichkeit maßgeblich	170
c) Nach Bestellung der Sicherheit: Überwachungspflicht des Geschäftsführers	172
aa) Ausgangspunkt: Das „MPS“-Urteil des BGH	172
bb) Konkretisierung: Flexibler Überwachungsmaßstab ..	173
d) Pflichtverletzung trotz Weisung der Gesellschafter	174
3. Rechtsfolgen und Umfang der Haftung aus § 43 Abs. 3 GmbHG	176
II. Haftung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG	177
B. Insolvenzverursachungshaftung (§ 64 S. 3 GmbHG)	178
I. Grundlagen und Zweck	178
II. § 64 S. 3 GmbHG und aufsteigende Sicherheiten	179
1. Zahlung an einen Gesellschafter	179
a) Meinungsstand	179
b) Bestellung der Sicherheit als Zahlung gem. § 64 S. 3 GmbHG	180
aa) Parallele zum Zahlungsbegriff von § 64 S. 1 GmbHG?	181
bb) Einfluss des Liquiditätsschutzes als Gesetzeszweck ..	183

c) Verpflichtung zur Bestellung gegenüber dem Gesellschaftergläubiger	186
d) Inanspruchnahme der Sicherheit	187
e) Nichtgeltendmachung des Freistellungs- bzw. Rückgewähranspruchs	188
2. Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft	188
3. Zurechnungszusammenhang	191
4. Verschulden	193
III. Umfang der Haftung	193
IV. Zusammenfassung zu B.	194
C. Haftung der Vorstandsmitglieder nach § 93 AktG	194
D. Haftung der Aufsichtsratsmitglieder nach §§ 116 S. 1, 93 AktG	195
§ 7 Konzernrechtliche Aspekte	197
A. Faktischer Konzern	197
I. Anwendung der kapitalerhaltungsrechtlichen Vorschriften im faktischen Konzern	197
II. Sicherheitengewährung als nachteiliges Rechtsgeschäft	199
B. Vertragskonzern	202
§ 8 Würdigung und Reformbedarf	206
A. Recht der GmbH	206
I. Gläubigerschutzlücke durch Sicherheitenbestellung als „bilanzielles U-Boot“	206
II. Vergleich mit dem Recht der englischen Limited (Ltd.)	208
1. Grundlagen des englischen Kapitalgesellschaftsrechts und Relevanz der Ltd.	209
2. Aufsteigende Sicherheiten im Kapitalerhaltungsrecht der Ltd.	210
a) Financial Assistance	211
b) Aufsteigende Sicherheit als <i>hidden profit distribution</i>	213
aa) Allgemeines zum Recht der verdeckten Gewinnausschüttung	213
bb) Aufsteigende Sicherheiten als verdeckte Gewinnausschüttung	215
3. Einschränkung durch director's duties	217
4. Wrongful Trading	220
5. Schlussfolgerungen	221
III. Solvenzttest als Alternative?	222
IV. Zwingender Drittvergleich	225
V. Vorgeschriebene Limitation Language?	226
VI. Sondertatbestand für Cash-Pool-Systeme?	226
VII. Ergebnis	227
B. Im Recht der AG	228
I. Liberalisierungsmöglichkeiten der reformierten Kapitalrichtlinie	228

1. Formelle Voraussetzungen	228
2. Materielle Anforderungen	229
a) Marktüblichkeitskriterium	229
b) Berücksichtigung nachträglicher bilanzieller Auswirkungen	230
3. Ergebnis: Umsetzung nicht empfehlenswert	232
II. Ausblick: Abschaffung der Restriktionen auf europäischer Ebene?	233
§ 9 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	236
A. Aufsteigende Sicherheiten als praktisches Problem	236
B. Aufsteigende Sicherheiten und § 30 GmbHG, § 57 AktG	236
C. Das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Sicherungsnehmer	239
D. Ansprüche der Gesellschaft gegen den Gesellschafter	240
E. Pflichten und Haftung der Geschäftsleitungsorgane	241
F. Konzernrechtliche Aspekte	242
G. Würdigung und Reformbedarf	242
Literaturverzeichnis	244
Sachwortregister	267

§ 1 Gegenstand und Gang der Untersuchung

Unter dem Schlagwort „aufsteigende Sicherheiten“ (auch „Upstream-Security“) wird im deutschen Kapitalschutzrecht eine Vielzahl von Problemen diskutiert. Mit diesem Begriff sind Sicherheiten gemeint, welche die Gesellschaft zur Absicherung von Verbindlichkeiten eines Gesellschafters gegenüber einem Dritten (typischer- aber nicht notwendigerweise einem Kreditinstitut) gewährt. Hieraus ergeben sich für die vorliegende Arbeit im Wesentlichen zwei Problemkreise: Erstens wird durch die Bestellung der Sicherheit „nur“ ein Risiko abgesichert, sodass es möglicherweise nie zu einem tatsächlichen Mittelabfluss durch die Inanspruchnahme der Sicherheit kommt. Dies wirft die Frage auf, worin der „Ansatzpunkt“ für gesellschaftsrechtliche Verbots- und Haftungsnormen zu sehen ist. Muss bereits an den Bestelungszeitpunkt angeknüpft werden oder (alternativ oder kumulativ) an den Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Sicherheit? Zweitens wird eine aufsteigende Sicherheit gegenüber einem gesellschaftsexternen Dritten bestellt, kommt aber mittelbar auch dem Gesellschafter zugute. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Dritte nur aufgrund der Sicherheit bereit ist, dem Gesellschafter ein Darlehen zu gewähren oder aber die Darlehensbedingungen sich für den Gesellschafter aufgrund der Sicherheit verbessern. Für die vorliegende Arbeit wirft dies die Frage auf, inwieweit Dritte durch gesellschaftsinterne Verbotsnormen betroffen sein können.

Die Problematik um die Gewährung von aufsteigenden Sicherheiten im Kapitalschutzrecht lässt sich nur vor dem Hintergrund der praktischen Bedeutung dieser Besicherungsform nachvollziehen. Deshalb ist zunächst unter § 2 auf die zunehmende Bedeutung von werthaltigen Sicherheiten aus Sicht der kreditgebenden Banken einzugehen. Danach soll die Bedeutung aufsteigender Sicherheiten im Rahmen von *Leveraged-Buy-Out*-Transaktionen (LBO) und des *Cash-Pooling* herausgearbeitet werden.

Im Anschluss ist auf die Frage einzugehen, unter welchen Voraussetzungen durch die Gewährung einer aufsteigenden Sicherheit Kapitalschutzvorschriften (§ 30 GmbHG, § 57 AktG) verletzt werden können (§ 3). Vor allem die Frage nach dem relevanten Auszahlungsakt ist in diesem Zusammenhang zu beantworten, da sie in der Praxis mangels höchstrichterlicher Klärung zu Rechtsunsicherheit führt. Daneben wirft der durch das MoMiG geschaffene Ausnahmetatbestand in § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GmbHG zahlreiche Fragen auf. Dieser bestimmt, dass Leistungen, die durch einen vollwertigen Gegen-

leistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind, nicht unter das kapitalerhaltungsrechtliche Ausschüttungsverbot des § 30 Abs. 1 S. 1 GmbH fallen. Ungeklärt ist bislang, wie dieser Ausnahmetatbestand auf aufsteigende Sicherheiten übertragen werden kann und was genau unter dem Begriff der „Vollwertigkeit“ zu verstehen ist. Begonnen werden soll die Untersuchung mit dem Kapitalerhaltungsrecht der GmbH. Nach Klärung der Rechtslage dort ist zu analysieren, inwieweit das zur GmbH gefundene Ergebnis auf die aktienrechtliche Vermögensbindung übertragen werden kann.

§ 4 ist dem zivilrechtlichen Verhältnis zwischen Gesellschaft und Sicherungsnehmer gewidmet. Hier ist zu ermitteln, ob die Verletzung kapitalerhaltungsrechtlicher Verbotsvorschriften mittels zivilrechtlicher „Einfallstore“ wie §§ 134, 138 BGB Einfluss auf die Wirksamkeit der Besicherung hat. Für das Aktienrecht ist in diesem Zusammenhang darüber hinaus § 71a AktG zu beachten, dessen Normzweck, Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen im Fall der Gewährung aufsteigender Sicherheiten Gegenstand der Untersuchung sein sollen. Ebenfalls in diesen Kontext gehört die Beantwortung der Frage, inwieweit *limitation-language*-Klauseln aus kapitalerhaltungsrechtlicher Sicht notwendig sind. Das sind solche Klauseln, die die Befugnis des Sicherungsnehmers zur Inanspruchnahme einer aufsteigenden Sicherheit für den Fall beschränken, dass durch die Inanspruchnahme der Sicherheit eine Verletzung kapitalerhaltungsrechtlicher Verbotsvorschriften droht.

Im Anschluss sind unter Bezugnahme auf die zu § 30 Abs. 1 GmbHG und § 57 AktG gefundenen Ergebnisse mögliche Ansprüche der Gesellschaft gegen den Gesellschafter wegen der Gewährung einer aufsteigenden Sicherheit zu prüfen (§ 5). Neben § 31 GmbHG und § 62 AktG ist dabei schwerpunktmäßig darauf einzugehen, unter welchen Voraussetzungen dem Gesellschafter aufgrund der Gewährung aufsteigender Sicherheiten eine Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs droht.

§ 6 behandelt die Pflichten und die Haftung der Geschäftsleitungsorgane. Hier bildet neben den Anforderungen an die Überwachungspflichten der Geschäftsleitung nach der Bestellung der Sicherheit die durch das MoMiG neu eingefügte und in Bezug auf aufsteigende Sicherheiten bislang wenig untersuchte Insolvenzverursachungshaftung in § 64 S. 3 GmbHG einen Themenschwerpunkt.

Unter § 7 ist sodann auf konzernrechtliche Besonderheiten einzugehen und insbesondere die Frage zu klären, unter welchen Voraussetzungen die Gewährung einer aufsteigenden Sicherheit ein nachteiliges Rechtsgeschäft i. S. v. § 311 Abs. 1 AktG sein kann.

§ 8 dient der Auswertung der in der Arbeit gewonnenen Ergebnisse. Es soll geklärt werden, ob durch die Behandlung aufsteigender Sicherheiten eine Gläubigerschutzlücke im Kapitalschutzrecht besteht. Hierbei soll in komprimierter Form ein Vergleich mit der Rechtslage im Gesellschaftsrecht der englischen Ltd. vorgenommen und auf mögliche Erkenntnisse für das deutsche Recht untersucht werden. Sodann sollen die bislang diskutierten Reformvorschläge in der gebotenen Kürze erörtert werden. Die in der Arbeit gefundenen Ergebnisse werden abschließend in Thesenform zusammengefasst (§ 9).