

Christina Griebeler

**Die zivilrechtliche und strafrechtliche Haftung
eines geschäftsführenden Organs
einer Tochtergesellschaft
bei „upstream securities“ im Konzern
nach schwedischem und nach
deutschem Recht**

Datum der mündlichen Prüfung: 30.05.2006

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2005 von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Dissertation angenommen. Die Arbeit erfasst Rechtsprechung und Literatur zum deutschen Recht im Wesentlichen bis zum Jahre 2003, zum schwedischen Recht bis 2004.

In seinem Urteil vom 24. November 2003 (II ZR 171/01) hat der BGH für die Zulässigkeit unternehmensinterner Darlehen sehr enge Kriterien aufgestellt. Insbesondere hat er sich im Zusammenhang mit der Frage der Beurteilung der Gegenleistungsfreiheit eines Darlehens gegen eine rein bilanzrechtliche Betrachtungsweise ausgesprochen und einen Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG auch im Fall der Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs angenommen. Die allgemeine Übertragbarkeit der mit diesem Urteil aufgestellten Maßgaben auf „cash pools“ und „upstream securities“ wurde in der Literatur vielfach diskutiert. In Ergänzung zu dieser Arbeit sei daher an dieser Stelle insbesondere hingewiesen auf den Beitrag von Weitnauer in ZIP 2005, S. 790.

Ich danke meinem Doktorvater Prof. Dr. Noack für die unkomplizierte Betreuung auch über geografische Distanzen hinweg. Ihm und Herrn Prof. Dr. Seibert als Zweitgutachter danke ich auch für die zügige Begutachtung der Arbeit.

Ich danke Herrn Rechtsanwalt und Advokat Alexander Foerster für seine Anregungen bei der Auswahl des Themas sowie der Sozietät Mannheimer Swartling für die Unterstützung mit einem Stipendium, das mir die Bearbeitung des schwedischen Teils der Arbeit in Stockholm und Uppsala wesentlich erleichterte.

Für ihren unermüdlichen Ansporn, aber auch für ihre finanzielle Unterstützung danke ich meinen Eltern, Ursula und Erich Griebeler.

Mein besonderer Dank für den wohl größten Beitrag zum Entstehen dieser Arbeit gilt aber Carsten Schmidt, dem Mann an meiner Seite, der mich ermutigt hat, diese Arbeit anzugehen und der in der gesamten Zeit der Bearbeitung meine notwendige moralische Stütze war, mir immer wieder Freiräume schuf und Korrektur las.

Bremen, im Juni 2006

Christina Griebeler

INHALTSVERZEICHNIS

1.	EINLEITUNG	1
1.1	HINTERGRUND	1
1.1.1	DIE LÄNDERAUSWAHL	1
1.1.2.	DER GEGENSTAND DIESER ARBEIT	1
1.2	PROBLEMATIK	5
1.3	ZIELSETZUNG	7
1.4	GRENZZIEHUNG	7
1.5	AUFBAU	8
1.6	DIE GESELLSCHAFTSSTRUKTUREN IN DER SCHWEDISCHEN AKTIENGESELLSCHAFT SOWIE IN DER DEUTSCHEN AG UND GMBH	9
1.6.1	DIE GESELLSCHAFTSSTRUKTUREN IN DER SCHWEDISCHEN AKTIENGESELLSCHAFT	9
1.6.2	DIE GESELLSCHAFTSSTRUKTUREN IN DER DEUTSCHEN AG	11
1.6.3	DIE GESELLSCHAFTSSTRUKTUREN IN DER GMBH	12
1.7	DER BEGRIFF DES KONZERNES NACH SCHWEDISCHEM SOWIE NACH DEUTSCHEM RECHT	13
1.7.1	DER BEGRIFF DES KONZERNES NACH SCHWEDISCHEM RECHT	13
1.7.2	DER BEGRIFF DES KONZERNES NACH DEUTSCHEM RECHT	16
2.	TEIL I: ZIVILRECHTLICHE UNTERSUCHUNG DER „UPSTREAM SECURITIES“	20
2.1	AUSGANGSPUNKT	20
2.2	„UPSTREAM SECURITIES“ UND DAS SCHWEDISCHE ZIVILRECHT	20
2.2.1	DIE ZULÄSSIGKEIT VON „UPSTREAM SECURITIES“ NACH SCHWEDISCHEM ZIVILRECHT	20
2.2.1.1	ALLGEMEINES	20
2.2.1.2	DIE DARLEHENS- UND SICHERHEITSVERBOTE DES KAPITELS 12, § 7 ABL	21
2.2.1.2.1	EINFÜHRUNG	21
2.2.1.2.2	DAS DARLEHENS- UND SICHERHEITSVERBOT DES KAPITELS 12, § 7 ABS. 1 ABL UND SEINE AUSNAHMEN	23
2.2.1.2.2.1	DAS DARLEHENS- UND SICHERHEITSVERBOT DES KAPITELS 12, § 7 ABS. 1 ABL	23
2.2.1.2.2.2	DIE AUSNAHMEN VOM DARLEHENS- UND SICHERHEITSVERBOT DES KAPITELS 12, § 7 ABS. 1 ABL GEMÄß ABS. 2 DER VORSCHRIFT	24
2.2.1.2.2.3	DIE AUSNAHME VOM DARLEHENS- UND SICHERHEITSVERBOT DES KAPITELS 12, § 7 ABS. 1 ABL AUFGRUND EINER AUSNAHMEGENEHMIGUNG GEMÄß KAPITEL 12, § 8 ABS. 2 ABL	25
2.2.1.2.3	DAS ERWERBSDARLEHENS- UND ERWERBSSICHERHEITSVERBOT DES KAPITELS 12, § 7 ABS. 3 ABL UND SEINE AUSNAHMEN	26
2.2.1.2.3.1	DAS ERWERBSDARLEHENS- UND ERWERBSSICHERHEITSVERBOT DES KAPITELS 12, § 7 ABS. 3 ABL	26
2.2.1.2.3.2	KEINE AUSNAHME VOM ERWERBSDARLEHENS- UND ERWERBSSICHERHEITSVERBOT DES KAPITELS 12, § 7 ABS. 3 ABL GEMÄß ABS. 2 DER VORSCHRIFT	28
2.2.1.2.3.3	DIE AUSNAHME VOM ERWERBSDARLEHENS- UND ERWERBSSICHERHEITSVERBOT DES KAPITELS 12, § 7 ABS. 3 ABL GEMÄß DEN ABS. 4 UND 5 DER VORSCHRIFT	28
2.2.1.2.3.4	DIE AUSNAHME VOM ERWERBSDARLEHENS- UND ERWERBSSICHERHEITSVERBOT DES KAPITELS 12, § 7 ABS. 3 ABL AUFGRUND EINER AUSNAHMEGENEHMIGUNG GEMÄß KAPITEL 12, § 8 ABS. 1 ABL	28

2.2.1.2.4	ZUSAMMENFASSUNG ZU DEN DARLEHENS- UND SICHERHEITSVERBOTEN DES KAPITELS 12, § 7 ABL UND IHREN AUSNAHMEN	30
2.2.1.3	DAS AUSZAHLUNGSVERBOT UND DIE GEWINNAUSSCHÜTTUNGSREGELN IN KAPITEL 12 ABL	31
2.2.1.3.1	EINFÜHRUNG	31
2.2.1.3.2	DAS AUSZAHLUNGSVERBOT DES KAPITELS 12, § 1 ABL	31
2.2.1.3.2.1	„UPSTREAM SECURITIES“ ALS AUSZAHLUNGEN IM SINNE DES AUSZAHLUNGSVERBOTS DES KAPITELS 12, § 1 ABL	32
2.2.1.3.2.2	DIE AUSNAHMEN VOM AUSZAHLUNGSVERBOT DES KAPITELS 12, § 1 ABL	35
2.2.1.3.2.2.1	„UPSTREAM SECURITIES“ ALS GEWINNAUSSCHÜTTUNG IM SINNE DES KAPITELS 12 ABL	36
2.2.1.3.2.2.2	DIE ZUSTÄNDIGKEIT FÜR DEN BESCHLUSS ÜBER DIE GEWINNAUSSCHÜTTUNG	38
2.2.1.3.2.2.3	KEINE „HEILUNG“ VON VERSTÖßEN GEGEN KAPITEL 12, §§ 1 UND 2 ABL DURCH ZUSTIMMUNG ALLER GESELLSCHAFTER	39
2.2.1.3.2.2.4	DIE UNWIRKSAMKEIT UNZULÄSSIGER „UPSTREAM SECURITIES“	39
2.2.1.4	DAS VERHÄLTNIS DER BEIDEN DARLEHENSVERBOTE DES KAPITELS 12, § 7 ABL UND IHRER AUSNAHMEN ZUM AUSZAHLUNGSVERBOT UND DEN GEWINNAUSSCHÜTTUNGSREGELN DES KAPITELS 12, § 1 UND 3 ABL	40
2.2.1.5	DIE ÜBERSCHREITUNG DER VERTRETUNGSMACHT DURCH DEN GESCHÄFTSFÜHRENDEN DIREKTOR GEMÄß KAPITEL 12, § 3 UND KAPITEL 8, §§ 25, 30 ABL	41
2.2.1.6	DER GLEICHHEITSGRUNDSATZ DES KAPITELS 3, § 1 ABL UND DIE GENERALKLAUSEL DES KAPITELS 8, § 34 ABL	43
2.2.1.7	DER UNGESCHRIEBENE GRUNDSATZ VOM GESELLSCHAFTSGEGENSTAND	46
2.2.1.8	ZUSAMMENFASSUNG ZUR ZULÄSSIGKEIT VON „UPSTREAM SECURITIES“ NACH SCHWEDISCHEM ZIVILRECHT	48
2.2.2	ZIVILRECHTLICHE HAFTUNG EINES GESCHÄFTSFÜHRENDEN DIREKTORS IM ZUSAMMENHANG MIT DER GEWÄHRUNG VON „UPSTREAM SECURITIES“ NACH SCHWEDISCHEM RECHT	50
2.2.2.1	HAFTUNG DES GESCHÄFTSFÜHRENDEN DIREKTORS WEGEN EINES VERSTOßES GEGEN DAS ERWERBSDARLEHENS- UND ERWERBSSICHERHEITSVERBOT DES KAPITELS 12, § 7 ABS. 3 UND 6 ABL	50
2.2.2.1.1	DIE SCHADENSERSATZPFLICHT DES GESCHÄFTSFÜHRENDEN DIREKTORS GEMÄß KAPITEL 15, § 1 ABL	50
2.2.2.1.1.1	HAFTUNGSVORAUSSETZUNGEN	50
2.2.2.1.1.2	GELTENDMACHUNG DES ANSPRUCHS	51
2.2.2.1.2	DIE SCHADENSERSATZPFLICHT DES GESCHÄFTSFÜHRENDEN DIREKTORS GEMÄß KAPITEL 2, § 2 SKL	52
2.2.2.2	HAFTUNG DES GESCHÄFTSFÜHRENDEN DIREKTORS WEGEN EINES VERSTOßES GEGEN DIE GEWINNAUSSCHÜTTUNGSREGELN UND DAS AUSZAHLUNGSVERBOT DES KAPITELS 12 ABL	53
2.2.2.2.1	DIE FEHLBETRAGSHAFTUNG GEMÄß KAPITEL 12, § 5 ABS. 2 IN VERBINDUNG MIT KAPITEL 15, § 1 ABL	53
2.2.2.2.2	DIE SCHADENSERSATZPFLICHT GEMÄß KAPITEL 2, § 2 SKL	54
2.2.2.3	HAFTUNG DES GESCHÄFTSFÜHRENDEN DIREKTORS WEGEN EINER ÜBERSCHREITUNG SEINER VERTRETUNGSMACHT GEMÄß KAPITEL 9, §§ 25, 30 UND KAPITEL 12, § 3 ABL	54
2.2.2.3.1	DIE SCHADENSERSATZPFLICHT DES GESCHÄFTSFÜHRENDEN DIREKTORS GEMÄß KAPITEL 15, § 1 ABL	54
2.2.2.3.2	DIE SCHADENSERSATZPFLICHT GEMÄß KAPITEL 2, § 2 SKL	55
2.2.2.4	HAFTUNG DES GESCHÄFTSFÜHRENDEN DIREKTORS WEGEN EINES VERSTOßES GEGEN DEN GLEICHHEITSGRUNDSATZ DES KAPITELS 3, § 1 ABL ODER GEGEN DIE GENERALKLAUSEL DES KAPITELS 8, § 34 ABL	55
2.2.2.4.1	DIE SCHADENSERSATZPFLICHT DES GESCHÄFTSFÜHRENDEN DIREKTORS GEMÄß KAPITEL 15, § 1 ABL	55

2.2.2.4.2	DIE SCHADENSERSATZPFLICHT DES GESCHÄFTSFÜHRENDEN DIREKTORS GEMÄß KAPITEL 2, § 2 SKL	55
2.2.2.5	HAFTUNG DES GESCHÄFTSFÜHRENDEN DIREKTORS WEGEN EINES VERSTOßES GEGEN DEN GRUNDSATZ VOM GESELLSCHAFTSGEGENSTAND	55
2.2.2.5.1	DIE SCHADENSERSATZPFLICHT DES GESCHÄFTSFÜHRENDEN DIREKTORS GEMÄß KAPITEL 15, § 1 ABL	55
2.2.2.5.2	DIE SCHADENSERSATZPFLICHT DES GESCHÄFTSFÜHRENDEN DIREKTORS GEMÄß KAPITEL 2, § 2 SKL	56
2.2.2.6	HAFTUNG DES GESCHÄFTSFÜHRENDEN DIREKTORS IM FALLE EINES „KAPITALUNTERSCHUSSES“ DER GESELLSCHAFT GEMÄß KAPITEL 13, § 17 ABS. 2 ABL	56
2.3	„UPSTREAM SECURITIES“ UND DAS DEUTSCHE ZIVILRECHT	58
2.3.1	DIE ZULÄSSIGKEIT VON „UPSTREAM SECURITIES“ NACH DEUTSCHEM ZIVILRECHT	58
2.3.1.1	ALLGEMEINES	58
2.3.1.2	DIE ZULÄSSIGKEIT VON „UPSTREAM SECURITIES“ IN KONSTELLATIONEN, IN DENEN DIE DIE SICHERHEIT GEWÄHRENDE TOCHTERGESELLSCHAFT EINE AG IST	59
2.3.1.2.1	DAS VERBOT DER EINLAGENRÜCKGEWÄHR GEMÄß § 57 AKTG UND SEINE AUSNAHMEN	59
2.3.1.2.1.1	DAS VERBOT DER EINLAGENRÜCKGEWÄHR GEMÄß § 57 AKTG	59
2.3.1.2.1.2	DIE AUSNAHME VOM VERBOT DER EINLAGENRÜCKGEWÄHR IM RAHMEN EINES VERTRAGSKONZERNS GEMÄß § 291 ABS. 3 AKTG	62
2.3.1.2.1.3	DIE AUSNAHME VOM VERBOT DER EINLAGENRÜCKGEWÄHR GEMÄß § 311 AKTG IM RAHMEN EINES FAKTISCHEN KONZERNS	64
2.3.1.2.1.3.1	DER FAKTISCHE KONZERN MIT GEWINNABFÜHRUNGSVERTRAG	64
2.3.1.2.1.3.2	DER FAKTISCHE KONZERN OHNE GEWINNABFÜHRUNGSVERTRAG	65
2.3.1.2.1.4	KEINE AUSNAHME VOM VERBOT DER EINLAGENRÜCKGEWÄHR IM RAHMEN EINES QUALIFIZIERTEN FAKTISCHEN KONZERNS	65
2.3.1.2.2	DAS VERBOT DER SICHERHEITSLEISTUNG ZUM ZWECK DES ERWERBS EIGENER AKTIEN GEMÄß § 71A ABS. 1 S. 1 AKTG UND SEINE AUSNAHMEN	66
2.3.1.2.2.1	DAS VERBOT DER SICHERHEITSLEISTUNG ZUM ZWECK DES ERWERBS EIGENER AKTIEN GEMÄß § 71A ABS. 1 S. 1 AKTG	66
2.3.1.2.2.2	KEINE AUSNAHME VOM VERBOT DER SICHERHEITSLEISTUNG ZUM ZWECK DES ERWERBS EIGENER AKTIEN IM VERTRAGSKONZERN GEMÄß § 291 ABS. 3 AKTG	67
2.3.1.2.2.3	KEINE AUSNAHME VOM VERBOT DER SICHERHEITSLEISTUNG ZUM ZWECK DES ERWERBS EIGENER AKTIEN IM FAKTISCHEN KONZERN GEMÄß § 311 AKTG	68
2.3.1.2.2.4	KEINE AUSNAHME VOM VERBOT DER SICHERHEITSLEISTUNG ZUM ZWECK DES ERWERBS EIGENER AKTIEN IM QUALIFIZIERTEN FAKTISCHEN KONZERN	69
2.3.1.2.3	DAS GLEICHBEHANDLUNGSGEBOT GEMÄß § 53A AKTG	69
2.3.1.2.4	DER GRUNDSATZ VOM UNTERNEHMENSGEGENSTAND	69
2.3.1.2.5	DER MISSBRAUCH DER VERTRETUNGSMACHT DES VORSTANDES	71
2.3.1.2.6	DER VERSTOß GEGEN § 138 BGB WEGEN SITTENWIDRIGKEIT	74
2.3.1.2.7	DER EXISTENZVERNICHTENDE EINGRIFF NACH DER RECHTSPRECHUNG DES BGH IM URTEIL „BREMER VULKAN“	76
2.3.1.2.8	DER VERSTOß GEGEN EIN VERBOTSGESETZ, § 134 BGB IN VERBINDUNG MIT § 57 ODER § 71A ABS. 1 S. 1 AKTG	78
2.3.1.2.9	ZUSAMMENFASSUNG ZUR ZULÄSSIGKEIT VON „UPSTREAM SECURITIES“ IN KONSTELLATIONEN, IN DENEN DIE DIE SICHERHEIT GEWÄHRENDE TOCHTERGESELLSCHAFT EINE AG IST	78
2.3.1.3	DIE ZULÄSSIGKEIT VON „UPSTREAM SECURITIES“ IN KONSTELLATIONEN, IN DENEN DIE DIE SICHERHEIT GEWÄHRENDE TOCHTERGESELLSCHAFT EINE GMBH IST	80
2.3.1.3.1	DAS AUSZAHLUNGSVERBOT DES § 30 ABS. 1 GMBHG UND SEINE AUSNAHMEN	80
2.3.1.3.1.1	DAS AUSZAHLUNGSVERBOT DES § 30 ABS. 1 GMBHG	80
2.3.1.3.1.1.1	„UPSTREAM SECURITIES“ ALS AUSZAHLUNGEN IM SINNE DES § 30 ABS. 1 GMBHG	80

2.3.1.3.1.1.2	„UPSTREAM SECURITIES“ ALS ANGRIFF AUF DAS STAMMKAPITAL DER TOCHTER-GMBH	83
2.3.1.3.1.2	DIE AUSNAHME VOM AUSZAHLUNGSVERBOT GEMÄß § 291 ABS. 3 AKTG ANALOG IM RAHMEN EINES VERTRAGSKONZERNES	84
2.3.1.3.1.3	KEINE AUSNAHME VOM AUSZAHLUNGSVERBOT IM RAHMEN EINES FAKTISCHEN KONZERNES	85
2.3.1.3.1.4	KEINE AUSNAHME VOM AUSZAHLUNGSVERBOT IM RAHMEN EINES QUALIFIZIERTEN FAKTISCHEN KONZERNES	86
2.3.1.3.2	KEINE ANALOGE ANWENDUNG DES KREDITVERBOTS DES § 43A GMBHG AUF GESELLSCHAFTER	86
2.3.1.3.3	KEINE ANALOGE ANWENDUNG DES § 71A AKTG AUF GMBH-KONSTELLATIONEN	87
2.3.1.3.4	DER UNGESCHRIEBENE GRUNDSATZ VOM UNTERNEHMENSGEGENSTAND	88
2.3.1.3.5	DER MISSBRAUCH DER VERTRETUNGSMACHT DES GESCHÄFTSFÜHRERS	89
2.3.1.3.6	DER VERSTOß GEGEN § 138 BGB WEGEN SITTENWIDRIGKEIT	89
2.3.1.3.7	DER EXISTENZVERNICHTENDE EINGRIFF NACH DER RECHTSPRECHUNG DES BGH IM URTEIL „BREMER VULKAN“	90
2.3.1.3.8	KEIN VERSTOß GEGEN EIN VERBOTSGESETZ GEMÄß § 134 BGB IN VERBINDUNG MIT § 30 ABS. 1 GMBHG	90
2.3.1.3.9	ZUSAMMENFASSUNG ZUR ZULÄSSIGKEIT VON „UPSTREAM SECURITIES“ IN KONSTELLATIONEN, IN DENEN DIE DIE SICHERHEIT GEWÄHRENDE TOCHTERGESELLSCHAFT EINE GMBH IST	91
2.3.2	ZIVILRECHTLICHE HAFTUNG DER VORSTANDSMITGLIEDER EINER AG UND DES GESCHÄFTSFÜHRERS EINER GMBH IM ZUSAMMENHANG MIT DER GEWÄHRUNG VON „UPSTREAM SECURITIES“	92
2.3.2.1	ZIVILRECHTLICHE HAFTUNG DER VORSTANDSMITGLIEDER EINER AG IM ZUSAMMENHANG MIT DER GEWÄHRUNG VON „UPSTREAM SECURITIES“	92
2.3.2.1.1	HAFTUNG DER VORSTANDSMITGLIEDER GEMÄß § 93 ABS. 2 AKTG WEGEN VERLETZUNG DER VORSTANDSPFLICHTEN	92
2.3.2.1.1.1	HAFTUNGSVORAUSSETZUNGEN	92
2.3.2.1.1.2	HAFTUNGSAUSSCHLUSS GEMÄß § 93 ABS. 4 AKTG	94
2.3.2.1.1.3	GELTENDMACHUNG DES ANSPRUCHS	95
2.3.2.1.1.4	GELTUNG DES § 93 ABS. 2 AKTG IN KONZERNKONSTELLATIONEN	96
2.3.2.1.2	HAFTUNG DER VORSTANDSMITGLIEDER GEMÄß § 117 ABS. 2 IN VERBINDUNG MIT ABS. 1 AKTG WEGEN VERLETZUNG DER VORSTANDSPFLICHTEN	96
2.3.2.1.2.1	HAFTUNGSVORAUSSETZUNGEN	96
2.3.2.1.2.2	AUSNAHMEN VON DER HAFTUNG GEMÄß § 117 ABS. 7 AKTG	97
2.3.2.1.2.3	GELTENDMACHUNG DES ANSPRUCHS	98
2.3.2.1.2.4	GELTUNG DES § 117 ABS. 2 AKTG IN KONZERNKONSTELLATIONEN	99
2.3.2.1.3	HAFTUNG DER VORSTANDSMITGLIEDER WEGEN VERLETZUNG DER SORGFALTPFLICHT IM VERTRAGSKONZERN GEMÄß § 310 AKTG	99
2.3.2.1.3.1	HAFTUNGSVORAUSSETZUNGEN	99
2.3.2.1.3.2	HAFTUNGSAUSSCHLUSS GEMÄß § 310 ABS. 3 AKTG	100
2.3.2.1.3.3	GELTENDMACHUNG DES ANSPRUCHS	100
2.3.2.1.3.4	VERHÄLTNIS DES § 310 AKTG ZU DEN §§ 93, 117 AKTG	101
2.3.2.1.4	HAFTUNG DER VORSTANDSMITGLIEDER WEGEN VERLETZUNG DER BERICHTSPFLICHT IM FAKTISCHEN UND IM QUALIFIZIERTEN FAKTISCHEN KONZERN GEMÄß § 318 AKTG	101
2.3.2.1.4.1	HAFTUNGSVORAUSSETZUNGEN	101
2.3.2.1.4.2	KEIN HAFTUNGSAUSSCHLUSS GEMÄß § 318 ABS. 3 AKTG	102
2.3.2.1.4.3	GELTENDMACHUNG DES ANSPRUCHS	102
2.3.2.1.4.4	VERHÄLTNIS DES § 318 AKTG ZU DEN §§ 93, 117 AKTG	103
2.3.2.1.4.5	ANWENDBARKEIT DES § 318 AKTG IM QUALIFIZIERTEN FAKTISCHEN KONZERN	103
2.3.2.1.5	HAFTUNG DER VORSTANDSMITGLIEDER WEGEN VORSÄTZLICHER SITTENWIDRIGER SCHÄDIGUNG GEMÄß § 826 BGB	103
2.3.2.1.6	HAFTUNG DER VORSTANDSMITGLIEDER WEGEN DES VERSTOBES GEGEN EIN SCHUTZGESETZ GEMÄß § 823 ABS. 2 BGB	104

2.3.2.1.7	KEINE HAFTUNG DER VORSTANDSMITGLIEDER NACH DEN GRUNDSÄTZEN ÜBER DEN MISSBRAUCH DER VERTRETUNGSMACHT	105
2.3.2.1.8	KEINE HAFTUNG DER VORSTANDSMITGLIEDER WEGEN VERLETZUNG DER PFLICHTEN AUS DEM ANSTELLUNGSVERTRAG GEMÄß § 280 ABS. 1 BGB	105
2.3.2.2	ZIVILRECHTLICHE HAFTUNG DES GESCHÄFTSFÜHRERS EINER GMBH IM ZUSAMMENHANG MIT DER GEWÄHRUNG VON „UPSTREAM SECURITIES“	107
2.3.2.2.1	HAFTUNG DES GESCHÄFTSFÜHRERS WEGEN EINES VERSTOßES GEGEN § 30 ABS. 1 GMBHG GEMÄß § 31 ABS. 6 GMBHG	107
2.3.2.2.1.1	HAFTUNGSVORAUSSETZUNGEN	107
2.3.2.2.1.2	GELTENDMACHUNG DES ANSPRUCHS	108
2.3.2.2.1.3	GELTUNG DES § 31 ABS. 6 GMBHG IN KONZERNKONSTELLATIONEN	108
2.3.2.2.2	HAFTUNG DES GESCHÄFTSFÜHRERS WEGEN EINES VERSTOßES GEGEN § 30 ABS. 1 GMBHG GEMÄß § 43 ABS. 3 GMBHG	108
2.3.2.2.2.1	HAFTUNGSVORAUSSETZUNGEN	108
2.3.2.2.2.2	HAFTUNGSAUSSCHLUSS GEMÄß § 43 ABS. 3 S. 3 GMBHG	109
2.3.2.2.2.3	GELTENDMACHUNG DES ANSPRUCHS	110
2.3.2.2.2.4	GELTUNG DES § 43 ABS. 3 GMBHG IN KONZERNKONSTELLATIONEN	110
2.3.2.2.3	HAFTUNG DES GESCHÄFTSFÜHRERS WEGEN EINES VERSTOßES GEGEN DIE SORGFALTPFLICHTEN NACH § 43 ABS. 1 GMBHG GEMÄß § 43 ABS. 2 GMBHG	110
2.3.2.2.3.1	HAFTUNGSVORAUSSETZUNGEN	110
2.3.2.2.3.2	GELTENDMACHUNG DES ANSPRUCHS	111
2.3.2.2.3.3	GELTUNG DES § 43 ABS. 2 IN KONZERNKONSTELLATIONEN	112
2.3.2.2.4	SCHADENSERSATZPFLICHT DES GESCHÄFTSFÜHRERS IM VERTRAGSKONZERN WEGEN VERLETZUNG DER SORGFALTPFLICHT GEMÄß § 310 AKTG ANALOG	112
2.3.2.2.5	HAFTUNG DES GESCHÄFTSFÜHRERS WEGEN ZAHLUNGEN NACH EINTRITT DER ZAHLUNGSUNFÄHIGKEIT ODER NACH FESTSTELLUNG DER ÜBERSCHULDUNG DER GESELLSCHAFT GEMÄß § 64 ABS. 2 GMBHG	112
2.3.2.2.5.1	HAFTUNGSVORAUSSETZUNGEN	112
2.3.2.2.5.2	HAFTUNGSAUSSCHLUSS GEMÄß § 64 ABS. 2 S. 2 GMBHG	114
2.3.2.2.5.3	GELTENDMACHUNG DES ANSPRUCHS	114
2.3.2.2.5.4	GELTUNG DES § 64 ABS. 2 GMBHG IN KONZERNKONSTELLATIONEN	114
2.3.2.2.6	HAFTUNG DES GESCHÄFTSFÜHRERS WEGEN VORSÄTZLICHER SITTENWIDRIGER SCHÄDIGUNG GEMÄß § 826 BGB	114
2.3.2.2.7	HAFTUNG DES GESCHÄFTSFÜHRERS WEGEN DES VERSTOßES GEGEN EIN SCHUTZGESETZ GEMÄß § 823 ABS. 2 BGB	115
2.3.2.2.8	KEINE HAFTUNG DES GESCHÄFTSFÜHRERS WEGEN VERLETZUNG DER PFLICHTEN AUS DEM ANSTELLUNGSVERTRAG GEMÄß § 280 ABS. 1 BGB	115
2.3.2.2.9	KEINE HAFTUNG DES GESCHÄFTSFÜHRERS NACH DEN GRUNDSÄTZEN ÜBER DEN MISSBRAUCH DER VERTRETUNGSMACHT	115
2.4	VERGLEICH DER RECHTSLAGE IM ZUSAMMENHANG MIT „UPSTREAM SECURITIES“ NACH DEUTSCHEM UND NACH SCHWEDISCHEM ZIVILRECHT	117
3.	<u>TEIL II: MÖGLICHE STRAFRECHTLICHE FOLGEN FÜR EINEN GESCHÄFTSFÜHRENDEN DIREKTOR EINER SCHWEDISCHEN AB, EIN VORSTANDSMITGLIED EINER AG UND EINEN GESCHÄFTSFÜHRER EINER GMBH IM ZUSAMMENHANG MIT DER GEWÄHRUNG VON „UPSTREAM SECURITIES“ IM KONZERN</u>	120
3.1	„UPSTREAM SECURITIES“ UND DAS SCHWEDISCHE STRAFRECHT	120
3.1.1	STRAFBARKEIT WEGEN VERSTOß GEGEN EIN DARLEHENS- UND SICHERHEITSVERBOT IM SINNE DES KAPITELS 12, § 7 ABL GEMÄß KAPITEL 19, § 1 NR. 4 ABL	120

3.1.2	STRAFBARKEIT WEGEN TREULOSIGKEIT GEGENÜBER DEM GESCHÄFTSHERRN GEMÄß KAPITEL 10, § 5 DES SCHWEDISCHEN STRAFGESETZBUCHES (SCHWEDISCH: „BROTTSBALKEN“, BRB)	121
3.1.3	STRAFTATEN GEGEN GLÄUBIGER GEMÄß KAPITEL 11 BRB	123
3.1.3.1	STRAFBARKEIT WEGEN UNREDLICHKEIT GEGENÜBER GLÄUBIGERN GEMÄß KAPITEL 11, § 1 ABS. 1 BRB	123
3.1.3.2	STRAFBARKEIT WEGEN NACHLÄSSIGKEIT GEGENÜBER GLÄUBIGERN GEMÄß KAPITEL 11, § 3 ABS. 1 BRB	125
3.1.3.3	KEINE STRAFBARKEIT WEGEN GLÄUBIGERBEGÜNSTIGUNG GEMÄß KAPITEL 11, § 4 ABS. 1 BRB	128
3.2	„UPSTREAM SECURITIES“ UND DAS DEUTSCHE STRAFRECHT	129
3.2.1	STRAFBARKEIT WEGEN UNTREUE GEMÄß § 266 ABS. 1 STRAFGESETZBUCH (STGB)	129
3.2.2	KEINE STRAFBARKEIT WEGEN BANKROTT GEMÄß §§ 283, 14 ABS. 1 NR. 1 STGB	132
3.2.3	KEINE STRAFBARKEIT WEGEN GLÄUBIGERBEGÜNSTIGUNG GEMÄß § 283C STGB	133
3.3	VERGLEICH DER RECHTSLAGE IM ZUSAMMENHANG MIT „UPSTREAM SECURITIES“ NACH DEUTSCHEM UND NACH SCHWEDISCHEM STRAFRECHT	135
4.	<u>TEIL III: MÖGLICHKEITEN DER LEGALEN GESTALTUNG VON „UPSTREAM SECURITIES“ UNTER VERMEIDUNG HAFTUNGSRECHTLICHER FOLGEN FÜR GESCHÄFTSFÜHRER DER SICHERUNGSGEBENDEN GESELLSCHAFT</u>	137
4.1	MÖGLICHKEITEN DER LEGALEN GESTALTUNG VON „UPSTREAM SECURITIES“ NACH SCHWEDISCHEN RECHT	137
4.2	MÖGLICHKEITEN DER LEGALEN GESTALTUNG VON „UPSTREAM SECURITIES“ NACH DEUTSCHEM RECHT	139
5.	<u>ABSCHLUSS</u>	140
	<u>ANLAGEN</u>	141
	Anlage 1 – Arbeitsübersetzung der im Rahmen dieser Arbeit relevanten Bestimmungen des schwedischen Aktiengesellschaftsgesetzes Aktiebolagslag (1975:1385)	141
	Anlage 2 – Arbeitsübersetzung der im Rahmen dieser Arbeit relevanten Bestimmungen des schwedischen Jahresabschlussgesetzes Årsredovisningslag (1995:1554)	160
	Anlage 3 – Arbeitsübersetzung der im Rahmen dieser Arbeit relevanten Bestimmungen des schwedischen Strafgesetzbuches Brottsbalk (1962:700)	163
	Anlage 4 – Arbeitsübersetzung der im Rahmen dieser Arbeit relevanten Bestimmungen des schwedischen Schadensersatzgesetzes Skadeståndslag (1972:207)	167
	Anlage 5 – Arbeitsübersetzung der im Rahmen dieser Arbeit relevanten Bestimmungen des schwedischen Vertragsgesetzes Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (avtalslag)	168
	Anlage 6 – Arbeitsübersetzung der im Rahmen dieser Arbeit relevanten Bestimmungen des schwedischen Konkursgesetzes Konkurslag (1987:672)	169

Anlage 7 – Arbeitsübersetzung der im Rahmen dieser Arbeit relevanten Bestimmungen des schwedischen Verjährungsgesetzes Preskriptionslag (1981:130) **170**

LITERATURVERZEICHNIS **171**

1. EINLEITUNG

1.1 Hintergrund

1.1.1 Die Länderauswahl

Deutschland ist der größte Handelspartner des Nordens¹. Aus diesem Grunde liegt es nahe, im Zusammenhang mit der Untersuchung und Darstellung eines bestimmten Bereichs des deutschen Wirtschaftsrechts auch die Rechtslage eines der nordischen Länder in diesem Bereich zu untersuchen und darzustellen. Für die Untersuchungen im Rahmen dieser Arbeit wurde Schweden als das nordische Land, das im Wirtschaftsverkehr mit Deutschland die größte Rolle spielt², ausgewählt.

Damit ist die vorliegende Untersuchung nicht nur ein Beitrag zur deutschen sondern auch zur schwedischen Rechtswissenschaft.

1.1.2. Der Gegenstand dieser Arbeit

Gegenstand dieser Arbeit ist die Haftung von geschäftsführenden Personen für so genannte „upstream securities“, eine besondere Form der Kreditbesicherung in Konzernen.

Sowohl in Deutschland als auch in Schweden ist der Konzern die häufigste Organisationsform für Unternehmensverbindungen nicht nur für Großunternehmen sondern auch für mittelständische Unternehmen³.

Die einzelnen Konzerngesellschaften sind zwar auch in der Unternehmensverbindung in der Form des Konzerns noch selbständige juristische Personen, die trotz ihrer wirtschaftlichen Einheit jede ihr eigenes Vermögen, ihre eigenen Schulden und unter Umständen auch ihre eigene Insolvenz haben⁴. Die grundlegenden Entscheidungen zur Regelung des Finanzbedarfs des Konzerns finden indes in der Praxis zumeist auf

¹ Zum Norden zählen Dänemark und Island, Finnland, Norwegen und Schweden.

² Quelle: Rangfolge der Handelspartner im Außenhandel der Bundesrepublik Deutschland 2003, Statistisches Bundesamt, Wiesbaden 2004, <http://www.destatis.de/download/d/aussh/rang2.pdf>.

³ Siehe zur Situation in Deutschland mit weiteren Nachweisen *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* in Konzernrecht, S. 4; für Schweden siehe *Johansson* in Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag, S. 306.

⁴ Für Deutschland siehe *Maier-Reimer* in Handbuch der Konzernfinanzierung, S. 486f Rdnr. 16.3; für Schweden siehe *Johansson* in Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag, S. 306 und *Tropp Ellerås/Folkesson* in Balans 1986, Nr. 2, S. 36.

zentraler Ebene statt. Dieses so genannte Cash-Management soll einen effizienten Umgang mit den Finanzmitteln in der gesamten Unternehmensgruppe gewährleisten⁵.

Da die Praxis der Kreditbesicherung mit „upstream securities“ in diesem System des Cash-Managements im Konzern fest verankert ist, wie sich im Folgenden zeigen wird, werden an dieser Stelle in aller Kürze die in der Praxis üblichen, verschiedenen Finanzierungsmodelle des Cash-Managements dargestellt.

Eine Möglichkeit der zentralen Konzernfinanzierung ist das so genannte Cash-Pooling. Dabei werden die Konten der verschiedenen Unternehmen im Konzern derart zusammengefasst, dass täglich die Salden der einzelnen Konten auf ein zentrales Konto, das so genannte Konzentrationskonto, gebucht und so die Salden der Konten der einzelnen Unternehmen intern ausgeglichen werden⁶. Der Vorteil des Cash-Poolings besteht darin, dass sich auf dem Konzentrationskonto der Netto-Liquiditätssaldo des gesamten Konzerns befindet und somit eine zentrale Kreditlinie zu den günstigsten Marktkonditionen in Höhe des jeweiligen tatsächlichen Bedarfs der Gruppe gezogen werden kann, ohne dass jedes einzelne Unternehmen sich um einen eigenen externen Kredit bemühen muss⁷.

Eine andere Möglichkeit ist die Ausnutzung des so genannten Durchleitungseffekts. Dabei deckt der Konzern seinen Finanzbedarf zentral über einen Kredit an eine der Konzerngesellschaften, häufig eine Holdinggesellschaft, und leitet sodann die aufgenommenen Mittel konzernintern an die anderen Unternehmen weiter. Dieser Durchleitungseffekt bringt zum einen den Vorteil der besseren Planbarkeit und Kontrolle des Finanzbedarfs der Gruppe, zum anderen Einsparungen bei der Finanzbuchhaltung sowie bessere Konditionen bei der Darlehensaufnahme mit sich.

Auch ist es möglich, dass der Konzern als Unternehmensverbund einen so genannten Verbundkredit aufnimmt. Dieser Verbundkredit wird von einem externen Darlehensgeber an den gesamten Konzern vergeben, wobei alle Konzernunternehmen dem Darlehensgeber gemeinsam als Gesamtschuldner für die Rückzahlung des Kredits

⁵ Siehe *Maier-Reimer* in Handbuch der Konzernfinanzierung, S. 485 Rdnr. 16.1; *Wehlen* in Handbuch der Konzernfinanzierung, S. 746 Rdnr. 23.1.

⁶ *Wehlen* in Handbuch der Konzernfinanzierung, S. 757 Rdnr. 23.28; *Sieger/Hasselbach* in BB 1999, S. 645.

⁷ *Wehlen* in Handbuch der Konzernfinanzierung, S. 757 Rdnr. 23.28; *Hormuth* in Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, S. 56.

in seiner gesamten Höhe haften, unabhängig davon, welche Gesellschaft im Einzelnen den Kredit in welcher Höhe in Anspruch genommen hat. Der Vorteil dieser Finanzierungsgestaltung ist, dass es der Mehrzahl der Konzerngesellschaften möglich ist, die eröffnete Kreditlinie direkt in Anspruch zu nehmen, ohne dass eine konzerninterne Weiterleitung der Mittel erforderlich ist⁸.

Im Rahmen von Unternehmenskäufen wird häufig eigens zum Zweck der Finanzierung der Übernahme des Zielunternehmens eine neue Gesellschaft gegründet, die die nötigen Finanzmittel als Darlehen bei einer Bank aufnimmt⁹, oder es werden die zum Anteilserwerb benötigten Geldmittel durch das Zielunternehmen selbst in Form von Darlehen an das übernehmende Unternehmen zur Verfügung gestellt¹⁰.

Keines dieser Modelle zur Konzernfinanzierung löst jedoch das grundsätzliche Problem, dass einerseits der Darlehensgeber zwar zur Besicherung eines Darlehens Sicherheiten verlangt, das darlehensnehmende Unternehmen selbst aber aus den verschiedensten Gründen häufig nicht über ausreichende Sicherheiten verfügt:

So besteht das Vermögen einer Holding sowie eines eigens zum Erwerb eines Zielunternehmens gegründeten Unternehmens zumeist im Wesentlichen aus Anteilen an den Tochterunternehmen bzw. dem Zielunternehmen und, jedenfalls im Falle der Holding, aus Rückzahlungsansprüchen aus konzernintern vergebenen Darlehen. Die Anteile des darlehensnehmenden Unternehmens an dem Ziel- bzw. den Tochterunternehmen könnten zwar an den Darlehensgeber verpfändet oder sicherungsweise abgetreten werden, jedoch wird eine solche Besicherung für den Darlehensgeber zumeist wertlos sein. Ein Darlehen an die Holdinggesellschaft wird zumeist aus den Erträgen bedient, die die operativ tätige Tochter- oder Zielgesellschaft erwirtschaftet, so dass Zahlungsschwierigkeiten der Holdinggesellschaft stets darauf hindeuten, dass sich auch die operierenden Ziel- bzw. Tochterunternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befinden. Nur selten geht es allein dem darlehensnehmenden Unternehmen wirtschaftlich schlecht, vielmehr erfasst eine wirtschaftliche Krise zumeist den gesamten Konzern.

⁸ *Früh* in GmbHR 2000, 106.

⁹ *Hölters* in Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs, S. 26 Rdnr. 53.

¹⁰ *Schneider* in Festschrift für Döllerer, S. 538ff; *Koppensteiner* in ZHR 155, S. 104f; *Lutter/Wahlers* in AG 1989, S. 14; *Harbers* in Zivilrechtliche Probleme beim Management Buy-Out, S. 178ff; *Schön* in ZHR 159, S. 354.

Wenn von einer wirtschaftlichen Krise neben der darlehensnehmenden Konzerngesellschaft demnach in aller Regel auch die jeweiligen Tochter- oder Zielunternehmen betroffen sind, sind die an den Darlehensgeber verpfändeten oder sicherungsweise abgetretenen Anteile an den jeweiligen Tochter- bzw. Zielunternehmen im Sicherungsfall aber tatsächlich kaum zu verwerten¹¹: der Wert der Beteiligungen an den jeweiligen Tochterunternehmen kann nämlich erst dann realisiert werden, wenn sämtliche Gläubiger des jeweiligen Tochterunternehmens befriedigt sind¹². Der Darlehensgeber ist demnach gegenüber den Gläubigern des jeweiligen Tochterunternehmens stets nachrangig zu bedienen. Im Insolvenzfall können allerdings zumeist schon nicht alle Gläubiger des Tochterunternehmens befriedigt werden, so dass der Darlehensgeber als Gläubiger des darlehensnehmenden Unternehmens gar nicht mehr zum Zuge kommen wird, obwohl er möglicherweise - im Fall der konzerninternen Weiterleitung der Darlehensmittel jedenfalls mittelbar - zur Finanzierung des jeweiligen Tochterunternehmens nicht unerheblich beigetragen hat.

Auch die Rückzahlungsansprüche aus konzernintern vergebenen Darlehen können zwar an den Darlehensgeber abgetreten werden, jedoch werden sie zumeist nach den Regeln über die kapitalersetzenden Darlehen als Eigenkapitalersatz der jeweiligen Tochterunternehmen zu qualifizieren sein. Damit ist der Darlehensgeber auch in diesen Fällen gegenüber den Gläubigern der Tochterunternehmen nur nachrangig zu bedienen¹³.

Die Gläubiger der jeweiligen Ziel- bzw. Tochterunternehmen werden also in beiden Fällen vorrangig gegenüber denen des darlehensnehmenden Unternehmens berücksichtigt, so dass der Anspruch des Darlehensgebers im Fall der Abtretung der Rückzahlungsansprüche aus konzernintern vergebenen oder weitergeleiteten Darlehen an den Darlehensgeber ebenso wertlos ist wie im Fall der Abtretung oder Verpfändung der Anteile des darlehensnehmenden Unternehmens an den jeweiligen Ziel- oder Tochterunternehmen an ihn.

Somit besteht ein berechtigtes Interesse des Darlehensgebers, zumeist einer Bank, im Falle der Kreditvergabe an eine Konzerngesellschaft auch solche anderen

¹¹ *Früh* in GmbHR 2000, 106.

¹² *Maier-Reimer* in Handbuch der Konzernfinanzierung, S. 489 Rdnr. 16.9.

¹³ *Maier-Reimer* in Handbuch der Konzernfinanzierung, S. 489 Rdnr. 16.8; *Hommelhoff* in WM 1984, S. 1106f.

Konzerngesellschaften in die Haftung bzw. Sicherung des Darlehens direkt mit einzubeziehen, die selbst nicht unmittelbare Darlehensnehmer sind. Durch diese direkte Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen anderer Konzernunternehmen im Sicherungsfall wird nicht zuletzt das Problem der nachrangigen Bedienung gegenüber anderen Gläubigern des jeweiligen sicherungsgebenden Unternehmens überwunden.

Ausgehend von diesem praktisch bedeutsamen Sicherheitsbedürfnis der Darlehensgeber sind in diesem Zusammenhang drei Arten von Sicherheiten zu unterscheiden: zum einen die „downstream securities“, die von einer Muttergesellschaft zugunsten einer darlehensnehmenden Tochter- oder Enkelgesellschaft gestellt werden, zum anderen die „crosstream securities“, die von einer Konzerngesellschaft zugunsten einer darlehensnehmenden Schwestergesellschaft gestellt werden, und schließlich die im Zentrum dieser Arbeit stehenden „upstream securities“, die von einer Tochter- oder Enkelgesellschaft zur Sicherung eines Darlehens gewährt werden, das ihre Muttergesellschaft in Anspruch nimmt¹⁴.

Für die Gewährung solcher Sicherheiten verantwortlich zeichnen die jeweiligen geschäftsführenden Organe der jeweils sicherungsgebenden Gesellschaft¹⁵. Dabei setzen sich diese Geschäftsführer möglicherweise einem nicht unerheblichen persönlichen Haftungsrisiko sowohl in zivil- als auch in strafrechtlicher Hinsicht aus.

1.2 Problematik

Trotz der hohen praktischen Bedeutung von „upstream securities“ im deutschen wie im schwedischen Wirtschaftsleben¹⁶ sind den Geschäftsführern die damit unter Umständen für sie auch persönlich verbundenen Risiken häufig nicht hinlänglich bekannt.

Der BGH hat sich zwar mehrfach mit der Frage der Sittenwidrigkeit von „upstream securities“ befasst¹⁷, die im Zusammenhang mit Haftungsfragen im Konzern getroffenen Entscheidungen des BGH betreffen aber zumeist allein Fragen der Haftung der Muttergesellschaft für Verbindlichkeiten einer Tochtergesellschaft (sog.

¹⁴ Vgl. *Bastuck* in *WM* 2000, 1091f und *Kühbacher*, S. 3.

¹⁵ Im Rahmen allgemeiner Erläuterungen in dieser Arbeit wird der Begriff des Geschäftsführers aus rein praktischen Erwägungen als Bezeichnung für den Geschäftsführer einer GmbH ebenso wie für das Vorstandsmitglied einer AG und den geschäftsführenden Direktor (schwedisch: „verkställande direktör“, VD) einer schwedischen Aktiengesellschaft (schwedisch: „aktiebolag“, AB) verwendet.

¹⁶ *Fuhrmann* in *GmbH-Handbuch I*, Rdnr. 2376; *Merkel* in *Bankrechts-Handbuch*, § 98 Rdnr. 186; *Hüffer* in *Gesellschaftsrecht*, S. 351; *Kühbacher*, S. 36.

¹⁷ Siehe statt aller nur die Entscheidung BGHZ 138, S. 291.

Konzernhaftung) oder konzerninterne Ausgleichspflichten¹⁸, nicht jedoch konkret die Frage einer Geschäftsführerhaftung. Auch das schwedische Höchste Gericht (schwedisch: „Högsta Domstolen“, HD) hatte bislang zwar Gelegenheit, sich zur Frage der Qualifizierung solcher Sicherheiten als verdeckte Auszahlungen und den damit verbundenen Folgen für die Gesellschaft und ihre Gläubiger zu äußern¹⁹. Die Fragen einer Geschäftsführerhaftung, insbesondere der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Geschäftsführern, waren bislang indes nicht Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung und sind daher insofern noch unbeantwortet.

Auch die Literatur hat sich in beiden Ländern bislang nur ausschnittsweise mit den Problemen auseinandergesetzt, die im Zusammenhang mit „upstream securities“ aufkommen können. Das Schwergewicht in der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur in diesem Zusammenhang liegt auf den möglichen Risiken einerseits für eine sicherungsgebende GmbH und andererseits für den Darlehensgeber, wohingegen die Fragen um eine mögliche Geschäftsführerhaftung ebenso wenig Beachtung finden wie die Situation in einem Aktiengesellschaftskonzern²⁰. In Schweden hat sich neben der kommentierenden Literatur und einigen Aufsätzen²¹ allein *Andersson*²² eingehender mit den Fragen der Besicherung von Konzernkrediten durch „upstream securities“ befasst. Auch hier blieb jedoch die hochbedeutende Frage einer Geschäftsführerhaftung größtenteils unbeantwortet.

Einerseits wirtschaften also Darlehensgeber und Konzerne tatsächlich mit dem Sicherungsmittel der „upstream securities“, andererseits herrschen aber nach wie vor rechtliche Unsicherheiten auf diesem Gebiet. Dies ist insbesondere für die Geschäftsführer der sicherungsgebenden Unternehmen ein denkbar unglücklicher Zustand, da zwar die Darlehensgeber von ihnen die Bereitstellung solcher Sicherheiten durch ihre Gesellschaft verlangen, sie selbst sich dadurch aber möglicherweise persönlich haftbar machen, sei es gegenüber ihrer Gesellschaft, deren Gesellschaftern oder den Gläubigern ihrer Gesellschaft (und damit auch dem Darlehensgeber). Sie bewegen sich daher auf nicht ganz unproblematischem Terrain.

¹⁸ Siehe nur BGHZ 95, 330 (Autokran); BGHZ 115, 187 (Video); BGHZ 122, 123 (TBB); BGHZ 149, 10 (Bremer Vulkan).

¹⁹ Siehe nur NJA 1980, S. 311 (Sveton) und NJA 1999, S. 426.

²⁰ Siehe nur *Kleffner*, Erhaltung des Stammkapitals nach §§ 30,31 GmbHG; *Kühbacher*, Darlehen an Konzernunternehmen- Besicherung und Vertragsanpassung; *Sotiropoulos*, Kredite und Kreditsicherheiten der GmbH zugunsten ihrer Gesellschafter und nahe stehender Dritter.

²¹ Siehe nur *Grosskopf* in SN 1993, S. 109; *Kleineman* in JT 1997/98, S. 707.

²² *Andersson*, Kapitalskyddet i aktiebolag.

Grundsätzlich bestehen im Zusammenhang mit „upstream securities“ zwei eng miteinander verknüpfte Problemkreise, die im Rahmen dieser Arbeit untersucht werden:

- Problemkreis 1:
Sind „upstream securities“ (gesellschafts-)rechtlich überhaupt zulässig?
- Problemkreis 2:
Was ist die Folge einer eventuellen (gesellschafts-)rechtlichen Unzulässigkeit einer „upstream security“? Welchen zivil- und strafrechtlichen Konsequenzen muss sich ein Geschäftsführer einer sicherungsgebenden Gesellschaft in diesem Zusammenhang ausgesetzt sehen?

1.3 Zielsetzung

Ziel dieser Arbeit ist es, die Rechtslage nach schwedischem sowie nach deutschem Recht hinsichtlich der angesprochenen Problemkreise zu untersuchen und darzustellen, wobei im Zentrum der Bearbeitung die Klärung der Frage stehen soll, welchen zivilrechtlichen und strafrechtlichen Folgen ein Geschäftsführer einer sicherungsgebenden Konzerngesellschaft im Zusammenhang mit „upstream securities“ ausgesetzt sein kann und wie diese Folgen möglicherweise vermieden werden können.

1.4 Grenzziehung

Diese Arbeit befasst sich ausschließlich mit den oben angesprochenen Problemfeldern im Bereich der „upstream securities“ in den Fällen einer Fremdgeschäftsführung. Die Besonderheiten in Fällen einer Gesellschafter-Geschäftsführung bleiben dagegen außer Betracht.

„Downstream“ und „crosstream securities“ sind ebenso wenig Thema dieser Arbeit wie „upstream securities“ zwischen einer Enkel- und ihrer Muttergesellschaft.

Die Fragen der so genannten Konzernhaftung, also der Haftung von Muttergesellschaften für Verbindlichkeiten ihrer Tochter- oder Enkelgesellschaften, die

in Rechtsprechung und Literatur hinreichend Beachtung finden, sind nicht Gegenstand dieser Untersuchung²³.

Die steuer- und steuerstrafrechtlichen Fragestellungen, die im Zusammenhang mit „upstream securities“ auftauchen, werden im Rahmen dieser Ausführungen nicht bearbeitet²⁴. Auch das Recht der Ordnungswidrigkeiten bleibt außer Betracht²⁵.

Bei der Untersuchung der Rechtslage nach deutschem Recht beschränkt sich die Arbeit auf Konzerne, die Unternehmensverbindungen ausschließlich aus Aktiengesellschaften (AG) sowie ausschließlich aus Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) sind. Im Rahmen der Untersuchung zum schwedischen Recht beschränkt sich die Untersuchung auf Konzerne, die ausschließlich aus verbundenen Aktiengesellschaften (schwedisch: „aktiebolag“, AB) bestehen. Die hier ausgewählten Unternehmensformen sind die in Deutschland bzw. Schweden wirtschaftlich wichtigsten Formen der Kapitalgesellschaften, zumal in Konzernen²⁶.

Es wird allein die Rechtslage für rein schwedische sowie rein deutsche Konzerne in dieser Arbeit Beachtung finden, so dass multinationale Konzerne hier unberücksichtigt bleiben.

1.5 Aufbau

Daraus, dass im Rahmen dieser Arbeit neben einer Untersuchung des deutschen Rechts auch eine Auseinandersetzung mit dem in der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur weitgehend unbekanntem schwedischen Recht erfolgen soll, könnten sich unter Umständen sprachliche Missverständnisse und Verständnisprobleme ergeben. Um dem vorzubeugen, werden noch im Rahmen der Einleitung zunächst die zentralen Begrifflichkeiten und Strukturen in der schwedischen sowie in der deutschen Aktiengesellschaft und in der GmbH in aller Kürze erläutert. Darauf folgen, ebenfalls

²³ Siehe dazu BGHZ 115, 187 (Video); *Drüke*, Die Haftung der Muttergesellschaft für Schulden der Tochtergesellschaft; *Schmidt* in ZIP 1991, S. 1325; *Koppensteiner* in Ulmer, Probleme des Konzernrechts, S. 87.

²⁴ Siehe dazu für Schweden *Grosskopf* in SN 1993, S. 109.

²⁵ Siehe dazu für das deutsche GmbH-Recht *Jula*, Die Haftung von GmbH-Geschäftsführern und Aufsichtsräten.

²⁶ Für Deutschland siehe dazu *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* in Konzernrecht, S. 4; *Raiser* in Recht der Kapitalgesellschaften, § 5 Rdnr. 1; *Sonnenhol/Groß* in ZHR 159, S. 395; für Schweden siehe *Hemström* in Bolagens rättsliga ställning, S. 35 sowie *Johansson* in Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag, S. 306.

primär zur Vermeidung begrifflicher Missverständnisse und daher entsprechend knapp gehalten, klarstellende Definitionen zum grundlegenden Begriff des Konzerns nach schwedischem sowie nach deutschem Recht.

In Teil I der Arbeit werden die zivilrechtlichen Fragen der Zulässigkeit der „upstream securities“ sowie der Haftung der Geschäftsführer der sicherungsgebenden Gesellschaft für diese Sicherheiten untersucht, wobei zunächst die Untersuchung nach schwedischem und sodann nach deutschem Recht erfolgt.

Teil II der Arbeit wendet sich der Frage der strafrechtlichen Haftung eines Geschäftsführers einer sicherungsgebenden Gesellschaft für „upstream securities“ zu. Auch hier wird zunächst die Rechtslage nach schwedischem und anschließend nach deutschem Recht dargestellt.

Abschließend folgt eine Zusammenfassung der Ergebnisse der Untersuchung.

1.6 Die Gesellschaftsstrukturen in der schwedischen Aktiengesellschaft sowie in der deutschen AG und GmbH

In diesem Abschnitt 1.6 werden zur Klarstellung der im Rahmen dieser Arbeit verwendeten Begrifflichkeiten und zur Vermeidung von Missverständnissen und Verständnisproblemen die Strukturen in der schwedischen Aktiengesellschaft sowie in der deutschen AG und GmbH kurz erläutert.

1.6.1 Die Gesellschaftsstrukturen in der schwedischen Aktiengesellschaft

Die schwedische Aktiengesellschaft (schwedisch: „aktiebolag“, AB) und der Aktiengesellschaftskonzern sind maßgeblich im Aktiengesellschaftsgesetz (schwedisch: „aktiebolagslagen“, ABL) von 1975 geregelt, das 1977 in Kraft trat. Das ABL ist das fünfte schwedische Gesetz auf dem Gebiet des Aktiengesellschaftsrechts und wurde seit seinem Inkrafttreten mehrfach geändert und modernisiert.

Seit 1995 sind die schwedischen AB nach dem ABL einzuteilen in einerseits so genannte „privata“ AB und andererseits so genannte „publika“ AB, also Publikums-

AB²⁷. Diese unterscheiden sich dadurch, dass „publika“ AB mit der Absicht gegründet werden, die Aktien an der Börse oder einem vergleichbar organisierten Markt, also für die Allgemeinheit zugänglich, zu handeln, wohingegen bei den „privata“ AB diese Absicht des Publikumshandels gerade nicht besteht. Die Vorschriften des schwedischen Aktiengesellschaftsgesetzes ABL gelten, sofern sich nicht ausdrücklich etwas Anderes ergibt, für beide Formen der AB gleichermaßen²⁸. Auf die einzelnen, nur für „publika“ AB geltenden Sonderregelungen, wird im Rahmen dieser Arbeit im entsprechenden Zusammenhang eingegangen.

In der schwedischen AB gibt es grundsätzlich vier Organe: die Hauptversammlung der Aktionäre (schwedisch: „bolagsstämma“), die beiden Leitungsorgane Verwaltungsrat (schwedisch: „styrelse“) und geschäftsführender Direktor (schwedisch: „verkställande direktör“, VD) sowie daneben den Wirtschaftsprüfer (schwedisch: „revisor“).

Das höchste Organ der AB ist die Hauptversammlung. Sie hat Entscheidungsgewalt in sämtlichen Angelegenheiten der Gesellschaft, die nicht per Gesetz oder Satzung in die ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Organs fallen²⁹.

Der Verwaltungsrat und der geschäftsführende Direktor sind die Geschäftsführungsorgane der Gesellschaft und vertreten diese nach außen³⁰. Gemäß Kapitel 8, § 3 Abs. 1 ABL ist der Verwaltungsrat, der aus mindestens drei von der Hauptversammlung berufenen Mitgliedern besteht³¹, für die Organisation und Geschäftsführung der Gesellschaft verantwortlich, wobei er sich nach den Vorgaben der Hauptversammlung zu richten hat³². Der geschäftsführende Direktor ist für die laufenden Geschäfte zuständig und folgt dabei den Richtlinien und Anweisungen des Verwaltungsrates³³.

Die pflichtgemäße Aufgabenerfüllung durch die Leitungsorgane sowie die Wahrung der Interessen der Minderheitsaktionäre wird wiederum durch den Wirtschaftsprüfer überwacht, zu dessen Pflichten außerdem die Kontrolle des Jahresabschlusses und der

²⁷ Kapitel 1, § 2 S. 1 ABL.

²⁸ Kapitel 1, § 2 S. 2 ABL.

²⁹ *Rodhe* in *Aktiebolagsrätt*, S. 165.

³⁰ Kapitel 8, §§ 29 und 30 ABL.

³¹ Kapitel 8, §§ 1 und 6 ABL; in „publika“ AB müssen es mindestens drei Mitglieder sein, in „privata“ AB genügt auch ein Mitglied und ein Stellvertreter.

³² Dies folgt aus Kapitel 8, § 34 Abs. 2 ABL; siehe dazu auch *Johansson* in *Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag*, S. 117.

³³ Kapitel 8, § 25 Abs. 1 ABL.

Buchführung gehört³⁴. In der Erfüllung seiner Aufgaben untersteht er allein den Anweisungen der Hauptversammlung³⁵. In jeder AB muss es mindestens einen Wirtschaftsprüfer geben³⁶.

Seit dem 1. Januar 1999 gelten für die Leitungsstrukturen von „publika“ und „privata“ AB insofern unterschiedliche Regelungen, als dass allein die „publika“ AB zwingend eine zweigeteilte Leitungsstruktur mit Verwaltungsrat auf der einen und geschäftsführendem Direktor auf der anderen Seite aufweisen müssen³⁷. In den „privata“ AB ist nur ein Leitungsorgan notwendig: der Verwaltungsrat. Jedoch dürfen auch „privata“ AB einen geschäftsführenden Direktor haben³⁸. Niemals aber darf es in einer AB, und dies gilt für „privata“ ebenso wie für „publika“ AB, mehr als einen geschäftsführenden Direktor geben³⁹.

1.6.2 Die Gesellschaftsstrukturen in der deutschen AG

Das Aktiengesetz (AktG) vom 6. September 1965, in dem die Rechtsverhältnisse der deutschen Aktiengesellschaften (AG) und ihrer Konzerne geregelt sind, wurde mehrfach, vor allem durch Anpassungen an das Recht der Europäischen Gemeinschaften, abgeändert und modernisiert⁴⁰.

Seit jeher hat die AG drei gesetzlich vorgesehene Organe: den Vorstand, den Aufsichtsrat und die Hauptversammlung.

Der Vorstand hat die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten⁴¹ und ist das alleinige Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan⁴². Er kann aus einer oder mehreren Personen bestehen⁴³.

Der Aufsichtsrat, der sich aus mindestens drei Vertretern der Aktionäre und der Arbeitnehmer der Gesellschaft zusammensetzt⁴⁴, hat vor allem als Kontrollorgan die

³⁴ Kapitel 10, § 3 ABL.

³⁵ Kapitel 10, § 4 ABL.

³⁶ Kapitel 10, § 1 ABL.

³⁷ Kapitel 8, § 1 Abs. 1 S. 1 und § 23 S. 1 ABL.

³⁸ Kapitel 8, § 1 Abs. 1 und § 23 S. 2 ABL.

³⁹ *Rodhe* in *Aktiebolagsrätt*, S. 168.

⁴⁰ Zuletzt durch das Transparenz- und Publizitätsgesetz vom 19.07.2002, BGBl. I 2681.

⁴¹ § 76 Abs. 1 AktG.

⁴² §§ 77, 78 AktG.

⁴³ § 76 Abs. 2 AktG; bei AGen mit einem Grundkapital von mehr als drei Millionen Euro muss der Vorstand indes vorbehaltlich einer abweichenden Satzungsbestimmung aus mindestens zwei Personen bestehen, § 76 Abs. 2 AktG.

Geschäftsführung des Vorstandes zu überwachen⁴⁵. Indes können dem Aufsichtsrat selbst keine Aufgaben der Geschäftsführung übertragen werden⁴⁶.

Der Hauptversammlung der Aktionäre kommt keine umfassende Zuständigkeit zu und sie beschließt nur in den im Gesetz und in der Satzung ausdrücklich bestimmten Fällen⁴⁷. Ihr Wirkungskreis beschränkt sich im Wesentlichen auf Fragen, die mit dem wirtschaftlichen und rechtlichen Aufbau der Gesellschaft zusammenhängen.

1.6.3 Die Gesellschaftsstrukturen in der GmbH

Die Gesellschaftsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) im deutschen Recht ist dem schwedischen Recht unbekannt. Sie wurde als Rechtsform ohne historisches Vorbild durch das GmbH-Gesetz (GmbHG) von 1892 geschaffen. Zwar bildet dieses nach wie vor das Grundgerüst für das heute geltende GmbHG und damit den gesetzlichen Rahmen für die GmbH⁴⁸, doch wurde auch dieses Gesetz inzwischen mehrfach reformiert⁴⁹.

Die GmbH ist eine Kapitalgesellschaft, die in mancherlei Hinsicht jedoch wie eine Personengesellschaft ausgestaltet ist. Die Gesellschafter haften indes nicht persönlich für die Verbindlichkeiten der GmbH, sondern es haftet allein die Gesellschaft als juristische Person mit ihrem Gesellschaftsvermögen⁵⁰. Die Gesellschafter sind an diesem Gesellschaftsvermögen mit so genannten Stammeinlagen beteiligt, die das Stammkapital der Gesellschaft bilden⁵¹.

In der GmbH gibt es mindestens zwei Organe: die Gesamtheit aller Gesellschafter und einen oder mehrere Geschäftsführer. Im Gegensatz zur AG besteht zwischen den Organen keine zwingende Zuständigkeitsabgrenzung, so dass die unternehmerische Leitung grundsätzlich sowohl bei der Gesamtheit der Gesellschafter als auch bei dem oder den Geschäftsführern liegen kann.

⁴⁴ §§ 95, 96 AktG.

⁴⁵ § 111 Abs. 1 AktG.

⁴⁶ § 111 Abs. 4 AktG.

⁴⁷ § 119 AktG.

⁴⁸ *Creifelds* in Rechtswörterbuch, S. 521.

⁴⁹ Zuletzt durch das Transparenz- und Publizitätsgesetz vom 19.07.2002, BGBl. I 2681.

⁵⁰ § 13 Abs. 2 GmbHG.

⁵¹ § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG.

Gemäß § 35 GmbHG sind die Geschäftsführer das Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan der Gesellschaft, sie sind jedoch - anders als der Vorstand einer AG - den Weisungen der Gesellschafter unterworfen. Damit ist die Gesamtheit der Gesellschafter das oberste Organ der GmbH, dessen Zuständigkeit sich gemäß § 45 GmbHG auf alle Angelegenheiten erstreckt, sofern nicht per Gesetz oder Satzung etwas anderes bestimmt ist.

Ein Aufsichtsrat ist für die GmbH, die meist nur wenige Gesellschafter hat, nicht allgemein vorgeschrieben⁵². Nach § 52 GmbHG kann jedoch in der Satzung ein Aufsichtsrat vorgesehen und können seine Aufgaben in dieser festgelegt werden.

1.7 Der Begriff des Konzerns nach schwedischem sowie nach deutschem Recht

In diesem Abschnitt 1.7 wird der Begriff des Konzerns nach schwedischem und nach deutschem Recht kurz definiert, um die im Rahmen dieser Arbeit verwendeten grundlegenden Begrifflichkeiten klarzustellen und Missverständnissen und Verständnisproblemen vorzubeugen.

1.7.1 Der Begriff des Konzerns nach schwedischem Recht

Im schwedischen Recht gibt es mehrere Konzerndefinitionen. Die drei gebräuchlichsten sind im Gesetz über Wirtschaftsvereine (schwedisch: „lagen om ekonomiska föreningar“) sowie in Kapitel 1, § 5 ABL und in Kapitel 1, § 4 Jahresabschlussgesetz (schwedisch: „årsredovisningslagen“, ÅRL) zu finden. Die Definition nach dem Gesetz über Wirtschaftsvereine ist hier unbeachtlich, da sich diese Arbeit ausschließlich mit der Konstellation des schwedischen Aktiengesellschaftskonzerns befasst.

Die Konzerndefinition in Kapitel 1, § 4 ÅRL trat zum 1. Januar 1996 auf der Grundlage der 7. Gesellschaftsrichtlinie (so genannte Konzernabschlussrichtlinie) der Europäischen Kommission⁵³ in Kraft. Für den Bereich der Buchführung war diese

⁵² Nur wenn eine GmbH mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt, muss sie nach § 77 BetrVG einen zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern bestehenden Aufsichtsrat haben; liegt die Zahl der Arbeitnehmer über 2000, so richtet sich die Mitbestimmung nach dem MitbestG.

⁵³ Dokument Nr. 83/349/EWG.

Definition fortan zwingend. In allen anderen Bereichen, unter anderem im Steuerrecht und im Recht der Aktiengesellschaften, konnten die Mitgliedstaaten den Konzernbegriff hingegen nach wie vor frei definieren⁵⁴. Aus „rechtssystematischen und praktischen Gründen“⁵⁵ wurde in Schweden indes im Anschluss an den neuen § 4 in Kapitel 1 ÅRL dessen Konzerndefinition in den heutigen § 5 des ersten Kapitels des ABL eingeführt und somit für das Aktiengesellschaftsrecht verbindlich übernommen. Der Wortlaut dieser beiden Vorschriften ist nahezu identisch und unterscheidet sich lediglich dadurch, dass die Norm des ABL ausschließlich für Aktiengesellschaften gilt, während die Regelung im ÅRL auch für andere Unternehmensformen einschlägig ist. Die Konzerndefinition in Kapitel 1, § 5 Abs. 1 und 4 ABL gilt sowohl für „privata“ als auch für „publika“ AB.

Nach Kapitel 1, § 4 ÅRL und Kapitel 1, § 5 Abs. 1 und 4 ABL ist eine AB Muttergesellschaft und eine andere juristische Person eine so genannte direkte Tochtergesellschaft, also liegt ein so genannter direkter Konzern dann vor, wenn die AB entweder

1. mehr als der Hälfte der Stimmen sämtlicher Aktien oder Anteile an der anderen juristischen Person innehat oder
2. Aktionärin oder Anteilseignerin der anderen juristischen Person ist und aufgrund eines Vertrages mit anderen Aktionären oder Anteilseignern über mehr als die Hälfte der Stimmen sämtlicher Aktien oder Anteile der anderen juristischen Person verfügt oder
3. Aktionärin oder Anteilseignerin der anderen juristischen Person ist und das Recht hat, mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungsrates oder eines anderen, dem Verwaltungsrat entsprechenden Führungsorgans der anderen juristischen Person einzusetzen oder abzusetzen oder
4. Aktionärin oder Anteilseignerin der anderen juristischen Person ist und aufgrund eines Vertrages mit der anderen juristischen Person oder aufgrund einer Vorschrift in deren Satzung, Gesellschaftsvertrag oder damit vergleichbaren Vorschriften das Recht hat, alleine einen beherrschenden Einfluss auf die andere juristische Person auszuüben.

⁵⁴ Rodhe in Aktiebolagsrätt, S. 266.

⁵⁵ Siehe prop. 1995/96:10 Del II, S. 110.

Ein so genannter indirekter Konzern bzw. eine indirekte Tochtergesellschaft liegt nach Kapitel 1, § 4 ÅRL und Kapitel 1, § 5 Abs. 2 bis 4 ABL vor, wenn eine direkte Tochtergesellschaft der AB im Verhältnis zu einer dritten Gesellschaft Muttergesellschaft ist. Es sind sowohl die direkte Tochtergesellschaft als auch die dritte Gesellschaft Tochtergesellschaften der AB, wobei die dritte Gesellschaft eine indirekte Tochtergesellschaft der AB ist. Ein indirekter Konzern liegt ferner dann vor, wenn eine AB eine andere Gesellschaft dadurch beherrscht, dass sie in mehreren Tochtergesellschaften dieser Gesellschaft so viele Stimmen innehat, dass diese Stimmen zusammen die Stimmenmehrheit in der Gesellschaft ausmachen.

Damit nach schwedischem Aktiengesellschaftsrecht ein Konzern vorliegt, muss die AB also entweder aufgrund einer Stimmenmehrheit oder aufgrund eines Unternehmensvertrages einen beherrschenden Einfluss auf eine andere juristische Person nehmen können. Im Gegensatz zu der früher im ABL enthaltenen Konzerndefinition genügt es nach der heute geltenden Regelung nicht mehr, dass die Aktien oder Anteile einer juristischen Person so gestreut sind, dass die AB auf der Hauptversammlung auch schon mit weniger als der Hälfte der Stimmen einen beherrschenden Einfluss auf die andere juristische Person ausüben kann. Eine solche so genannte „praktische Stimmenmehrheit“ allein führt also nicht mehr zur Begründung eines Konzernverhältnisses nach schwedischem Recht⁵⁶.

Im schwedischen Recht werden alle Konzerne unabhängig von ihrer Bestandsgrundlage, also unabhängig davon, ob sie auf einem Vertrag beruhen oder nicht, rechtlich gleich behandelt. Dies gilt auch im Zusammenhang mit „upstream securities“. Ob dies sachgerecht ist oder nicht, mag zweifelhaft erscheinen, doch ist die Beantwortung dieser Frage nicht Gegenstand dieser Untersuchung, sondern es wird dies vielmehr als Prämisse hinzunehmen sein.

Zu beachten ist indes, dass nach dem Wortlaut der schwedischen Konzerndefinition ein Konzern nur dann vorliegt und die Konzernregeln des ABL nur dann einschlägig sind, sofern eine schwedische AB die Muttergesellschaft im Konzern bildet. Bildet eine ausländische Gesellschaft die Muttergesellschaft, so ist die Konzerndefinition der Kapitel 1, § 4 ÅRL und Kapitel 1, § 5 Abs. 1 und 4 ABL unanwendbar. Es sind dann

⁵⁶ Johansson in Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag, S. 307.

vielmehr die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften des Landes einschlägig, in dem die Muttergesellschaft ihren Sitz hat⁵⁷.

1.7.2 Der Begriff des Konzerns nach deutschem Recht

Im deutschen Gesellschaftsrecht existiert nur eine Konzerndefinition: die des § 18 AktG. Da das GmbHG keine eigene Konzerndefinition vorsieht, wendet man § 18 AktG im Bereich des GmbH-Konzernrechts grundsätzlich entsprechend an⁵⁸.

Nach § 18 Abs. 1 S. 1 AktG liegt ein Konzern vor, wenn ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind. Besteht zwischen den Unternehmen ein Beherrschungsvertrag im Sinne des § 291 AktG oder ist ein Unternehmen im Sinne des § 319 AktG in ein anderes Unternehmen eingegliedert, so sind die betroffenen Unternehmen nach § 18 Abs. 1 S. 2 AktG stets als unter einer einheitlichen Leitung zusammengefasst anzusehen. Ein Beherrschungsvertrag im Sinne des § 291 AktG ist ein Vertrag, durch den eine Gesellschaft die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt, von dem sie abhängig ist oder durch den Vertrag abhängig wird. Die Eingliederung einer Gesellschaft in eine andere Gesellschaft erfolgt bei einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft gemäß § 319 AktG durch einen Eingliederungsbeschluss der Hauptversammlung der Tochtergesellschaft und einen Zustimmungsbeschluss der Hauptversammlung der zukünftigen Hauptgesellschaft mit anschließender konstitutiver Eintragung der Eingliederung in das Handelsregister. Andere Gesellschaften können gemäß § 320 AktG durch Mehrheitsbeschluss eingegliedert werden, sofern die Hauptgesellschaft an dem Grundkapital der einzugliedernden Gesellschaft mit mindestens 95% beteiligt ist. Für Minderheitsaktionäre ist dabei die Möglichkeit des Ausscheidens gegen eine Abfindung in Aktien an der Hauptgesellschaft gegeben. Alle Anteile der einzugliedernden Gesellschaft, die sich ursprünglich nicht in der Hand der Hauptgesellschaft befinden, gehen mit der Eintragung der Eingliederung in das Handelsregister auf diese über⁵⁹. Die §§ 319ff AktG gelten ausschließlich für die AG und sind auch nicht entsprechend auf

⁵⁷ *Andersson/ Johansson/ Skog* in ABL-Kommentar I, S. 1:20, *Rodhe* in Aktiebolagsrätt, S. 268.

⁵⁸ Siehe dazu den so genannten *Süssen-Fall* in BGHZ 80, S. 72 und den so genannten *Autokran-Fall* in BGHZ 95, S. 337f; *Schmidt* in Gesellschaftsrecht, § 39 I 2.; *Ulmer* in GmbHG-Großkommentar, Anhang § 77 Rdnr. 17; *Fuhrmann* in GmbH-Handbuch I, Rdnr. 2376; *Hüffer* in Gesellschaftsrecht, S. 339.

⁵⁹ § 320a AktG.

die GmbH anwendbar. Eine Eingliederung ist daher nur einer AG in eine andere AG möglich, nicht aber die Eingliederung einer GmbH oder die Eingliederung einer anderen Gesellschaft in eine GmbH⁶⁰.

Liegt kein Beherrschungsvertrag und kein Fall der Eingliederung vor, so wird gemäß § 18 Abs. 1 S. 3 AktG von Unternehmen, die im Sinne des § 17 AktG von einem herrschenden Unternehmen abhängig sind, vermutet, dass sie mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bilden. Abhängigkeit im Sinne des § 17 AktG liegt vor, wenn ein Unternehmen auf ein anderes, rechtlich selbständiges Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Dabei wird von einem im Sinne des § 16 AktG in Mehrbesitz eines anderen Unternehmens stehenden Unternehmen vermutet, dass es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist.

Ferner bilden gemäß § 18 Abs. 2 AktG auch Unternehmen, die zwar unter einer einheitlichen Leitung zusammengefasst sind, bei denen aber keines von dem anderen Unternehmen im Sinne des § 17 AktG abhängig ist, einen Konzern.

Nach deutschem Recht ist das entscheidende Kriterium für das Vorliegen eines Konzernverhältnisses also die einheitliche Leitung der beteiligten Unternehmen. Dabei kann diese einheitliche Leitung sowohl über eine Mehrheitsbeteiligung der Muttergesellschaft an der Tochtergesellschaft als auch über einen Beherrschungsvertrag oder die Eingliederung der Tochtergesellschaft in die Muttergesellschaft herbeigeführt werden. Indes kann nach deutschem Recht ebenso wenig wie nach schwedischem Recht eine bloße „praktische Stimmenmehrheit“ ein Konzernverhältnis begründen.

Im Gegensatz zur schwedischen Konzerndefinition wird in Deutschland zwar nicht ausdrücklich im Gesetz zwischen direkten und indirekten Konzernen bzw. Tochtergesellschaften unterschieden, doch sind diese Konstellationen dem deutschen Recht nicht fremd: den schwedischen indirekten Tochtergesellschaften entsprechen im deutschen Recht die Enkelgesellschaften, die im Rahmen dieser Arbeit jedoch außer Betracht bleiben.

⁶⁰ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, S. 448.

Im deutschen Recht wird im Gegensatz zum schwedischen Recht eine begriffliche Unterscheidung verschiedener Konzernformen entsprechend ihrer Bestandsgrundlage vorgenommen. So unterscheidet man zwischen Vertragskonzern, faktischem Konzern und so genanntem qualifizierten faktischen Konzern.

Die engste Form der Unternehmensverbindung, die oben dargestellte Eingliederung, zählt, wenn die eingegliederte Gesellschaft auch rechtlich als selbständige juristische Person bestehen bleibt, nicht zum Konzern im engeren Sinne. Sie kommt wirtschaftlich gesehen einer Verschmelzung nahe⁶¹ und wird in dieser Arbeit keine weitere Berücksichtigung finden.

Ein Vertragskonzern liegt vor, wenn eine Gesellschaft aufgrund eines Beherrschungsvertrages im Sinne der §§ 291ff AktG mit einem herrschenden Unternehmen abhängig im Sinne der §§ 17 und 18 AktG verbunden ist⁶².

Ist eine Gesellschaft ein im Sinne der §§ 17 und 18 AktG abhängiges Unternehmen, ohne dass ein Beherrschungsvertrag besteht, so liegt zwischen den beteiligten Unternehmen ein faktischer Konzern vor⁶³. Ob zwischen den beiden Unternehmen ein anderer Unternehmensvertrag im Sinne der §§ 291, 292 AktG besteht, zum Beispiel ein Gewinnabführungsvertrag, ist hierbei ohne Bedeutung⁶⁴. Diese Verträge allein begründen nämlich kein Weisungsrecht und auf sie kann daher auch nicht die unwiderlegliche Abhängigkeitsvermutung eines Konzerns gestützt werden.

Der qualifizierte faktische Konzern ist dadurch gekennzeichnet, dass ein herrschendes Unternehmen kraft seiner Stimmenmehrheit oder als Alleingesellschafter ohne (unternehmens-)vertragliche Grundlage einen die ausstehenden Gesellschafter oder die Gläubiger gefährdenden Zustand im Sinne der §§ 17 und 18 AktG herstellen kann. Dies kann beispielsweise durch eine rücksichtslose Interessen- und Vermögensmischung erfolgen, wie zum Beispiel durch eine dauernde faktische Geschäftsführung durch die Muttergesellschaft, durch die diese ihre Machtstellung zu Lasten der Gläubiger und Gesellschafter der Tochtergesellschaft und zu ihren eigenen Gunsten missbraucht⁶⁵.

⁶¹ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, S. 130.

⁶² *Fuhrmann* in *GmbH-Handbuch I*, Rdnr. 2376; *Schmidt* in *Gesellschaftsrecht*, § 39 II.

⁶³ *Fuhrmann* in *GmbH-Handbuch I*, Rdnr. 2376; *Hüffer* in *Gesellschaftsrecht*, S. 351.

⁶⁴ *Henn* in *Handbuch des Aktienrechts*, § 9 Rdnr. 273f mit weiteren Nachweisen in Fußnote 164.

⁶⁵ Siehe *BGH* in *NJW* 1994, S. 446 und S. 3290; *OLG Hamm* in *NJW* 1987, S. 1030 (*Banning*); *Fuhrmann* in *GmbH-Handbuch I*, Rdnr. 2383; *Hüffer* in *Gesellschaftsrecht*, S. 360.

Die Existenz des gesetzlich nicht explizit geregelten qualifizierten faktischen Konzerns wird im Rahmen dieser Arbeit trotz der teilweise gegensätzlichen Tendenz in der Literatur⁶⁶ und auch der jüngeren Rechtsprechung des BGH⁶⁷, vorausgesetzt. Nicht zuletzt weil sich die Probleme, die die Rechtsprechung im Zusammenhang mit qualifizierter faktischer Konzernierung zu lösen hatte, nahezu ausnahmslos auf die Situation der GmbH bezogen⁶⁸, ist in der Praxis der Rechtsprechung bislang zwar noch kein Fall der qualifizierten faktischen Konzernierung von Aktiengesellschaften bekannt geworden⁶⁹, jedoch ist in der Literatur anerkannt, dass es auch qualifizierte faktische AG-Konzerne geben kann⁷⁰. Dem wird auch im Rahmen dieser Arbeit gefolgt.

Rechtlich führen diese unterschiedlichen Konzernarten im deutschen Recht, wie später zu sehen sein wird, zu unterschiedlichen Konsequenzen auch im Zusammenhang mit „upstream securities“.

⁶⁶ Siehe nur *Altmeyden* in NJW 2002, S. 321 mit weiteren Nachweisen in Fußnote 5; *Bitter* in WM 2001, S. 2133; zur Diskussion siehe auch *Schmidt* in NJW 2001, S. 3577.

⁶⁷ BGHZ 122, S. 123 (TBB); 149, S. 10 (Bremer Vulkan); BGH in NJW 2002, S. 1805.

⁶⁸ Vgl. nur BGHZ 115, S. 187 (Video) und 122, S. 123 (TBB).

⁶⁹ Siehe nur das Urteil des OLG Düsseldorf in NJW-RR 2000, S. 1132.

⁷⁰ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* in Konzernrecht, S. 437ff mit zahlreichen weiteren Nachweisen; *Mülbert* in Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, S. 476ff; *Zöllner* in Gedächtnisschrift für Knobbe-Keuk, S. 369ff; ausführlich zum Streitstand siehe *Kropff* in MüKo-AktG, § 317 Anh.

2. TEIL I: ZIVILRECHTLICHE UNTERSUCHUNG DER „UPSTREAM SECURITIES“

2.1 Ausgangspunkt

„Upstream securities“ sind als Kreditsicherungsmittel in der wirtschaftlichen Praxis der Konzernfinanzierung heute von großer Bedeutung⁷¹. Dennoch enthält weder das schwedische noch das deutsche Recht Vorschriften, die die Gewährung speziell solcher Sicherheiten erschöpfend regeln. Daher sind sowohl die Frage der Zulässigkeit der „upstream securities“ als auch die Folgen ihrer eventuellen Unzulässigkeit nach den allgemeinen Regeln des Gesellschaftsrechts sowie nach anderen, übergreifenden Rechtsgrundsätzen des allgemeinen Zivilrechts zu beurteilen.

Da das Vermögen einer Gesellschaft durch die Gewährung einer „upstream security“ mit der möglichen Folge der Realisierung der Sicherheit unter Umständen erheblich beeinträchtigt werden kann, sind im Rahmen dieser Untersuchung insbesondere solche Vorschriften von Interesse, die das Vermögen der Gesellschaft betreffen.

2.2 „Upstream securities“ und das schwedische Zivilrecht

2.2.1 Die Zulässigkeit von „upstream securities“ nach schwedischem Zivilrecht

2.2.1.1 Allgemeines

In einer schwedischen AB ist die Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft generell auf das in die Aktien investierte Kapital beschränkt. Eine darüber hinausgehende persönliche Haftung der Aktionäre besteht nicht⁷². Die Gläubiger der AB haben daher ein besonderes Interesse daran, dass der Gesellschaft zumindest dieses Stammkapital (schwedisch: „aktiekapital“) erhalten bleibt und für die Begleichung ihrer Forderungen zur Verfügung steht. Eine Aufgabe des Gesetzgebers

⁷¹ Siehe dazu bereits die Ausführungen in der Einleitung zu dieser Arbeit unter Punkt 1.1.

⁷² Siehe Kapitel 1, § 1 Abs. 1 ABL.

bei der Schaffung des ABL war es daher auch, dieses Interesse der Gläubiger der Gesellschaft gesetzlich zu schützen.

Heute kommt dieser Gläubigerschutz im ABL in verschiedenen Regelungen, den so genannten Kapitalschutzregeln, zum Ausdruck. Diese laufen alle, vereinfacht gesagt, darauf hinaus, dass die Aktiva der Gesellschaft die Passiva stets übersteigen müssen⁷³. Die Kapitalschutzregeln des ABL gewährleisten dies unter anderem dadurch, dass das Vermögen der Gesellschaft in gewissem Umfang nicht ohne Gewährung einer Gegenleistung zur freien Disposition der Gesellschafter steht, sondern vielmehr in der Gesellschaft „gebunden“ ist. Zu diesem so genannten „gebundenen“ Kapital gehört unter anderem das Stammkapital der AB⁷⁴. Sollten die „upstream securities“ dieses gebundene Kapital in einer Weise beeinträchtigen, die gegen die Kapitalschutzregeln des ABL verstößt, so wären sie gesellschaftsrechtlich unzulässig. Daher sind die Kapitalschutzregeln des ABL im Zusammenhang mit der Frage nach der Zulässigkeit der „upstream securities“ von besonderer Bedeutung, so dass im Folgenden zunächst die Vereinbarkeit der „upstream securities“ mit den im ABL enthaltenen Darlehensverboten und dem Auszahlungsverbot untersucht werden.

Neben diesen Kapitalschutzregeln könnten allerdings auch andere Prinzipien wie das Gleichheitsprinzip in Kapitel 3, § 1 Abs. 1 ABL oder der ungeschriebene Grundsatz vom Gesellschaftsgegenstand der Zulässigkeit von „upstream securities“ entgegenstehen. Auch auf diese Aspekte wird sich die Untersuchung zur Rechtmäßigkeit von „upstream securities“ nach schwedischem Recht erstrecken.

2.2.1.2 Die Darlehens- und Sicherheitsverbote des Kapitels 12, § 7 ABL

2.2.1.2.1 Einführung

Vor der Einführung des ABL von 1975 war es gängige Praxis, den Kauf von Aktien einer Gesellschaft mit Mitteln aus einem Darlehen der Gesellschaft selbst zu finanzieren. Das Kapital der Gesellschaft war infolgedessen, was nicht zuletzt unter

⁷³ Andersson in Kapitalskyddet, S. 9f.

⁷⁴ Siehe Kapitel 5, § 14 Abs. 2 ÄRL. Neben dem Stammkapital gehören der Reservefonds und der Überkursfonds zum so genannten gebundenen Kapital der Gesellschaft.

dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes sehr bedenklich war, häufig zum Großteil auf eine Rückzahlungsforderung gegen den Käufer beschränkt⁷⁵.

Vor diesem Hintergrund äußerte sich das zuständige Komitee im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens für das ABL von 1975 dahingehend, dass es gegen die Grundprinzipien der aktiengesellschaftsrechtlichen Gesetzgebung verstoße, wenn es einerseits einer Person möglich sei, eine Aktiengesellschaft mit dem Vorteil der persönlichen Haftungsbefreiung zu betreiben, es andererseits aber auch möglich sei, dass das gesamte Kapital der Gesellschaft nur aus einer Rückzahlungsforderung gegen diese Person, beispielsweise aus einem Darlehen im Rahmen eines Aktienkaufs, bestehen kann⁷⁶. Dieser Aushöhlung der Gesellschaftsmittel durch die Vergabe von Darlehen an - auch zukünftige - Gesellschafter oder an die Unternehmensleitung wollte man Einhalt gebieten und dadurch das Stammkapital der Gesellschaft und deren Gläubiger schützen. Ferner wollte man auch der mit einer solchen privaten Nutzung der Gesellschaftsmittel einhergehenden Steuerflucht entgegenreten⁷⁷ und führte daher zum 6. Juni 1973 in einer separaten Gesetzesänderung noch in das alte ABL von 1944 die heute noch gültige Vorschrift des Kapitels 12, § 7 ABL ein, obwohl die Einführung des neuen ABL von 1975 zu diesem Zeitpunkt bereits abzusehen war⁷⁸.

Die kapitalschützende Regelung in Kapitel 12, § 7 ABL enthält in den Absätzen 1 und 3 zwei selbständige, ausdrückliche Darlehensverbote (schwedisch: „låneförbud“), von denen das eine die Darlehensgewährung an einen bestimmten Personenkreis, den so genannten „verbotenen Kreis“ (schwedisch: „den förbjudna kretsen“⁷⁹), das andere die Darlehensgewährung zu einem bestimmten Zweck untersagt, wobei das Verbot im letzteren Fall unabhängig von der Person des Empfängers des Darlehens oder der Sicherheit besteht⁸⁰.

Gemäß Abs. 6 dieser Verbotsvorschrift, der für beide vorgenannten Darlehensverbote gilt⁸¹, ist das Gewähren einer Sicherheit im gleichen Umfang verboten wie das

⁷⁵ Siehe nur den so genannten *Suecia*-Fall in NJA 1951, S. 6; *Andersson/ Johansson/ Skog* in ABL-Kommentar II, S. 12:52; *Andersson* in Kapitalskyddet, S. 141f; *Grosskopf* in Vinstbolag, S. 35.

⁷⁶ Siehe SOU 1971:15, S. 322.

⁷⁷ *Andersson/ Johansson/ Skog* in ABL-Kommentar II, S. 12:44; *Bergström/ Samuelsson* in Aktiebolagets grundproblem, S. 176; *Nerep* in Aktiebolagsrättsliga studier, S. 275.

⁷⁸ *Posselius/ Grosskopf* in Skyddet för aktiebolagets egna kapital, S. 53.

⁷⁹ *Posselius/ Grosskopf* in Skyddet för aktiebolagets egna kapital, S. 53.

⁸⁰ *Nerep* in Aktiebolagsrättsliga studier, S. 274.

⁸¹ *Andersson* in Kapitalskyddet, S. 141; *Johansson* in Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag, S. 86;

Gewähren eines Darlehens, denn das Gewähren einer Sicherheit mit der möglichen Folge der Realisierung dieser Sicherheit ist unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes als ebenso riskant einzustufen wie das direkte Auszahlen eines Darlehens⁸². Dabei sind anerkanntermaßen allerdings nur solche Sicherheiten der Gewährung eines Darlehens gleichzustellen, die die AB als Sicherheit für ein Darlehen gewährt, das eine Person aus dem so genannten verbotenen Kreis bei einer dritten Person aufgenommen hat. Sicherheiten für Darlehen, die die AB selbst bei einer Person aus dem verbotenen Kreis aufgenommen hat, sind indes nicht der Gewährung eines Darlehens gleichzustellen und fallen somit nicht in den Anwendungsbereich der Darlehens- und Sicherheitsverbote des Kapitels 12, § 7 ABL⁸³.

Bei der Konstellation der „upstream securities“ handelt es sich stets um Sicherheiten, die eine Tochter-AB für ein Darlehen gewährt, das ihre Gesellschafterin Muttergesellschaft bei einer dritten Person, zumeist einer Bank, aufgenommen hat. Es handelt sich folglich um Sicherheiten im Sinne des Kapitels 12, § 7 Abs. 6 ABL, nämlich um solche, die eine Person aus dem so genannten verbotenen Kreis (nämlich die Muttergesellschaft als Gesellschafterin der Tochtergesellschaft) bei einer dritten Person aufgenommen hat. Somit ist die Zulässigkeit von „upstream securities“ über Abs. 6 an den Darlehensverboten des Kapitels 12, § 7 ABL zu messen.

Da ein Verstoß gegen die Darlehensverbote gemäß Kapitel 19, § 1 Nr. 4 ABL strafbar ist⁸⁴, sind die Verbote nach dem Legalitätsprinzip grundsätzlich eher restriktiv auszulegen⁸⁵. Diesem Umstand wird im Rahmen dieser Untersuchung Beachtung geschenkt.

2.2.1.2.2 Das Darlehens- und Sicherheitsverbot des Kapitels 12, § 7 Abs. 1 ABL und seine Ausnahmen

2.2.1.2.2.1 Das Darlehens- und Sicherheitsverbot des Kapitels 12, § 7 Abs. 1 ABL

Lindskog in JF-Kommentaren ABL, S. 176; *Nerep* in Aktiebolagsrättsliga studier, S. 274.

⁸² Siehe prop. 1973:93, S. 135; siehe auch NJA 1999, S. 426; *Lindskog* in JF-Kommentaren ABL, S. 176.

⁸³ Siehe *Lindskog* in JF-Kommentaren, S. 160; *Nerep* in Aktiebolagsrättsliga studier, S. 283.

⁸⁴ Siehe dazu die Ausführungen unten unter Punkt 3.1.1 dieser Arbeit.

⁸⁵ *Andersson/ Johansson/ Skog* in ABL-Kommentar II, S. 12:45; *Lindskog* in JF-Kommentaren ABL, S. 154; *Nerep* in Aktiebolagsrättsliga studier, S. 287ff.

Gemäß dem so genannten allgemeinen Darlehens- und Sicherheitsverbot im heutigen Kapitel 12, § 7 Abs. 1 ABL darf eine AB ihren Gesellschaftern, den Mitgliedern ihres Verwaltungsrates, ihrem geschäftsführenden Direktor und solchen Personen, die mit diesen Personen verwandt oder verschwägert sind sowie Personen, die in einem Unternehmen desselben Konzerns eine der genannten Positionen innehaben, kein Darlehen gewähren und über Abs. 6 auch keine Sicherheit gewähren.

Da es sich bei einer „upstream security“ um das Gewähren einer Sicherheit durch eine Tochtergesellschaft für ihre Gesellschafterin Muttergesellschaft handelt, verstoßen „upstream securities“ prinzipiell gegen das allgemeine Darlehens- und Sicherheitsverbot des Kapitels 12, § 7 Abs. 1 ABL und sind daher zunächst als grundsätzlich gesellschaftsrechtlich unzulässig einzustufen.

2.2.1.2.2 Die Ausnahmen vom Darlehens- und Sicherheitsverbot des Kapitels 12, § 7 Abs. 1 ABL gemäß Abs. 2 der Vorschrift

Da der Gesetzgeber in Kapitel 12, § 7 Abs. 2 ABL vier Ausnahmefälle vorgesehen hat, in denen das strenge Darlehens- und Sicherheitsverbot des Abs. 1 nicht gilt, könnten die „upstream securities“ trotz dieses Verbotes zulässig sein. Fallen sie unter einen der Ausnahmetatbestände, werden sie nämlich nicht vom dem Verbot umfasst und sind folglich jedenfalls unter dem Aspekt des allgemeinen Darlehens- und Sicherheitsverbotes zulässig.

Im Einzelnen betrifft die erste Ausnahmeregelung die Gewährung von Darlehen und Sicherheiten an eine Kommune, während die zweite für die Fälle der Gewährung von Darlehen und Sicherheiten innerhalb desselben Konzerns gilt. Die dritte Ausnahme lässt geschäftsmäßig bedingte Darlehen an einen in der Produktion tätigen Schuldner, der das Darlehen ausschließlich für seinen Betrieb zu verwenden beabsichtigt, ausnahmsweise zu und die vierte Ausnahme schließlich gilt für Darlehen an Aktionäre, die Aktien im Wert von nicht mehr als einem Prozent des Stammkapitals der Gesellschaft bzw. des Konzerns halten.

Typischerweise wird in den Fällen der „upstream securities“ der zweite Ausnahmefall relevant sein⁸⁶, wohingegen die übrigen Konstellationen gerade im Rahmen von „upstream securities“ eher untypisch sind. Aus diesem Grund wird an dieser Stelle

⁸⁶ Andersson in Kapitalskyddet, S. 141.

allein auf die zweite Ausnahme eingegangen werden. Selbstverständlich ist in Konstellationen, in denen ein Konzernverhältnis zwischen den beteiligten Unternehmen nicht zweifelsfrei angenommen werden kann oder in denen einer der anderen Ausnahmetatbestände aufgrund der übrigen Tatbestandsmerkmale logisch spezieller erscheint, an eine mögliche Anwendung einer der anderen Ausnahmefälle auch im Rahmen von „upstream securities“ zu denken. Diesen Grenzfällen sich zu widmen ist jedoch nicht Gegenstand dieser Untersuchung.

Nach der so genannten Konzernausnahme (schwedisch: „koncernundantag“) des Abs. 2 Nr. 2, die in der Wirtschaftspraxis von erheblicher Bedeutung ist⁸⁷, sind konzerninterne Darlehen und Sicherheiten von einer AB an ein Unternehmen desselben Konzerns vom allgemeinen Darlehens- und Sicherheitsverbot des Abs. 1 ausgenommen und damit jedenfalls in dieser Hinsicht zulässig. Wann zwei Unternehmen demselben Konzern angehören, richtet sich nach Kapitel 1, § 5 ABL⁸⁸. Im Rahmen eines solchen Konzernverhältnisses ist die Gewährung sämtlicher Darlehen und Sicherheiten im Sinne des Abs. 6 von der Ausnahme des Abs. 2 Nr. 2 umfasst⁸⁹.

Da es sich bei „upstream securities“ um eine konzerninterne Gewährung von Sicherheiten im Sinne des Abs. 6 der Norm handelt, sind sie aufgrund dieser Konzernausnahme des Abs. 2 vom Darlehens- und Sicherheitsverbot des Kapitels 12, § 7 Abs. 1 ABL ausgenommen und folglich jedenfalls insofern zulässig.

2.2.1.2.2.3 Die Ausnahme vom Darlehens- und Sicherheitsverbot des Kapitels 12, § 7 Abs. 1 ABL aufgrund einer Ausnahmegenehmigung gemäß Kapitel 12, § 8 Abs. 2 ABL

Nach Kapitel 12, § 8 Abs. 2 ABL ist es möglich, bei den schwedischen Finanzbehörden⁹⁰ eine Ausnahmegenehmigung für ein Darlehen bzw. eine Sicherheit zu beantragen. Voraussetzung für die Gewährung einer solchen Ausnahmegenehmigung vom allgemeinen Darlehens- und Sicherheitsverbot des Kapitels 12, § 7 Abs. 1 ABL ist nach Kapitel 12, § 8 Abs. 2 ABL das Vorliegen „besonderer Gründe“.

⁸⁷ Andersson in Kapitalskyddet, S. 141.

⁸⁸ Siehe dazu die Ausführungen in der Einleitung unter Punkt 1.7.1 dieser Arbeit.

⁸⁹ Nerep in Aktiebolagsrättsliga studier, S. 309.

⁹⁰ Steht die Gesellschaft unter der Aufsicht der besonderen schwedischen Finanzaufsichtsbehörde (schwedisch: „finansinspektionen“), ist der Antrag gemäß Abs. 3 der Norm an diese zu richten, in allen anderen Fällen wird der Antrag gemäß Abs. 2 an die zuständige Steuerbehörde (schwedisch: „skatteverket“) gestellt.

Aufgrund der bestehenden Ausnahmemöglichkeiten nach Kapitel 12, § 7 Abs. 2 ABL und aufgrund des Schutzzwecks des allgemeinen Darlehens- und Sicherheitsverbotes ist diese Vorschrift sehr restriktiv anzuwenden⁹¹. In der Literatur wie Rechtsprechung sind bislang keine Fälle auch nur angedacht worden, in denen im Zusammenhang mit „upstream securities“ von einem Vorliegen „besonderer Gründe“ ausgegangen werden kann. Da in den Fällen der „upstream securities“ ferner bereits die Konzernausnahme nach Kapitel 12, § 7 Abs. 2 Nr. 2 ABL einschlägig und zudem spezieller ist, dürfte der praktische Anwendungsbereich des Abs. 8 im Zusammenhang mit „upstream securities“ gegen Null tendieren und die Gewährung einer Ausnahmegenehmigung daher in aller Regel abzulehnen sein.

2.2.1.2.3 Das Erwerbsdarlehens- und Erwerbssicherheitsverbot des Kapitels 12, § 7 Abs. 3 ABL und seine Ausnahmen

2.2.1.2.3.1 Das Erwerbsdarlehens- und Erwerbssicherheitsverbot des Kapitels 12, § 7 Abs. 3 ABL

Neben dem allgemeinen Darlehens- und Sicherheitsverbot des Kapitels 12, § 7 Abs. 1 ABL ist in Abs. 3 der Vorschrift das zweite, spezielle Darlehens- und Sicherheitsverbot, das so genannte Erwerbsdarlehensverbot (schwedisch: „förvärvslåneförbud“), enthalten. Dieses Erwerbsdarlehensverbot verbietet es einer AB, ein Darlehen oder eine Sicherheit zu dem Zweck zu gewähren, dass der Darlehens- bzw. Sicherheitsempfänger oder eine mit diesem verwandte oder verschwägerte Person Aktien der AB oder eines Unternehmens desselben Konzerns erwerben wird. Dieses zweckdefinierte Darlehens- und Sicherheitsverbot wurde nach seiner Einführung in das schwedische ABL auch in der 2. Gesellschaftsrichtlinie (so genannte Kapitalrichtlinie) der Europäischen Kommission vorgesehen⁹² und steht mit seinem eigenen Anwendungsbereich selbständig neben dem allgemeinen Darlehens- und Sicherheitsverbot des Abs. 1⁹³.

Im Rahmen des so genannten Erwerbsdarlehensverbots hängt es also allein von dem mit dem Darlehen bzw. der Sicherheit verbundenen Zweck ab, ob das Darlehen bzw. die

⁹¹ Siehe prop. 1973:93, S. 135; *Lindskog* in JF-Kommentaren ABL, S. 186.

⁹² Dokument Nr. 77/91/EWG; siehe Artikel 23 Abs.1.

⁹³ *Rodhe* in Aktiebolagsrätt, S. 115.

Sicherheit nach Kapitel 12, § 7 Abs. 3 ABL verboten ist oder nicht⁹⁴. Wird ein Darlehen oder eine Sicherheit zu einem Zeitpunkt gewährt, zu dem der Aktienerwerb bereits vollendet ist, so kann dieser bereits erfüllte „Zweck“ allerdings schon logisch nicht mehr Zweck des Darlehens bzw. der Sicherheit sein. Diese zeitliche Beschränkung des Geltungsbereiches des Erwerbsdarlehensverbotes auf den Zeitraum vor Vollendung des Aktienerwerbs kommt auch schon im Wortlaut der Norm zum Ausdruck, der da lautet: „...zu dem Zwecke..., dass der Schuldner...Aktien erwerben wird“⁹⁵. Somit erfasst das Erwerbsdarlehensverbot ausschließlich solche Darlehen und Sicherheiten, die einen zukünftigen Aktienerwerb bezwecken⁹⁶. Als vollendet ist der Aktienerwerb in dem Moment anzusehen, in dem die Aktionärsrechte vertragsgemäß auf den Erwerber übergegangen sind. Die Eintragung ins Aktienbuch ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung⁹⁷.

Gemäß dem Erwerbsdarlehens- und Sicherheitsverbot des Kapitels 12, § 7 Abs. 3 ABL sind somit solche „upstream securities“ grundsätzlich verboten und damit gesellschaftsrechtlich unzulässig, die eine Tochter-AB ihrer Muttergesellschaft zum Zweck des Erwerbs von Aktien der Tochter-AB selbst oder eines anderen Unternehmens desselben Konzerns vor Vollendung dieses Aktienerwerbs gewährt.

Nach vollendetem Aktienerwerb gilt auch für eine „upstream security“ im Zusammenhang mit der Finanzierung eines Aktienerwerbs das allgemeine Darlehens- und Sicherheitsverbot des Abs. 1 mit der Konzernausnahme nach Abs. 2 Nr. 2. Indem die „upstream security“ zur Absicherung eines Aktienerwerbs durch die Muttergesellschaft also erst nach Vollendung des Aktienerwerbs gewährt wird, kann das Erwerbsdarlehens- und Sicherheitsverbot des Abs. 3 auf legale Weise umgangen werden⁹⁸. Die genaueren Umstände, unter denen eine solche Umgehung möglich ist, werden in einem anderen Zusammenhang zu erörtern sein⁹⁹.

⁹⁴ *Grosskopf* in *Vinstbolag*, S. 35.

⁹⁵ Schwedisch: „i syfte att gäldenären...skall förvärva aktier“.

⁹⁶ Siehe *Andersson/ Johansson/ Skog* in *ABL-Kommentar II*, S. 12:53; *Grosskopf* in *Vinstbolag*, S. 35, der zu Recht darauf hinweist, dass diese restriktive Auslegung auch im Hinblick darauf geboten ist, dass der Verstoß gegen das Erwerbsdarlehensverbot in Kapitel 19, § 1 Nr. 4 ABL mit Strafe bedroht ist; *Lindskog* in *JF-Kommentaren ABL*, S. 173; kritisch zum Ganzen *Nerep* in *Aktiebolagsrättsliga studier*, S. 323ff.

⁹⁷ *Lindskog* in *JF-Kommentaren ABL*, S. 173.

⁹⁸ *Grosskopf* in *Vinstbolag*, S. 55; *Lindskog* in *JF-Kommentaren ABL*, S. 174 mit weiteren Nachweisen in Fußnote 124; *Rodhe* in *Studier i bolags- och krediträtt*, S. 415 sowie in *Aktiebolagsrätt*, S. 115.

⁹⁹ Zu den bei einer solchen legalen Umgehung des Erwerbsdarlehens- und Sicherheitsverbotes zu

2.2.1.2.3.2 *Keine Ausnahme vom Erwerbsdarlehens- und Erwerbssicherheitsverbot des Kapitels 12, § 7 Abs. 3 ABL gemäß Abs. 2 der Vorschrift*

Die Ausnahmetatbestände des Kapitels 12, § 7 Abs. 2 ABL, insbesondere also auch die Konzernausnahme, gelten ausschließlich für das allgemeine Darlehens- und Sicherheitsverbot des Abs. 1 und sind auf das Erwerbsdarlehens- und Erwerbssicherheitsverbot des Abs. 3 nicht anwendbar¹⁰⁰.

Eine „upstream security“, die der Muttergesellschaft von der Tochtergesellschaft zum Zweck des Erwerbs von Aktien an einem Konzernunternehmen vor Vollendung dieses Aktienerwerbs gewährt wird, ist daher auch unter dem Gesichtspunkt des bestehenden Konzernverhältnisses unzulässig.

2.2.1.2.3.3 *Die Ausnahme vom Erwerbsdarlehens- und Erwerbssicherheitsverbot des Kapitels 12, § 7 Abs. 3 ABL gemäß den Abs. 4 und 5 der Vorschrift*

Vom Erwerbsdarlehensverbot ist in den Abs. 4 und 5 des Kapitels 12, § 7 ABL zwar eine eigene Ausnahme vorgesehen, jedoch betrifft sie nur die Gewährung von Erwerbsdarlehen bzw. Erwerbssicherheiten an Angestellte der Gesellschaft. „Upstream securities“ hingegen werden der Gesellschafterin Muttergesellschaft gewährt, die in der Tochtergesellschaft keine Angestelltenposition innehat, so dass die Ausnahmenvorschriften der Abs. 4 und 5 im Zusammenhang mit „upstream securities“ nicht relevant werden können.

2.2.1.2.3.4 *Die Ausnahme vom Erwerbsdarlehens- und Erwerbssicherheitsverbot des Kapitels 12, § 7 Abs. 3 ABL aufgrund einer Ausnahmegenehmigung gemäß Kapitel 12, § 8 Abs. 1 ABL*

Gemäß Kapitel 12, § 8 Abs. 1 ABL besteht auch im Falle des Erwerbsdarlehens- und Erwerbssicherheitsverbotes die Möglichkeit, von den schwedischen Finanzbehörden¹⁰¹ eine Ausnahmegenehmigung für ein Erwerbsdarlehen bzw. eine Erwerbssicherheit zu

beachtenden „Sonderregeln“ siehe die Ausführungen unten unter Punkt 4.1 dieser Arbeit.

¹⁰⁰ *Grosskopf* in Vinstbolag, S. 34; *Nerep* in Aktiebolagsrättsliga studier, S. 323; *Rodhe* in Aktiebolagsrätt, S. 115; *Svensson/ Danelius* in ABL-Lagkommentar, S. 258.

¹⁰¹ Steht die Gesellschaft unter der Aufsicht der besonderen schwedischen Finanzaufsichtsbehörde (schwedisch: „finansinspektionen“), ist der Antrag gemäß Abs. 3 der Norm an diese zu richten, in allen anderen Fällen wird der Antrag gemäß Abs. 2 an die zuständige Steuerbehörde (schwedisch: „skatteverket“) gestellt.

erhalten. Im Einklang mit der bereits oben¹⁰² erwähnten 2. Gesellschaftsrichtlinie (so genannte Kapitalrichtlinie) der Europäischen Kommission¹⁰³ ist es gemäß S. 2 der Vorschrift allerdings allein den „privata“ AB möglich, eine Ausnahmegenehmigung für ein Darlehen bzw. eine Sicherheit zum Erwerb von Aktien in der darlehens- bzw. sicherheitsgewährenden AB zu erhalten¹⁰⁴. Den „publika“ AB ist diese Möglichkeit dagegen verwehrt¹⁰⁵.

Voraussetzung für die Gewährung einer solchen Ausnahmegenehmigung ist im Fall des Erwerbsdarlehens- und Erwerbssicherheitsverbotes gemäß Kapitel 12, § 8 Abs. 1 ABL das Vorliegen „besonderer Umstände“. Unter solche „besonderen Umstände“ ist insbesondere der Generationenübergang eines Familienunternehmens zu fassen¹⁰⁶, wobei ansonsten unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes ebenso wie im Falle der Ausnahmegenehmigungsregelung des Abs. 2 der Vorschrift¹⁰⁷ eine insgesamt restriktive Handhabung dieser Ausnahmeregelung geboten ist¹⁰⁸. In den Fällen der „upstream securities“ ist allerdings auch in den Fällen, in denen keine Gefahr für die Gläubiger der die Sicherheit gewährenden Tochter-AB anzunehmen ist, nur schwer vorstellbar, wie der Erwerb von Aktien der Tochter- durch die Muttergesellschaft ausnahmsweise derart förderlich für den Konzern sein soll, dass dies zur Annahme von „besonderen Umständen“ im Zusammenhang mit der Sicherheitengewährung führen kann, die eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Erwerbssicherheitsverbot rechtfertigen würden. Bisläng ist dementsprechend weder in der schwedischen Rechtspraxis noch in der Literatur ein solcher Fall bekannt geworden.

In aller Regel sind Erwerbs-„upstream securities“ daher schon unter dem Gesichtspunkt des speziellen Erwerbsdarlehens- und Erwerbssicherheitsverbotes des Kapitels 12, § 7 Abs. 3 ABL unzulässig.

¹⁰² Unter Punkt 2.2.1.2.2.1 dieser Arbeit.

¹⁰³ Dokument Nr. 77/91/EWG. Diese Richtlinie, die nur für „publika“ AB gilt, sieht für diese keine über die Ausnahme der Abs. 4 und 5 hinausgehenden Ausnahmemöglichkeiten für Erwerbsdarlehen und Erwerbssicherheiten vor. Daher können alleine im Rahmen von „privata“ AB solche weitergehenden Ausnahmen gewährt werden.

¹⁰⁴ Zu den Begriffen der „privata“ und „publika“ AB siehe die Ausführungen oben unter Punkt 1.6.1 dieser Arbeit.

¹⁰⁵ *Lindskog* in JF-Kommentaren ABL, S. 184; *Svensson/ Danelius* in ABL-Lagkommentar, S. 261.

¹⁰⁶ *Posselius/ Grosskopf* in Skyddet för aktiebolagets egna kapital, S. 63; *Svensson/ Danelius* in ABL-Lagkommentar, S. 261.

¹⁰⁷ Dazu siehe die Ausführungen oben unter Punkt 2.2.1.2.2.3 dieser Arbeit.

¹⁰⁸ Siehe prop. 1973:93, S. 95; *Lindskog* in JF-Kommentaren ABL, S. 185.

2.2.1.2.4 Zusammenfassung zu den Darlehens- und Sicherheitsverboten des Kapitels 12, § 7 ABL und ihren Ausnahmen

„Upstream securities“, die nicht vor Vollendung eines Erwerbs von Aktien der Tochter-AB durch die Mutter-AB zum Zwecke der Sicherung dieses Aktienerwerbs gewährt werden, sind aufgrund der Konzernausnahme in Kapitel 12, § 7 Abs. 2 Nr. 2 ABL stets vom Anwendungsbereich des allgemeinen Darlehens- und Sicherheitsverbotes des Kapitel 12, § 7 Abs. 1 ABL ausgenommen und daher jedenfalls in dieser Hinsicht stets zulässig. Einer Ausnahmegenehmigung gemäß Kapitel 12, § 8 Abs. 2 ABL bedarf es nicht.

Es ist jedoch stets zu bedenken, dass auch solche „upstream securities“, die zwar unter dem Aspekt des allgemeinen Darlehens- und Sicherheitsverbots zulässig sind, dennoch rechtlich unzulässig sein können, sofern sie gegen andere Vorschriften verstoßen.

„Upstream securities“, die zum Zwecke des Aktienerwerbs vor dessen Vollendung gewährt werden, sind aufgrund des Erwerbsdarlehens- und Erwerbssicherheitsverbotes des Kapitels 12, § 7 Abs. 3 ABL ausschließlich mit einer Ausnahmegenehmigung der zuständigen schwedischen Finanzbehörde nach Kapitel 12, § 8 Abs. 1 ABL zulässig. Da solche Ausnahmegenehmigungen in der Praxis aber mangels denkbarer „besonderer Umstände“ nicht vorkommen, sind Erwerbs-„upstream securities“ als in aller Regel gesellschaftsrechtlich unzulässig anzusehen.

Eine „upstream security“, die gegen das Erwerbsdarlehens- und Erwerbssicherheitsverbot des Kapitels 12, § 7 Abs. 3 ABL verstößt, ist demnach zwar unzulässig und damit rechtswidrig, aber sie ist dennoch grundsätzlich wirksam¹⁰⁹. Denn nur in absoluten Ausnahmefällen, in denen der Begünstigte durch seinen bestimmenden Einfluss auf die Gesellschaft zu seinem eigenen Vorteil an dem Verstoß gegen das Verbot mitgewirkt hat und er aus diesem Grunde keinen berechtigten Anspruch auf Geltendmachung der Sicherheit haben kann, ist eine Unwirksamkeit der Sicherheit

¹⁰⁹ So schon in prop. 1975:103, S. 496; später höchstrichterlich bestätigt in NJA 1976, S. 618 (ICAMatmarknad); NJA 1992, S. 717 (Framnäs) und zuletzt in NJA 1999, S. 426, wo es speziell um einen Verstoß gegen das Erwerbsdarlehens- und Erwerbssicherheitsverbot ging; siehe auch *Andersson* in Kapitalskyddet, S. 142ff; *Hemström* in Bolagens rättsliga ställning, S. 143; *Nerep* in Aktiebolagsrättsliga studier, S. 411; *Rodhe* in Aktiebolagsrätt, S. 121; beachte aber den in SOU 1997:168 aufgeworfenen und in SOU 2001:1 übernommenen Gesetzesvorschlag für eine Vorschrift in einem neuen Kapitel 18, § 10, nach dem ein Verstoß gegen eines der Darlehens- und Sicherheitsverbote stets die Unwirksamkeit der Maßnahme zur Folge haben soll.

anzunehmen¹¹⁰. Dieser Aspekt ist insbesondere in den Fällen zu beachten, in denen die Muttergesellschaft Alleingesellschafterin der Tochtergesellschaft ist und sie dadurch ihren Einfluss auf die Tochter-AB bei der Entscheidung über die Gewährung der Sicherheit hat wirken lassen. In diesen Fällen dürfte nicht nur von einer Unzulässigkeit, sondern von einer Unwirksamkeit der „upstream security“ auszugehen sein.

2.2.1.3 Das Auszahlungsverbot und die Gewinnausschüttungsregeln in Kapitel 12 ABL

2.2.1.3.1 Einführung

Wie bereits angesprochen, enthält das schwedische ABL ein recht umfassendes Regelsystem zum Schutz des Gesellschaftsvermögens und insbesondere des Stammkapitals der Gesellschaft. Dabei sind die Regeln zur Gewinnausschüttung, die ebenso wie die beiden Darlehens- und Sicherheitsverbote im 12. Kapitel des ABL zu finden sind, von besonderer Bedeutung, da sie den weitestgehenden Schutz für Kapital und Gläubiger bieten¹¹¹. Sie sind ebenfalls als Verbotsregeln ausgestaltet und basieren auf dem Prinzip des so genannten Auszahlungsverbot (schwedisch: „utbetalningsförbud“)¹¹², dessen Grundsatz in Kapitel 12, § 1 ABL normiert ist.

2.2.1.3.2 Das Auszahlungsverbot des Kapitels 12, § 1 ABL

Nach der grundlegenden Vorschrift des Auszahlungsverbot in Kapitel 12, § 1 ABL dürfen nur solche Auszahlungen von Mitteln der Gesellschaft an die Gesellschafter vorgenommen werden, die im Einklang mit den Bestimmungen des ABL zur Gewinnausschüttung, zur Ausschüttung im Rahmen der Auflösung der Gesellschaft, zur Auszahlung bei Herabsetzung des gebundenen Kapitals¹¹³ oder zum Erwerb eigener Aktien erfolgen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass das Stammkapital der AB,

¹¹⁰ NJA 1992, S. 717; *Nerep* in *Aktiebolagsrättsliga studier*, S. 411f.

¹¹¹ *Grosskopf* in *Vinstbolag*, S. 41; *Posselius/Grosskopf* in *Skyddet för aktiebolagets egna kapital*, S. 17; *Rodhe* in *Aktiebolagsrätt*, S. 80.

¹¹² Der Begriff des Auszahlungsverbot wurde in der schwedischen rechtswissenschaftlichen Literatur vermutlich erstmals von *Danielsson* in seinem Buch *Aktiekapitalet* auf den Seiten 61 und 205ff verwandt und unter dem Einfluss des deutschen Rechts eingeführt; siehe dazu näher *Andersson* in *Om vinstutdelning från aktiebolag*, S. 152; *Lindskog* in *JF-Kommentaren ABL*, S. 25.

¹¹³ Zum Begriff des gebundenen Kapitals siehe die Ausführungen oben unter Punkt 2.2.1.1 dieser Arbeit.

und damit die Grundvoraussetzung für die weitere Existenz der Gesellschaft, in dieser verbleibt und Auszahlungen zum Nachteil der Kapitalsicherheit der Gläubiger und anderer Interessenten verhindert werden¹¹⁴.

Eine „upstream security“ ist daher gemäß Kapitel 12, § 1 ABL unzulässig, wenn sie einerseits eine Auszahlung an einen Gesellschafter im Sinne dieser Vorschrift darstellt und andererseits als solche nicht im Einklang mit den Bestimmungen des ABL zur Gewinnausschüttung, zur Ausschüttung im Rahmen der Auflösung der Gesellschaft, zur Auszahlung bei Herabsetzung des gebundenen Kapitals oder zum Erwerb eigener Aktien steht.

2.2.1.3.2.1 „Upstream securities“ als Auszahlungen im Sinne des Auszahlungsverbots des Kapitels 12, § 1 ABL

Das Auszahlungsverbot Kapitels 12, § 1 ABL betrifft grundsätzlich jede Auszahlung der Gesellschaft an ihre Gesellschafter. „Upstream securities“ sind daher dann grundsätzlich vom Auszahlungsverbot erfasst, wenn sie als Auszahlungen im Sinne der Norm zu klassifizieren sind. Von zentraler Bedeutung im Rahmen des Auszahlungsverbotes ist demnach zunächst der Begriff der Auszahlung, der den bestimmenden Oberbegriff für sämtliche Vermögensübertragungen im Aktiengesellschaftsrecht bildet¹¹⁵.

Die Wortwahl des Begriffes der Auszahlung ist jedoch insofern missverständlich¹¹⁶, als dass neben der klassischen Auszahlung an die Gesellschafter in Form von Geld auch jede andere Form der Vermögensübertragung, wie beispielsweise die Übertragung eines Sachwertes oder der Verzicht auf eine Forderung, von diesem Begriff umfasst sein kann, solange sie nur ganz oder zumindest teilweise gegenleistungsfrei erfolgt¹¹⁷. Dass alleine gegenleistungsfreie Vermögensübertragungen erfasst sind liegt daran, dass das Auszahlungsverbot kein Hindernis für den gewöhnlichen Geschäftsverkehr der

¹¹⁴ *Posselius/ Grosskopf* in Skyddet för aktiebolagets egna kapital, S. 17.

¹¹⁵ Vgl. die Ausführungen bei *Andersson* in Kapitalskyddet, S. 24 und 26.

¹¹⁶ Siehe dazu auch SOU 2001: 1, die dies bestätigt, indem die Expertenkommission in ihrem Entwurf für ein neues ABL vorschlägt, den Begriff der Auszahlung durch den Begriff der Wertübertragung zu ersetzen und eine Definition dieses Begriffes im neuen Kapitel 14, § 1 einzuführen.

¹¹⁷ *Andersson/ Johansson/ Skog* in ABL-kommentar II, S. 12:4; *Bergström/ Samuelsson* in Aktiebolagets grundproblem, S. 176; *Nerep* in Aktiebolagsrättsliga studier, S. 57; *Nial* in Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser, S. 21; *Rodhe* in Förtäckt vinstutdelning, S. 11.

Gesellschaft darstellen soll¹¹⁸. Die Zahlung eines marktüblichen Kaufpreises als Gegenleistung im Rahmen der Durchführung eines Kaufvertrages beispielsweise bleibt somit von den Regelungen in Kapitel 12 ABL unberührt, da dieser Vorgang schon nicht vom Begriff der Auszahlung des § 1 erfasst ist¹¹⁹. Allein solche Transaktionen, die nicht durch eine adäquate Gegenleistung ausgeglichen werden und daher das Gesellschaftsvermögen belasten, können also unter den Begriff der Auszahlung im Sinne des Kapitels 12, § 1 ABL fallen¹²⁰. Dabei kann es sich einerseits um so genannte offene Auszahlungen handeln, die als eben solche beschlossen wurden, andererseits aber auch um so genannte verdeckte Auszahlungen, die gerade nicht explizit als solche beschlossen wurden¹²¹. Sowohl offene als auch verdeckte Auszahlungen sind nach höchstrichterlicher Rechtsprechung vom Auszahlungsverbot umfasst und im Hinblick auf ihre Zulässigkeit an den Voraussetzungen des Kapitels 12, § 1 ABL zu messen¹²².

Da eine „upstream security“ nicht als Auszahlung beschlossen, sondern sich vielmehr als Leistung im Rahmen eines Sicherungsvertrages darstellen wird, handelt es sich bei ihr also stets, sofern die Gewährung einer Sicherheit überhaupt grundsätzlich als Auszahlung angesehen werden kann und sie die Voraussetzung der Gegenleistungsfreiheit erfüllt, um eine verdeckte Auszahlung¹²³.

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kann das Gewähren einer Sicherheit durchaus eine (verdeckte) Auszahlung im Sinne des Kapitels 12 ABL darstellen¹²⁴. Allerdings muss die Sicherheit gegenleistungsfrei gewährt werden, damit sie als Auszahlung betrachtet werden kann¹²⁵. Hierfür ist nach dem im Sveton-Fall¹²⁶ aufgestellten so genannten Minimumprinzip erforderlich, dass entweder die Regressforderung, die die Gesellschaft aufgrund der Gewährung der Sicherheit gegen ihren Gesellschafter erwirbt,

¹¹⁸ *Grosskopf* in Vinstbolag, S. 43.

¹¹⁹ *Johansson* in Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag, S. 83; *Rodhe* in Aktiebolagsrätt, S. 80.

¹²⁰ *Rodhe* in Aktiebolagsrätt, S. 80.

¹²¹ *Grosskopf* in Vinstbolag, S. 43; *Nerep* in Aktiebolagsrättsliga studier, S. 54f; *Posselius/ Grosskopf* in Skyddet för aktiebolagets egna kapital, S. 33

¹²² Siehe insbesondere den so genannten *Suecia*-Fall in NJA 1951, S. 6; *Andersson* in Kapitalskyddet, S. 24f; *Grosskopf* in Vinstbolag, S. 43.

¹²³ Vgl. *Andersson* in Om vinstutdelning från aktiebolag, S. 459.

¹²⁴ Siehe insbesondere den so genannten *Sveton*-Fall in NJA 1980, S. 311, der zwar nur die Gewährung einer Sicherheit im Rahmen eines Pfandvertrages betrifft, dessen Grundsätze aber auch auf andere Formen von Sicherheiten anzuwenden sind, wie beispielsweise auf die Gewährung einer Bürgschaft oder Hypothek; diese in der Literatur verbreitete Ansicht bestätigte das Höchste Gericht (schwedisch: „HD“) in NJA 1999, S. 426; siehe auch NJA 1995, S. 418; *Andersson* in Om vinstutdelning från aktiebolag, S. 459f; *Andersson/ Johansson/ Skog* in ABL-Kommentar II, S. 12:5; *Grosskopf* in Vinstbolag, S. 56ff; *Rodhe* in Balans 1981, Nr. 1, S. 4.

¹²⁵ Siehe NJA 1980, S. 311; *Grosskopf* in Vinstbolag, S. 56.

¹²⁶ NJA 1980, S. 311.

praktisch wertlos oder das Gewähren der Sicherheit aus einem sonstigen Grund für die Gesellschaft wirtschaftlich nachteilig ist und sich damit vermögensmindernd auswirkt¹²⁷.

Ist die Muttergesellschaft insolvent und ist der Regressanspruch der Tochtergesellschaft gegen sie aus diesem Grund wertlos, so wirkt sich die Gewährung der „upstream security“ mit dem Risiko der Inanspruchnahme stets vermögensmindernd auf das Vermögen der Tochtergesellschaft aus und die „upstream security“ ist als Auszahlung im Sinne des Auszahlungsverbotens anzusehen¹²⁸. Ein selbständiges „Konzerninteresse“, das die Risiken der Inanspruchnahme der Sicherheit aufwiegen könnte und unter Umständen auch würde, besteht nach allgemeiner Ansicht bei der Gewährung von „upstream securities“ nicht. Daher ist im Zusammenhang mit „upstream securities“ nach denselben Kriterien wie bei anderen Sicherheiten zu beurteilen, ob ihre Gewährung gegenleistungsfrei erfolgt oder nicht¹²⁹.

Es ist also im Einzelfall zu untersuchen, ob die Tochtergesellschaft durch die Gewährung der Sicherheit einen, möglicherweise auch indirekten, wirtschaftlichen Vorteil erlangt, der das für die Tochtergesellschaft mit der Gewährung der Sicherheit verbundene Risiko aufwiegt¹³⁰.

Ein solcher Vorteil kann beispielsweise darin bestehen, dass die Tochtergesellschaft selbst- sei es direkt oder über eine interne Weiterleitung- in einem dem Umfang der Sicherheit angemessenen Ausmaß an dem von der Muttergesellschaft bei einem Dritten aufgenommenen und von der Tochtergesellschaft besicherten Darlehen teilhat. Ferner kann das für die Tochtergesellschaft mit der Gewährung der Sicherheit verbundene Risiko auch dadurch aufgewogen werden, dass die Muttergesellschaft nur mit Hilfe des durch die Sicherheit ermöglichten Darlehens bestimmte, für das wirtschaftliche Fortkommen der Tochtergesellschaft notwendige Geschäfte mit dieser unterhalten kann. Erhält die Tochtergesellschaft indes keine solchen wirtschaftlichen Vorteile im

¹²⁷ *Andersson* in *Om vinstutdelning från aktiebolag*, S. 460ff; *Andersson/ Johansson/ Skog* in *ABL-kommentar II*, S. 12:5; *Lindskog* in *JF-Kommentaren ABL*, S. 47f; *Nerep* in *Aktiebolagsrättsliga studier*, S. 133.

¹²⁸ *Nerep* in *Aktiebolagsrättsliga studier*, S. 133f; *Rodhe* in *Balans 1981*, Nr. 1, S. 4f.

¹²⁹ *Andersson* in *Om vinstutdelning från aktiebolag*, S. 471; *Lindskog* in *JF-Kommentaren ABL*, S. 48; *Müllern* in *TSA 1981*, S. 34f; *Rodhe* in *Aktiebolagsrätten*, S. 130; *Walén* in *Borgen och tredjemanspart*, S. 99.

¹³⁰ *Lindskog* in *JF-Kommentaren ABL*, S. 48; *Nial* in *Aktiebolagens och andra företags borgensförbindelser*, S. 15f.

Gegenzug für die Gewährung der Sicherheit, so ist die „upstream security“ gegenleistungsfrei gewährt worden und kann als Auszahlung im Sinne des Kapitels 12, § 1 ABL anzusehen sein.

Allerdings betrifft das Auszahlungsverbot des Kapitels 12, § 1 ABL nach seinem Wortlaut nur Auszahlungen *an die Gesellschafter*. „Upstream securities“ werden streng genommen hingegen nicht der Gesellschafterin Muttergesellschaft, sondern vielmehr einem Dritten, nämlich dem Darlehensgeber, gewährt. Daher könnte es zweifelhaft sein, ob „upstream securities“ tatsächlich als Auszahlung an einen Gesellschafter klassifiziert werden können. Allerdings ist jedenfalls für die Fälle, dass die Sicherheit zugunsten eines Gesellschafters gewährt wird und diesem folglich wenigstens mittelbar zugute kommt, allgemein anerkannt, dass auch das Gewähren von Sicherheiten an Dritte unter den Begriff der Auszahlung an Gesellschafter im Sinne des Kapitels 12, § 1 ABL fallen kann¹³¹.

Diese letztgenannte Voraussetzung des jedenfalls mittelbaren Nutzens der Sicherheit für die Gesellschafterin Muttergesellschaft ist im Fall der „upstream securities“ in aller Regel erfüllt. Denn die Gesellschafterin Muttergesellschaft profitiert von einer von der Tochtergesellschaft gewährten „upstream security“ stets zumindest mittelbar, da ihr ohne diese Sicherheit das zugrunde liegende Darlehen nicht oder jedenfalls nur unter erschwerten Bedingungen gewährt würde.

Eine „upstream security“, die nach einer Einzelfallabwägung als gegenleistungsfrei gewährt anzusehen ist, ist daher als aktiengesellschaftsrechtliche Auszahlung zu klassifizieren und fällt somit in den Anwendungsbereich des Auszahlungsverbotes des Kapitels 12, § 1 ABL. Ihre Zulässigkeit ist demnach an den Anforderungen dieser Vorschrift zu messen.

2.2.1.3.2.2 Die Ausnahmen vom Auszahlungsverbot des Kapitels 12, § 1 ABL

Nach Kapitel 12, § 1 ABL gibt es für eine AB nur vier legale Möglichkeiten, eine Auszahlung an ihre Gesellschafter vorzunehmen, und zwar

1. im Einklang mit den Gewinnausschüttungsregeln des 12. Kapitels des ABL,

¹³¹ Andersson/ Johansson/ Skog in ABL-kommentar II, S. 12:5; Andersson in SvJT 1998, S. 65.

2. als Auszahlung im Rahmen der Herabsetzung des gebundenen Kapitals nach den Regeln der Kapitel 6 und 12, § 4 ABL,
3. als Ausschüttung bei der Auflösung der Gesellschaft gemäß Kapitel 13 ABL oder
4. beim Erwerb eigener Aktien im Einklang mit Kapitel 7 ABL¹³².

Das Sicherungsmittel der „upstream security“ ist weder eine Auszahlung im Rahmen der Herabsetzung des gebundenen Kapitals noch eine Ausschüttung im Zusammenhang mit der Auflösung der Gesellschaft, noch ist sie eine Auszahlung im Rahmen des Erwerbs eigener Aktien durch die Gesellschaft selbst. Daher können „upstream securities“ allenfalls dann zulässig sein, wenn sie im Einklang mit den Gewinnausschüttungsregeln des Kapitels 12 ABL stehen. Im Folgenden beschränkt sich die vorliegende Untersuchung daher auf die Frage der Zulässigkeit von „upstream securities“ gemäß den für Gewinnausschüttungen geltenden Regelungen.

2.2.1.3.2.2.1 „Upstream securities“ als Gewinnausschüttung im Sinne des Kapitels 12 ABL

Eine gegenleistungsfreie „upstream security“, die eine Auszahlung im Sinne des Auszahlungsverbotes des Kapitels 12, § 1 ABL darstellt, ist ausnahmsweise zulässig, wenn sie im Einklang mit den für die Gewinnausschüttung in der AB geltenden Regelungen des Kapitels 12 ABL steht.

Das Grundprinzip der Gewinnausschüttungsregeln findet sich in Kapitel 12, § 2 Abs. 1 ABL und bestimmt, dass das Vermögen der Gesellschaft nach erfolgter Gewinnausschüttung die Forderungen gegen die Gesellschaft noch decken muss und das gebundene Kapital der Gesellschaft¹³³ nicht beeinträchtigt sein darf. Ferner darf eine Gewinnausschüttung gemäß dieser Vorschrift den Betrag nicht übersteigen, der in der letzten festgestellten Bilanz zur Gewinnausschüttung vorgesehen wurde.

Aus dieser so genannten Betragsregel des Kapitels 12, § 2 Abs. 1 ABL folgt mit anderen Worten, dass im Rahmen einer Gewinnausschüttung nur das so genannte freie

¹³² Der Erwerb eigener Aktien ist gemäß Kapitel 7, § 3 ABL grundsätzlich nur den „publika“ AB erlaubt. Nur in bestimmten Ausnahmefällen dürfen auch „privata“ AB eigene Aktien erwerben, siehe Kapitel 7, § 3 Abs. 2 und § 4 ABL.

¹³³ Zur Definition des gebundenen Kapitals, zu dem das Stammkapital sowie die gebundenen Fonds der Gesellschaft gehören, siehe Kapitel 5, § 14 Abs. 1 ÄRL.

eigene Kapital der Gesellschaft bis zu dem Betrag, der in der letzten festgestellten Bilanz dafür vorgesehen wurde, ausgezahlt werden darf¹³⁴.

Bei der Beurteilung der Frage, was im Einzelfall als freies eigenes Kapital anzusehen ist und für eine Auszahlung im Einklang mit den Gewinnausschüttungsregeln zur Verfügung steht, spielt folglich die letzte *festgestellte* Bilanz eine entscheidende Rolle. Der Gewinn des laufenden Geschäftsjahres darf hingegen nicht ausgezahlt werden¹³⁵.

Eine weitere Beschränkung der Auszahlungsmöglichkeiten im Rahmen einer Gewinnausschüttung folgt aus Abs. 2 derselben Vorschrift, der die so genannte Vorsichtigkeitsregel (schwedisch: „försiktighetsregeln“) beinhaltet. Nach dieser Regel darf eine Gewinnausschüttung in keinem Fall einen so großen Betrag umfassen, dass sie im Hinblick auf einen eventuellen Konsolidierungsbedarf der Gesellschaft oder des Konzerns, der Liquidität oder der Stellung der Gesellschaft im Übrigen gegen die so genannten guten Geschäftssitten verstößt.

Der relevante Zeitpunkt für die Bewertung der für die Gewinnausschüttung zur Verfügung stehenden Mittel ist seit der höchstrichterlichen Entscheidung im Sveton-Fall der Zeitpunkt, in dem die Sicherheit gewährt wird¹³⁶.

„Upstream securities“ stellen daher dann eine aufgrund des Auszahlungsverbotes unzulässige Auszahlung dar, wenn im Zeitpunkt ihrer Gewährung kein wirtschaftlich adäquater Ausgleich für das mit der Gewährung der Sicherheit verbundene Risiko erwartet werden kann und der Umfang der Sicherheit in dem Moment ihrer Bestellung entweder nicht vom Rahmen des freien eigenen Kapitals im Sinne der Betragsregel des Kapitels 12, § 2 Abs. 1 ABL gedeckt ist oder die Grenzen der Vorsichtigkeitsregel nach Abs. 2 der Vorschrift nicht eingehalten werden. Kann dagegen zwar kein wirtschaftlich adäquater Ausgleich für das mit der Gewährung der Sicherheit verbundene Risiko erwartet werden, ist der Umfang der Sicherheit im Moment ihrer Bestellung aber vom freien eigenen Kapital gedeckt und sind die Grenzen der Vorsichtigkeitsregel

¹³⁴ *Andersson/Johansson/Skog* in ABL-kommentar II, S. 12:10; *Grosskopf* in *Vinstbolag*, S. 42; *Lindskog* in JF-Kommentaren ABL, S. 54.

¹³⁵ *Grosskopf* in *Vinstbolag*, S. 42.

¹³⁶ NJA 1980, S. 311, obwohl hier nur für Fall des Pfandes entschieden wurde, gilt dieser Zeitpunkt auch im Falle anderer Sicherheitsformen, beispielsweise der Bürgschaft; so auch *Nerep* in *Aktiebolagsrättsliga studier*, S. 162; siehe auch *Nial* in *Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser*, S. 23; *Rodhe* in *Balans* 1981, Nr. 1, S. 4f.

eingehalten, so ist die „upstream security“ als grundsätzlich zulässige Gewinnausschüttung anzusehen.

2.2.1.3.2.2.2 Die Zuständigkeit für den Beschluss über die Gewinnausschüttung

Gemäß Kapitel 12, § 3 Abs. 1 setzt eine Gewinnausschüttung einen Beschluss der Hauptversammlung der Aktionäre voraus.

Da „upstream securities“ jedoch, wie oben¹³⁷ gezeigt, verdeckte Auszahlungen sind, werden sie in aller Regel gerade nicht als Gewinnausschüttung und daher auch nicht von der Hauptversammlung beschlossen. Sie werden gewöhnlich vielmehr im Rahmen eines Sicherungsvertrages gewährt, der vom geschäftsführenden Direktor der AB in Stellvertretung für die Gesellschaft abgeschlossen wird. Er ist in aller Regel auch derjenige, der im weiteren Verlauf die tatsächliche Gewährung der Sicherheit, also die Eintragung einer Hypothek oder eine andere, dem Sicherungsvertrag entsprechende Maßnahme veranlasst. Somit liegt einer „upstream security“ im Normalfall nicht ein Beschluss der Gesellschafterversammlung, sondern vielmehr allein ein Beschluss des geschäftsführenden Direktors zugrunde.

Dass das falsche Gesellschaftsorgan über eine Gewinnausschüttung entscheidet, ändert nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Suecia-Fall aber nichts daran, dass die betreffende Maßnahme als Gewinnausschüttung zu klassifizieren und ihre Zulässigkeit an den Gewinnausschüttungsregeln des Kapitels 12 ABL zu messen ist¹³⁸. Dies wird unter anderem damit begründet, dass die Pflicht zur Rückzahlung, die gemäß Kapitel 12, § 5 ABL den Empfänger einer unzulässigen Gewinnausschüttung sowie gegebenenfalls diejenigen, die an ihrem Zustandekommen mitgewirkt haben, trifft, nicht durch die Geltendmachung eines Formfehlers umgangen werden kann¹³⁹. Vielmehr handelt es sich bei einer Gewinnausschüttung, die mit einem solchen Formfehler behaftet ist, stets um eine unzulässige Gewinnausschüttung.

Eine „upstream security“, der kein Beschluss der Hauptversammlung der Gesellschafter – sei es auch gegebenenfalls nur ein Beschluss der Alleingesellschafterin

¹³⁷ Siehe oben unter Punkt 2.2.1.3.2.1 dieser Arbeit.

¹³⁸ NJA 1951, S. 6; *Andersson/ Johansson/ Skog* in ABL-Kommentar II, S. 12:5; *Grosskopf* in *Vinstudielning*, S. 51.

¹³⁹ NJA 1951, S. 6; *Grosskopf* in *Vinstudielning*, S. 51.

Muttergesellschaft – zugrunde liegt, ist somit schon gemäß Kapitel 12, § 3 ABL wegen des Verstoßes gegen die Zuständigkeitsregeln stets unzulässig.

2.2.1.3.2.2.3 Keine „Heilung“ von Verstößen gegen Kapitel 12, §§ 1 und 2 ABL durch Zustimmung aller Gesellschafter

Da das Auszahlungsverbot mit den Gewinnausschüttungsregeln unter anderem den Zweck hat, den Gläubigern der Gesellschaft das Kapital zur Begleichung ihrer Forderungen zu erhalten¹⁴⁰, es sich also um Gläubigerschutzvorschriften handelt, haben die Gesellschafter nicht die Möglichkeit, durch ihre Zustimmung zu einer gegen die Betrags- oder die Vorsichtigkeitsregel verstoßenden „upstream security“ dieser die Rechtswidrigkeit in jener Hinsicht zu nehmen¹⁴¹.

Auch im Falle eines einstimmigen Gesellschafterbeschlusses, beispielsweise auch der Alleingesellschafterin Muttergesellschaft, ist eine „upstream security“, die gegen die Vorschriften des Kapitels 12, §§ 1 und 2 ABL verstößt, daher rechtlich unzulässig.

2.2.1.3.2.2.4 Die Unwirksamkeit unzulässiger „upstream securities“

Stellt sich eine „upstream security“ als unzulässige, verdeckte Gewinnausschüttung dar und verstößt sie damit gegen das Auszahlungsverbot des Kapitels 12 ABL, so kann dies die Unwirksamkeit der Sicherheit zur Folge haben¹⁴². Ob die Sicherheit tatsächlich unwirksam ist, hängt davon ab, ob es sich um eine solche „upstream security“ handelt, die vom geschäftsführenden Direktor allein beschlossen und gewährt wurde, oder um eine solche, der ein Beschluss der Hauptversammlung nach Kapitel 12, § 3 ABL zugrunde liegt.

Bei Sicherheiten der letztgenannten Art muss die Unwirksamkeit des Beschlusses der Hauptversammlung gemäß Kapitel 9, §§ 39, 40 ABL innerhalb von drei Monaten im Wege einer Anfechtungsklage gerichtlich geltend gemacht werden, um einzutreten. Während dieses Zeitraumes von drei Monaten ist der Beschluss – und damit auch die „upstream security“ – also nur schwebend unwirksam und nach einem fruchtlosen

¹⁴⁰ *Lindskog* in JF-Kommentaren ABL, S. 36f.

¹⁴¹ Siehe dazu auch den so genannten Suecia-Fall in NJA 1951, S. 6.

¹⁴² Prop. 1975:103, S. 415; *Grosskopf* in Vinstutdelning, S. 59; *Posselius/ Grosskopf* in Skyddet för aktiebolagets egna kapital, S. 23.

Ablauf der Dreimonatsfrist gewinnt er trotz des Verstoßes gegen das Auszahlungsverbot Rechtswirksamkeit.

Bei solchen „upstream securities“, die gewährt wurden, ohne dass ihnen ein Beschluss der Hauptversammlung zugrunde liegt, liegt folglich auch kein gemäß Kapitel 9, §§ 39, 40 ABL angreifbarer Beschluss vor, da sich diese Vorschrift ausschließlich auf Beschlüsse der Hauptversammlung bezieht. Eine vergleichbare Vorschrift zur Geltendmachung der Unwirksamkeit von rechtsfehlerhaften Beschlüssen des geschäftsführenden Direktors existiert im ABL nicht. Daher, und weil Beschlüsse des geschäftsführenden Direktors, die eine unzulässige, verdeckte Gewinnausschüttung beinhalten, schon aufgrund des Formverstoßes gegen Kapitel 12, § 3 ABL unwirksam sind, ist die Geltendmachung ihrer Unwirksamkeit nicht erforderlich¹⁴³. Dementsprechend sind solche vom geschäftsführenden Direktor allein gewährten „upstream securities“, die nicht auf einem Beschluss der Hauptversammlung basieren, von Anfang an rechtlich unwirksam.

2.2.1.4 Das Verhältnis der beiden Darlehensverbote des Kapitels 12, § 7 ABL und ihrer Ausnahmen zum Auszahlungsverbot und den Gewinnausschüttungsregeln des Kapitels 12, § 1 und 3 ABL

Die beiden Darlehensverbote samt ihrer Ausnahmen und das Auszahlungsverbot mit den Gewinnausschüttungsregeln stehen vollkommen selbständig nebeneinander. Dies wurde insbesondere in einer höchstrichterlichen Entscheidung aus dem Jahre 1990 deutlich, in der das Höchste Gericht (schwedisch: „Högsta Domstolen“, HD) urteilte, dass auch ein Darlehen, das im Einklang mit der Konzernausnahme des Kapitels 12, § 7 Abs. 2 Nr.2 ABL gewährt wurde, eine unzulässige verdeckte Gewinnausschüttung darstellen kann¹⁴⁴. Demnach müssen auch in dem Fall, dass die Konzernausnahme vom allgemeinen Darlehensverbot eingreift, die Voraussetzungen der Gewinnausschüttungsregeln des Kapitels 12, § 1 und 3 ABL erfüllt sein, damit die „upstream security“ rechtlich zulässig ist¹⁴⁵.

¹⁴³ *Lindskog* in JF-Kommentaren ABL, S. 82f und 138.

¹⁴⁴ NJA 1990, S. 343.

¹⁴⁵ Für Darlehen siehe schon den *Suecia*-Fall in NJA 1951, S. 6; siehe auch *Johansson* in Nials Svensk

Ob das Vorliegen einer Ausnahmegenehmigung der zuständigen Finanzbehörde gemäß Kapitel 12, § 8 ABL einen Verstoß gegen das Auszahlungsverbot und die Gewinnausschüttungsregeln des Kapitels 12 ABL heilen kann, ist bis heute noch nicht höchstrichterlich entschieden. Da die praktische Bedeutung der Ausnahmegenehmigung gemäß Kapitel 12, § 8 ABL im Zusammenhang mit „upstream securities“ allerdings verschwindend gering ist, wird hier auf eine Erörterung dieser Frage verzichtet und auf die einschlägige Literatur verwiesen¹⁴⁶.

2.2.1.5 Die Überschreitung der Vertretungsmacht durch den geschäftsführenden Direktor gemäß Kapitel 12, § 3 und Kapitel 8, §§ 25, 30 ABL

Wie oben¹⁴⁷ ausgeführt, wird die Gewährung einer „upstream security“ in der wirtschaftlichen Praxis häufig von dem geschäftsführenden Direktor der Gesellschaft vorgenommen, ohne dass es zuvor zu einem Beschluss der zuständigen Hauptversammlung der Gesellschafter gekommen ist. In den Fällen, in denen die „upstream security“ als (verdeckte) Gewinnausschüttung gemäß Kapitel 12, §§ 1 und 2 ABL zu klassifizieren ist, folgt die Überschreitung der Kompetenzen des geschäftsführenden Direktors schon aus der Missachtung der Zuständigkeit der Hauptversammlung nach der oben erwähnten Formvorschrift des Kapitels 12, § 3 ABL.

In den Fällen, in denen die „upstream security“ hingegen mangels Gegenleistungsfreiheit nicht als Auszahlung und damit auch nicht als (verdeckte) Gewinnausschüttung zu klassifizieren ist, gilt indes auch die Zuständigkeitsvorschrift des Kapitels 12, § 3 ABL nicht.

Handelt es sich bei einer „upstream security“ mangels Gegenleistungsfreiheit nicht um eine Auszahlung im Sinne des Kapitels 12, § 1 ABL, so bestimmt sich der Umfang der Vertretungsmacht des geschäftsführenden Direktors gemäß Kapitel 8, § 30 ABL nach dem Umfang der von ihm wahrzunehmenden Aufgaben gemäß Kapitel 8, § 25 ABL. Die Vertretungsmacht des geschäftsführenden Direktors einer AB ist also beschränkt

associationsrätt i huvuddrag, S. 87; *Lindskog* in JF-Kommentaren ABL, S. 157; *Müllern* in JT 1990/91, S. 85ff; *Nial* in Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser, S. 25; *Posselius/Grosskopf* in Skyddet för aktiebolagets egna kapital, S. 65 und 70; *Rhode* in SvJT 1978, S. 370.

¹⁴⁶ Siehe zu dieser Frage *Rodhe* in Aktiebolagsrätt, S. 120 mit weiteren Nachweisen in Fußnote 35.

¹⁴⁷ Siehe oben unter Punkt 2.2.1.3.2.2.2 dieser Arbeit.

durch den von ihm gemäß Kapitel 8, § 25 ABL wahrzunehmenden Aufgabenkreis. Die im Innenverhältnis zur AB bestehende Geschäftsführungsbefugnis und die nach außen bestehende Vertretungsbefugnis des geschäftsführenden Direktors einer AB sind also, anders als beim Vorstand einer deutschen AG und beim Geschäftsführer einer deutschen GmbH, stets identisch. Maßgebend ist dabei der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis gemäß Kapitel 8, § 25 ABL.

Gemäß Kapitel 8, § 25 ABL ist der geschäftsführende Direktor grundsätzlich nur für die Geschäfte der so genannten laufenden Verwaltung der Gesellschaft zuständig. Alle diejenigen Geschäfte, die im Hinblick auf Umfang und Art der üblichen Geschäfte der Gesellschaft eher ungewöhnlich oder von großer Bedeutung für die Gesellschaft sind, liegen somit grundsätzlich außerhalb seiner Zuständigkeit bzw. Geschäftsführungsbefugnis und damit auch außerhalb seiner Vertretungsmacht¹⁴⁸. Welche Geschäfte nach dieser Definition von der Vertretungsmacht des geschäftsführenden Direktors umfasst sind und welche darüber hinausgehen, ist unter Berücksichtigung der jeweiligen Situation der betreffenden Gesellschaft im Einzelfall nach objektiven Kriterien zu entscheiden¹⁴⁹.

Für die Fälle der „upstream securities“ kann sowohl aufgrund ihres meist wirtschaftlich sehr erheblichen Umfangs als auch hinsichtlich der Tatsache, dass sie ihrer Art nach in der einseitigen Verpflichtung zur Begleichung der Schuld eines anderen bestehen, festgestellt werden, dass sie grundsätzlich nicht zum täglichen Geschäft einer durchschnittlichen AB gehören. Daher liegen sie in aller Regel außerhalb der Geschäfte der laufenden Verwaltung der Gesellschaft und sind somit aus dem Zuständigkeitsbereich des geschäftsführenden Direktors gemäß Kapitel 8, § 25 ABL ausgenommen und fallen gemäß Kapitel 8, § 29 ABL in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates. Allein in Ausnahmefällen, in denen die Gewährung von Sicherheiten zum täglichen Geschäft der Gesellschaft gehört, ist die Zuständigkeit und damit die Vertretungsmacht des geschäftsführenden Direktors für die Gewährung von „upstream securities“ gemäß Kapitel 8, §§ 25, 30 ABL zu bejahen.

¹⁴⁸ Åhman in Behörighet och befogenhet, S. 568ff; Bergström/ Samuelsson in Aktiebolagets grundproblem, S. 96.

¹⁴⁹ Åhman in Behörighet och befogenhet, S. 569; Bergström/ Samuelsson in Aktiebolagets grundproblem, S. 96f; siehe auch die Hinweise zur Rechtsprechung bei Hemström in Bolagens rättsliga ställning, S. 102.

Gewährt der geschäftsführende Direktor eine „upstream security“, die eine verdeckte Gewinnausschüttung darstellt, ohne dass dieser ein Beschluss der Hauptversammlung der Aktionäre zugrunde liegt, oder gewährt er eine „upstream security“, die keine Auszahlung im Sinne des Kapitels 12, § 1 ABL darstellt, ohne dass diese zu den Geschäften der laufenden Verwaltung der AB gehört, so überschreitet er seine Kompetenzen gemäß Kapitel 12, § 3 ABL bzw. gemäß Kapitel 8, §§ 25, 30 ABL. Eine unter solchen Umständen gewährte Sicherheit ist rechtswidrig¹⁵⁰.

Die Unwirksamkeit dieser unzulässigen Sicherheit ist gemäß Kapitel 8, § 35 Abs. 1 ABL indes nur dann die Folge, wenn die AB zeigen kann, dass die Gegenpartei nicht guten Glaubens hinsichtlich der Vollmacht des geschäftsführenden Direktors war, dass sie also erkannt hat oder jedenfalls hätte erkennen müssen, dass dieser bei der Gewährung der Sicherheit seine Kompetenzen überschritt.

2.2.1.6 Der Gleichheitsgrundsatz des Kapitels 3, § 1 ABL und die Generalklausel des Kapitels 8, § 34 ABL

Der Gleichheitsgrundsatz des Kapitels 3, § 1 ABL und die Generalklausel des Kapitels 8, § 34 ABL enthalten zwei grundlegende Prinzipien, die der geschäftsführende Direktor bei der Durchführung einer jeden Maßnahme beachten muss. Ihr Zweck ist es einerseits, Schutz für Minderheitsgesellschafter zu bieten, andererseits soll mit ihrer Hilfe auch ein Machtmissbrauch durch die Leitungsorgane der Gesellschaft verhindert werden¹⁵¹.

Nach dem Gleichheitsgrundsatz in Kapitel 3, § 1 Abs. 1 ABL haben „alle Aktien gleiches Recht“. Das bedeutet zunächst einmal, dass alle Aktionäre in ihrer Eigenschaft als solche von der Gesellschaft gleich zu behandeln sind¹⁵². Die genaue Tragweite dieser Vorschrift und insbesondere auch ihr Verhältnis zu der Generalklausel des

¹⁵⁰ Zu den weiteren Folgen dieser Kompetenzüberschreitung für den geschäftsführenden Direktor siehe unten unter Punkt 2.2.2.3 dieser Arbeit.

¹⁵¹ *Bergström/ Samuelsson* in *Aktiebolagets grundproblem*, S. 137; *Hemström* in *Bolagens rättsliga ställning*, S. 29; *Johansson* in *Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag*, S. 149; *Rodhe* in *Aktiebolagsrätten*, S. 243.

¹⁵² *Hemström* in *Bolagens rättsliga ställning*, S. 30.

Kapitels 8, § 34 ABL ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur und Praxis bis heute umstritten¹⁵³.

Nach der Generalklausel in Kapitel 8, § 34 ABL darf kein Gesellschafter zum Nachteil der anderen Gesellschafter oder der Gesellschaft selbst durch eine Maßnahme eines der vertretungsbefugten Organe der AB unangemessen bevorteilt werden. Teilweise wird aufgrund der im Verhältnis zum Gleichheitsgrundsatz konkreteren Ausgestaltung der Generalklausel angenommen, dass dem Gleichheitsgrundsatz des Kapitels 3, § 1 ABL daneben kein eigener Anwendungsbereich mehr zukommt¹⁵⁴. Diese Ansicht vermag jedoch nicht zu überzeugen, denn zwischen dem Gewähren eines nicht unangemessenen Vorteils an einen Gesellschafter und der Gleichbehandlung aller Aktionäre besteht noch ein so großer Spielraum, dass nicht ersichtlich ist, weshalb für den Gleichheitsgrundsatz kein eigener Anwendungsbereich bleiben sollte. Vielmehr ist daher der Gegenansicht zuzustimmen, die davon ausgeht, dass der Gleichheitsgrundsatz ein eigenständiges, strikt anzuwendende Prinzip ist, von dem allein gesetzlich vorgesehene Ausnahmen möglich sind, deren Zulässigkeit im Rahmen des Anwendungsbereichs der Generalklausel an dieser zu bemessen ist¹⁵⁵. Gleichheitsgrundsatz und Generalklausel ergänzen sich somit.

In diesem Zusammenhang ist jedoch zu bemerken, dass der Gleichheitsgrundsatz im Zusammenhang mit „upstream securities“ ohnehin nur in solchen Fällen relevant ist, in denen die Muttergesellschaft *nicht* Alleingesellschafterin der Tochtergesellschaft ist¹⁵⁶. Ist die Muttergesellschaft nämlich Alleingesellschafterin, so gibt es keine anderen Gesellschafter der Tochtergesellschaft, die gleich behandelt werden müssten. In diesen Fällen ist eine „upstream security“ zumindest im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz stets zulässig.

Für die übrigen Fälle der „upstream securities“ bedeutet der Gleichheitsgrundsatz, dass streng genommen allen Aktionären einer Tochter-AB, die in den Händen mehrerer verschiedener Aktionäre liegt, im Zusammenhang mit der Gewährung von „upstream securities“ insofern gleiches Recht eingeräumt werden muss, als dass entweder zugunsten aller oder keines Gesellschafters eine Sicherheit durch die

¹⁵³ Siehe dazu nur *Johansson* in Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag, S. 149.

¹⁵⁴ *Bergström/ Samuelsson* in Aktiebolagets grundproblem, S. 138.

¹⁵⁵ Vgl. *Hemström* in Bolagens rättsliga ställning, S. 30; *Johansson* in Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag, S. 152; *Pehrson* in Festskrift till Sveriges Advokatsamfund, S. 499ff.

¹⁵⁶ *Nial* in Aktiebolagets och andra företags borgensförbindelser, S. 13.

Tochtergesellschaft zu gewähren ist. Da auch keine im Gesetz verankerte Ausnahme eingreift, nach der es möglich ist, nur einem Aktionär diesen Vorteil zu gewähren, gilt dieser Grundsatz grundsätzlich uneingeschränkt. Wird im Rahmen der Gewährung einer „upstream security“ gegen diesen Gleichheitsgrundsatz verstoßen, so ist die Sicherheit rechtswidrig und damit unzulässig.

Allerdings verhält es sich in der Praxis selten so, dass alle Gesellschafter zugleich der Gewährung einer Sicherheit bedürfen. Dem entspricht auch die Tatsache, dass jeder Gesellschafter im Einzelfall dem Schutz, den ihm der Gleichheitsgrundsatz bietet, entsagen und einer Ungleichbehandlung zustimmen kann. Stimmen alle ungleich behandelten Gesellschafter, beispielsweise im Rahmen einer Hauptversammlung, der Gewährung der Sicherheit zugunsten der Gesellschafterin Mutter-AB zu, so ist die „upstream security“ trotz der Regelung des Gleichheitsgrundsatzes in Kapitel 3, § 1 Abs. 1 ABL rechtmäßig und damit zulässig¹⁵⁷.

Gemäß der Generalklausel des Kapitels 8, § 34 ABL darf die Muttergesellschaft aber auch in diesen Fällen nicht durch die Gewährung der Sicherheit zu Lasten anderer Gesellschafter der Tochtergesellschaft oder zu Lasten der Tochtergesellschaft selbst unangemessen bevorteilt werden. Ob eine unangemessene Bevorteilung zu Lasten der Tochtergesellschaft selbst oder der anderen Gesellschafter der Tochtergesellschaft vorliegt, richtet sich nach den tatsächlichen Auswirkungen der Maßnahme, also der Gewährung der „upstream security“ auf die Gesellschaft und die Stellung der Gesellschafter in der Gesellschaft¹⁵⁸.

Liegt die Gewährung der „upstream security“ auch im wirtschaftlichen Interesse der Tochtergesellschaft, so geht sie folglich nicht zu Lasten der Stellung der Gesellschafter in der Gesellschaft und erst recht nicht zu Lasten der Gesellschaft. Von einer „unangemessenen Bevorteilung“ der Gesellschafterin Muttergesellschaft kann in einer solchen Situation also keine Rede sein. In Konzernen bringt es in den meisten Fällen die Interessengemeinschaft der Konzernunternehmen mit sich, dass „upstream securities“ auch im wirtschaftlichen Interesse der Tochtergesellschaft und deren übriger Aktionäre liegen¹⁵⁹, so dass hier nur in Ausnahmefällen eine unangemessene Bevorteilung der

¹⁵⁷ *Nerep* in *Aktiebolagsrättsliga studier*, S. 150.

¹⁵⁸ *Rodhe* in *Aktiebolagsrätt*, S. 244.

¹⁵⁹ Siehe dazu auch die Ausführungen in der Einleitung zu dieser Arbeit unter Punkt 1.1.2 zu den Vorteilen des Cash Managements.

Muttergesellschaft anzunehmen ist. Ein Verstoß gegen die Generalklausel liegt daher in aller Regel bei „upstream securities“ nicht vor¹⁶⁰.

2.2.1.7 Der ungeschriebene Grundsatz vom Gesellschaftsgegenstand

Gemäß Kapitel 2, § 4 Abs. 1 Nr. 3 ABL ist in der Satzung der AB der Gesellschaftsgegenstand stets, der Gesellschaftszweck nach Kapitel 12, § 1 Abs. 3 ABL dann zwingend anzugeben, wenn er nicht darin besteht, den Gesellschaftern Gewinn zu bereiten. Nach dem Grundsatz vom Gesellschaftsgegenstand soll das Gesellschaftsvermögen nicht für solche Zwecke verwendet werden, die dem Gesellschaftsgegenstand fremd sind¹⁶¹. Es ist daher nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Gewährung einer „upstream security“ unter dem Aspekt des Grundsatzes vom Gesellschaftsgegenstand unzulässig ist. Zwar ist dieser Grundsatz im heutigen ABL nicht mehr ausdrücklich normiert¹⁶², doch folgt er schon aus der Tatsache, dass die Gesellschaftsorgane rechtlich an die Satzung gebunden sind¹⁶³. Ferner wird die Existenz des Grundsatzes vom Gesellschaftsgegenstand in der Regelung des Kapitels 12, § 6 ABL vorausgesetzt, die eine Ausnahme von diesem Grundsatz enthält.

Gemäß Kapitel 12, § 1 Abs. 3 ABL wird mangels einer abweichenden Regelung in der Satzung vermutet, dass der Gesellschaftszweck einer AB in deren Gewinnstreben besteht¹⁶⁴. Unter dem Gesellschaftsgegenstand hingegen ist das in der Satzung definierte Tätigkeitsgebiet der Gesellschaft zu verstehen, mit dem die AB ihren Zweck, also in aller Regel das Erzielen von Gewinn, verfolgt¹⁶⁵. Dieser Gesellschaftsgegenstand ist von Gesellschaft zu Gesellschaft individuell verschieden und kann in allen denkbaren Tätigkeiten von der Möbelproduktion über die Tierzucht bis hin zu Dienstleistungen verschiedener Art oder auch in dem Betreiben von Spekulationsgeschäften bestehen.

¹⁶⁰ Vgl. auch *Nial* in *Aktiebolagets och andra företags borgensförbindelser*, S. 25.

¹⁶¹ Siehe *Rodhe* in *Aktiebolagsrätt*, S. 243.

¹⁶² Im ABL von 1910 war er in den §§ 55 und 66 und im ABL von 1944 in § 76 enthalten, wurde 1975 aber nicht wieder übernommen; siehe dazu auch *Åhman* in *Behörighet och befogenhet*, S. 684.

¹⁶³ Siehe Prop. 1975:103, S. 382; SOU 1971:15, S. 216; *Andersson/ Johansson/ Skog* in *ABL-Kommentar I*, S. 8:68f.

¹⁶⁴ *Åhman* in *Behörighet och befogenhet*, S. 676.

¹⁶⁵ *Åhman* in *Behörighet och befogenhet*, S. 676; *Hemström* in *Bolagens rättsliga ställning*, S. 29.

Bei der Beurteilung, ob eine Maßnahme dem Gesellschaftsgegenstand einer AB fremd ist, darf das „Fremdsein“ indes nicht zu eng interpretiert werden. Vielmehr sind nur solche Maßnahmen dem Gesellschaftsgegenstand im Sinne des Grundsatzes vom Gesellschaftsgegenstand fremd, die ihm *offensichtlich* fremd sind¹⁶⁶. Doch ist gerade das Gewähren einer Sicherheit wie einer „upstream security“ als einseitige Verpflichtung zur Begleichung der Schuld eines anderen, sei es auch eines Gesellschafters der AB, schon von seiner Art her mit den wenigsten denkbaren Gesellschaftsgegenständen vereinbar¹⁶⁷. Es ist daher in aller Regel anzunehmen, dass die „upstream security“ dem Gesellschaftsgegenstand offensichtlich fremd ist. Grundsätzlich können „upstream securities“ nur in solchen seltenen Ausnahmefällen unter dem Aspekt des Grundsatzes vom Gesellschaftsgegenstand zulässig sein, in denen entweder die Gewährung von „upstream securities“ ausdrücklich im Gesellschaftsgegenstand in der Satzung genannt ist oder in denen derart besondere Umstände vorliegen, dass das Gewähren der Sicherheit einen natürlichen wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Gesellschaftsgegenstand bildet¹⁶⁸.

Da der Schutzzweck dieses Grundsatzes die Bewahrung der Minderheitsaktionäre vor für sie und die Gesellschaft nachteiligen Transaktionen ist, steht den Minderheitsaktionären auch das Dispositionsrecht über die aus diesem Grundsatz folgenden Rechte zu¹⁶⁹. Stimmen daher sämtliche Gesellschafter einer dem Gesellschaftsgegenstand offensichtlich fremden „upstream security“ zu, so ist diese jedenfalls nicht wegen eines Verstoßes gegen Grundsatz vom Gesellschaftsgegenstand unzulässig.

Ein Verstoß gegen den Grundsatz vom in der Satzung bestimmten Gesellschaftsgegenstand hat gemäß Kapitel 8, § 35 Abs. 2 S. 2 ABL in keinem Falle die Unwirksamkeit, sondern stets allein die Unzulässigkeit der „upstream security“ zur Folge.

¹⁶⁶ Siehe NJA 2000, S. 404 und NJA 1987, S. 394, der zwar einen Idealverein betrifft, in dem das Höchste Gericht sich auf S. 402 aber auch dahingehend bzgl. der Voraussetzungen bei einer AB äußert; *Åhman* in *Behörighet och befogenhet*, S. 684; *Andersson/Johansson/Skog* in *ABL-Kommentar I*, S. 8:69; *Hemström* in *Bolagens rättsliga ställning*, S. 29; *Johansson* in *Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag*, S. 148.

¹⁶⁷ *Nial* in *Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser*, S. 11.

¹⁶⁸ *Nial* in *Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser*, S. 11.

¹⁶⁹ *Hemström* in *Bolagens rättsliga ställning*, S. 29; *Nerep* in *Aktiebolagsrättsliga studier*, S. 150; *Rodhe* in *Aktiebolagsrätt*, S. 243.

2.2.1.8 Zusammenfassung zur Zulässigkeit von „upstream securities“ nach schwedischem Zivilrecht

„Upstream securities“, die zum Zwecke des Aktienerwerbs, also vor dessen Vollendung, gewährt werden, verstoßen stets gegen das spezielle Erwerbsdarlehens- und Erwerbssicherheitsverbot des Kapitels 12, § 7 Abs. 3 ABL. Allein für „privata“ AB besteht die – bislang jedoch rein theoretische – Möglichkeit, in den sehr eng begrenzten Ausnahmefällen des Vorliegens „besonderer Umstände“ eine Ausnahmegenehmigung gemäß Kapitel 12, § 8 Abs. 1 ABL zu erhalten.

In den übrigen Fällen der Gewährung von „upstream securities“, also denjenigen, in denen die Sicherheit nach der Vollendung oder unabhängig von einem Aktienerwerb an der Tochter-AB gewährt wird, greift zwar grundsätzlich zunächst das allgemeine Darlehens- und Sicherheitsverbot des Kapitels 12, § 7 Abs. 1 ABL ein, zugleich ist jedoch stets auch die Konzernausnahme des Kapitels 12, § 7 Abs. 2 Nr. 2 ABL anwendbar. Unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Darlehens- und Sicherheitsverbotes des Kapitels 12, § 7 Abs. 1 ABL sind „upstream securities“ daher immer zulässig.

Allerdings liegt in „upstream securities“ eine unzulässige Gewinnausschüttung und damit ein Verstoß gegen das Auszahlungsverbot des Kapitels 12, § 1 ABL, wenn der Umfang der Sicherheit im Moment ihrer Bestellung entweder nicht vom Rahmen des freien eigenen Kapitals im Sinne der Betragsregel des Kapitels 12, § 2 Abs. 1 ABL gedeckt ist oder die Grenzen der Vorsichtigkeitsregel in Abs. 2 dieser Vorschrift nicht einhält und auch kein wirtschaftlich adäquater Ausgleich für das mit der Gewährung der Sicherheit verbundene Risiko erwartet werden kann. In diesen Fällen sind „upstream securities“ daher ebenso unzulässig wie in den Fällen, in denen zwar die soeben genannten Grenzen eingehalten worden sind, der Sicherheit aber nicht ein Beschluss der Hauptversammlung der Gesellschafter gemäß Kapitel 12, § 3 ABL zugrunde liegt.

Sofern eine „upstream security“, die nicht als Gewinnausschüttung in diesem Sinne zu klassifizieren ist, allein auf einem Beschluss des geschäftsführenden Direktors beruht, liegt darin eine rechtswidrige Überschreitung der Kompetenzen des geschäftsführenden

Direktors gemäß Kapitel 8, §§ 25 und 30 ABL, so dass die Sicherheit in diesen Fällen aus diesem Grunde rechtswidrig ist.

Einen Verstoß gegen den ungeschriebenen Grundsatz vom Gesellschaftsgegenstand beinhaltet die Gewährung einer „upstream security“ in aller Regel in den Fällen, in denen die Minderheitsaktionäre der Gewährung der Sicherheit nicht zugestimmt haben und in denen die Gewährung von „upstream securities“ nicht ausdrücklich im Gesellschaftsgegenstand der Satzung genannt ist oder in denen im Einzelfall ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen dem Gesellschaftsgegenstand und der Gewährung der Sicherheit nicht angenommen werden kann.

Gegen den Gleichheitsgrundsatz des Kapitels 3, § 1 ABL verstößt eine „upstream security“ dann, wenn sie von einer nicht hundertprozentigen Tochter der begünstigten Mutter-AB gewährt wird und keine Zustimmung der übrigen Gesellschafter der Tochter-AB zur Gewährung der Sicherheit vorliegt. Infolge des in aller Regel bestehenden gemeinsamen Konzerninteresses von Tochter- und Muttergesellschaft an der Gewährung einer „upstream security“ verstoßen „upstream securities“ in aller Regel nicht gegen die Generalklausel des Kapitels 8, § 34 ABL.

2.2.2 Zivilrechtliche Haftung eines geschäftsführenden Direktors im Zusammenhang mit der Gewährung von „upstream securities“ nach schwedischem Recht

2.2.2.1 Haftung des geschäftsführenden Direktors wegen eines Verstoßes gegen das Erwerbsdarlehens- und Erwerbssicherheitsverbot des Kapitels 12, § 7 Abs. 3 und 6 ABL

2.2.2.1.1 Die Schadensersatzpflicht des geschäftsführenden Direktors gemäß Kapitel 15, § 1 ABL

2.2.2.1.1.1 Haftungsvoraussetzungen

Im Bereich der Darlehens- und Sicherheitsverbote gibt es keine eigene Vorschrift, die eine Schadensersatzpflicht eines geschäftsführenden Direktors begründet, der an der rechtswidrigen Gewährung einer Sicherheit mitgewirkt hat. Allerdings hat sich das Höchste Gericht schon 1976 in der Begründung einer Entscheidung dahingehend geäußert, dass eine solche Ersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft nicht auszuschließen sei, sofern der Gesellschaft tatsächlich ein Schaden entstanden sei. Diese Ersatzpflicht könne auf Kapitel 15, § 1 ABL gestützt werden¹⁷⁰.

Der geschäftsführende Direktor hat gemäß Kapitel 15, § 1 ABL einerseits der Gesellschaft und andererseits unter Umständen auch den Gesellschaftern den Schaden zu ersetzen, den er dieser oder jenen bei der Erfüllung seines Geschäftsführungsauftrags vorsätzlich oder fahrlässig in einer ihm adäquat zurechenbaren Weise zugefügt hat¹⁷¹.

Die Sicherheit ist, wie oben¹⁷² ausgeführt, trotz eines Verstoßes gegen das Erwerbsdarlehens- und Erwerbssicherheitsverbot grundsätzlich rechtlich wirksam. Die Muttergesellschaft sowie der das Darlehen gewährende Dritte können daher in aller Regel zunächst die Geltendmachung der Sicherung verlangen. Gemäß Kapitel 12, § 5 Abs. 1 ABL ist zwar der durch eine zu Unrecht gewährte Sicherheit Begünstigte zur Rückerstattung des Empfangenen verpflichtet, jedoch sind auch Konstellationen

¹⁷⁰ NJA 1976, S. 618; *Andersson* in *Kapitalskyddet*, S. 145; *Kleineman* in *JT* 1997/98, S. 708; *Rodhe* in *Aktiebolagsrätten*, S. 122.

¹⁷¹ *Hemström* in *Bolagens rättsliga ställning*, S. 155.

¹⁷² Siehe die Ausführungen oben unter Punkt 2.2.1.2.4 dieser Arbeit mit den Nachweisen in Fußnote 109.

denkbar, in denen der Gesellschaft trotz dieser Pflicht zur Rückerstattung ein im Sinne des Kapitels 15, § 1 ABL ersatzfähiger Schaden entsteht. Ein solcher Schaden der Gesellschaft könnte beispielsweise insbesondere dann bestehen, wenn die Rückzahlungsforderung der Tochter- gegen ihre Muttergesellschaft aus der Sicherheit schon im Zeitpunkt der Gewährung der Sicherheit infolge der Insolvenz oder drohenden Insolvenz der Muttergesellschaft wertlos war¹⁷³.

Der geschäftsführende Direktor muss, damit eine Ersatzpflicht nach Kapitel 15, § 1 ABL eintritt, die schädigende Maßnahme - im Fall der „upstream securities“ also die Gewährung der Sicherheit - bei Erfüllung seines Geschäftsführungsauftrags, also in seiner Eigenschaft als geschäftsführender Direktor und im Rahmen der ihm aufgrund dieser Stellung obliegenden Führung der Geschäfte der Gesellschaft vorgenommen haben¹⁷⁴. Diese Voraussetzung ist bei geschäftlichen Maßnahmen wie der Gewährung einer „upstream security“, die der geschäftsführende Direktor als solcher und im Namen der Gesellschaft für diese vornimmt, stets gegeben. Insbesondere kann auch eine Überschreitung seiner Kompetenzen, beispielsweise, wenn er die Sicherheit gewährt, obwohl dies nicht vom Gesellschaftsgegenstand umfasst ist, nicht zu einer Haftungsbefreiung des geschäftsführenden Direktors führen. Auch wer bei Erfüllung seines Geschäftsführungsauftrags seine Kompetenzen überschreitet, handelt bei Erfüllung seines Auftrags und hat die Konsequenzen seines Handelns zu tragen.

Die Beurteilung von Vorsatz und Fahrlässigkeit sowie des adäquaten Kausalzusammenhanges zwischen dem Verhalten des geschäftsführenden Direktors auf der einen und dem entstandenen Schaden auf der anderen Seite richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Schadensersatzrechts¹⁷⁵ wie sie auch aus dem deutschen Recht bekannt sind.

2.2.2.1.1.2 Geltendmachung des Anspruchs

Der Anspruch gemäß Kapitel 15, § 1 ABL gegen den geschäftsführenden Direktor, der sowohl der Gesellschaft als auch einem einzelnen geschädigten Gesellschafter zusteht, darf gemäß Kapitel 15, § 7 ABL von der Gesellschaft nur dann auch tatsächlich geltend

¹⁷³ Vgl. *Rodhe* in *Aktiebolagsrätt*, S. 122.

¹⁷⁴ *Dotevall* in *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, S. 37; *Taxell* in *Bolagsledningens ansvar*, S. 8.

¹⁷⁵ SOU 1971:15, S. 353 und SOU 1995:44, S. 241f; prop. 1975:103, S. 540; *Andersson/ Johansson/ Skog* in *ABL-Kommentar II*, S. 15:2.

gemacht werden, wenn sich auf einer Hauptversammlung entweder die Mehrheit der Gesellschafter oder eine Minderheit von Gesellschaftern, die mindestens 10 Prozent aller Aktien innehat, einem Vorschlag zur Klageerhebung angeschlossen oder gegen einen Vorschlag zur Entlastung des geschäftsführenden Direktors gestimmt haben¹⁷⁶. Dieser Beschluss der Hauptversammlung ist eine echte Prozessvoraussetzung¹⁷⁷ für die anschließende Klage im Namen der Gesellschaft, der so genannten „actio pro socio“ gegen den geschäftsführenden Direktor¹⁷⁸.

Gemäß Kapitel 15, § 10 ABL ist der Anspruch der Gesellschaft gegen den geschäftsführenden Direktor aus Kapitel 15, § 1 ABL innerhalb eines Jahres seit Vorlage der Jahresbilanz und des Rechenschaftsberichtes für das Geschäftsjahr, in dem die rechtswidrige Maßnahme vorgenommen wurde, gerichtlich geltend zu machen.

Die Verjährungszeit für einen Anspruch, der sich nicht auf eine zugleich auch strafbare Handlung des geschäftsführenden Direktors gründet, beträgt gemäß Kapitel 15, § 13 Nr. 2 ABL fünf Jahre. Die Verjährungszeit für einen Anspruch, der im Zusammenhang mit einer Straftat entstanden ist¹⁷⁹, ergibt sich aus §§ 2 und 3 des Verjährungsgesetzes (schwedisch: „Preskriptionslagen“) und richtet sich grundsätzlich nach dem Zeitpunkt der Verjährung der Straftat.

2.2.2.1.2 Die Schadensersatzpflicht des geschäftsführenden Direktors gemäß Kapitel 2, § 2 SkL

Da die Regelungen des ABL zum Schadensersatz nicht erschöpfend sind, kann den geschäftsführenden Direktor auch die Schadensersatzpflicht gemäß Kapitel 2, § 2 des Schadensersatzgesetzes (schwedisch: „Skadeståndslagen“, SkL) treffen, sofern er sich im Zusammenhang mit dem Verstoß gegen eines der Darlehens- und Sicherheitsverbote strafbar gemacht hat¹⁸⁰. Im Rahmen dieser Vorschrift hat er den der Gesellschaft durch

¹⁷⁶ Siehe dazu auch die Ausführungen bei *Hemström* in *Bolagens rättsliga ställning*, S. 154f.

¹⁷⁷ NJA 1990, S. 286; *Johansson* in *Nials Svensk associationsrätt*, S. 345.

¹⁷⁸ *Johansson* in *Nials Svensk associationsrätt*, S. 70 und 345.

¹⁷⁹ Dazu siehe die Ausführungen unten unter Punkt 3.1 dieser Arbeit.

¹⁸⁰ Dies geht schon aus Kapitel 1, § 1 SkL hervor; zur Strafbarkeit des geschäftsführenden Direktors im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen eines der Darlehens- und Sicherheitsverbote siehe unten unter Punkt 3.1 dieser Arbeit; zur Schadensersatzhaftung gemäß Kapitel 2, § 2 SkL (früher: Kapitel 2, § 4 SkL) im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen ein Darlehens- und Sicherheitsverbot siehe NJA 1976, S. 618; NJA 1992, S. 717; *Andersson* in *Kapitalskyddet*, S. 145; *Andersson/ Johansson/ Skog* in *ABL-Kommentar II*, S. 15:3; *Johansson* in *Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag*, S. 342; *Nerep* in *Aktiebolagsrättsliga studier*, S. 417; *Posselius/ Grosskopf* in *Skyddet för aktiebolagets egna kapital*, S. 68.

die strafbare Handlung adäquat kausal entstandenen Vermögensschaden zu ersetzen, sofern er vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat.

2.2.2.2 Haftung des geschäftsführenden Direktors wegen eines Verstoßes gegen die Gewinnausschüttungsregeln und das Auszahlungsverbot des Kapitels 12 ABL

2.2.2.2.1 Die Fehlbetragshaftung gemäß Kapitel 12, § 5 Abs. 2 in Verbindung mit Kapitel 15, § 1 ABL

Gemäß Kapitel 12, § 5 Abs. 1 ABL trifft den Empfänger einer entgegen den Bestimmungen des ABL gewährten Auszahlung grundsätzlich eine Rückgewährpflicht hinsichtlich des Empfangenen. Wie bereits an früherer Stelle¹⁸¹ ausgeführt, stellt eine gegenleistungsfrei gewährte „upstream security“ eine aktiengesellschaftsrechtliche Auszahlung dar, so dass auch den Empfänger einer aktiengesellschaftsrechtlich unzulässigen „upstream security“ diese Rückgewährpflicht trifft. Für den Fall, dass die Gewährung der Sicherheit dabei als unzulässige Gewinnausschüttung anzusehen ist, ist der Empfänger jedoch nur dann rückgewährpflichtig, wenn die Gesellschaft zeigen kann, dass der Empfänger erkannt hat oder jedenfalls hätte erkennen müssen, dass die Gewährung der Sicherheit gegen die Bestimmungen des ABL verstieß.

Hat der geschäftsführende Direktor bei der der Gewährung der „upstream security“ zugrunde liegenden Beschlussfassung oder bei ihrer Durchführung mitgewirkt, so trifft ihn gemäß Kapitel 12, § 5 Abs. 2 ABL eine Fehlbetragshaftung, die sich an diese Rückzahlungspflicht des Empfängers gemäß Kapitel 12, § 5 Abs. 1 ABL anschließt, von dieser abhängig ist, und deren Voraussetzungen sich im Einzelnen nach den oben soeben¹⁸² erläuterten Voraussetzungen des Kapitels 15, § 1 ABL richten, auf die an dieser Stelle verwiesen wird. Insbesondere richten sich auch die subjektiven Voraussetzungen der Fehlbetragshaftung nach Kapitel 15, § 1 ABL, so dass der geschäftsführende Direktor vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben muss.

¹⁸¹ Oben unter Punkt 2.2.1.3.2.1 dieser Arbeit.

¹⁸² Siehe die Ausführungen oben unter Punkt 2.2.2.1.1 dieser Arbeit.

Neben dem Vorliegen der oben¹⁸³ erläuterten Voraussetzungen des Kapitels 15, § 1 ABL und eines Verstoßes gegen die Gewinnausschüttungsregeln des Kapitels 12 ABL ist gemäß Kapitel 12, § 5 Abs. 2 ABL für eine Haftung des geschäftsführenden Direktors ferner erforderlich, dass im Zusammenhang mit der Rückgewährung der Sicherheit durch den Empfänger ein Fehlbetrag aufgekommen ist und der geschäftsführende Direktor entweder bei der Beschlussfassung zur oder bei der Durchführung der Gewährung der „upstream security“ mitgewirkt hat. Eine solche haftungsbegründende Mitwirkung des geschäftsführenden Direktors liegt sowohl dann vor, wenn er selbst, also ohne eine Beteiligung der Hauptversammlung, über die Gewährung der unzulässigen „upstream security“ entschieden hat, als auch dann, wenn er einen gegen die Gewinnausschüttungsregeln des ABL verstoßenden Beschluss der Hauptversammlung zur Gewährung einer „upstream security“ praktisch umgesetzt und die Sicherheit gewährt hat.

2.2.2.2.2 Die Schadensersatzpflicht gemäß Kapitel 2, § 2 SkL

Sofern er sich im Zusammenhang mit dem Verstoß gegen die Gewinnausschüttungsregeln strafbar gemacht hat, kann der geschäftsführende Direktor auch zum Schadensersatz gemäß Kapitel 2, § 2 SkL verpflichtet sein¹⁸⁴.

2.2.2.3 Haftung des geschäftsführenden Direktors wegen einer Überschreitung seiner Vertretungsmacht gemäß Kapitel 9, §§ 25, 30 und Kapitel 12, § 3 ABL

2.2.2.3.1 Die Schadensersatzpflicht des geschäftsführenden Direktors gemäß Kapitel 15, § 1 ABL

Als haftungsbegründendes Verhalten des geschäftsführenden Direktors im Sinne des Kapitels 15, § 1 ABL ist im Falle der Kompetenzüberschreitung des geschäftsführenden Direktors gemäß Kapitel 9, §§ 25, 30 und Kapitel 12, § 3 ABL¹⁸⁵ nicht die Gewährung der Sicherheit als solcher, sondern vielmehr das Unterlassen der Anrufung der Hauptversammlung anzusehen, da hier der Schwerpunkt der Handlung liegt.

¹⁸³ Unter Punkt 2.2.2.1.1 dieser Arbeit.

¹⁸⁴ Siehe dazu die Ausführungen oben unter Punkt 2.2.2.1.2 dieser Arbeit.

¹⁸⁵ Siehe dazu die Ausführungen oben unter Punkt 2.2.1.5 dieser Arbeit.

Hinsichtlich der weiteren Haftungsvoraussetzungen nach Kapitel 15, § 1 ABL wird auf die obigen Ausführungen¹⁸⁶ verwiesen.

2.2.2.3.2 Die Schadensersatzpflicht gemäß Kapitel 2, § 2 SkL

Sollte er durch sein Unterlassen zugleich eine strafbare Handlung begehen, so kann den geschäftsführenden Direktor auch im Falle der Überschreitung seiner Kompetenzen die Schadensersatzpflicht des Kapitels 2, § 2 SkL treffen¹⁸⁷.

2.2.2.4 Haftung des geschäftsführenden Direktors wegen eines Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz des Kapitels 3, § 1 ABL oder gegen die Generalklausel des Kapitels 8, § 34 ABL

2.2.2.4.1 Die Schadensersatzpflicht des geschäftsführenden Direktors gemäß Kapitel 15, § 1 ABL

Zur Schadensersatzpflicht des geschäftsführenden Direktors gemäß den Vorschriften des Kapitels 15, § 1 ABL wird auf das bereits oben¹⁸⁸ Ausgeführte verwiesen.

2.2.2.4.2 Die Schadensersatzpflicht des geschäftsführenden Direktors gemäß Kapitel 2, § 2 SkL

Hinsichtlich der Schadensersatzpflicht des geschäftsführenden Direktors gemäß Kapitel 2, § 2 SkL gilt das oben¹⁸⁹ Ausgeführte.

2.2.2.5 Haftung des geschäftsführenden Direktors wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz vom Gesellschaftsgegenstand

2.2.2.5.1 Die Schadensersatzpflicht des geschäftsführenden Direktors gemäß Kapitel 15, § 1 ABL

Zur Schadensersatzpflicht des geschäftsführenden Direktors gemäß den Vorschriften des Kapitels 15, § 1 ABL wird auf das bereits oben¹⁹⁰ Ausgeführte verwiesen.

¹⁸⁶ Siehe oben unter Punkt 2.2.2.1.1 dieser Arbeit.

¹⁸⁷ Siehe dazu die Ausführungen oben unter Punkt 2.2.2.1.2 dieser Arbeit.

¹⁸⁸ Unter Punkt 2.2.2.1.1 dieser Arbeit.

¹⁸⁹ Unter Punkt 2.2.2.1.2 dieser Arbeit.

2.2.2.5.2 Die Schadensersatzpflicht des geschäftsführenden Direktors gemäß Kapitel 2, § 2 SkL

Hinsichtlich der Schadensersatzpflicht des geschäftsführenden Direktors gemäß Kapitel 2, § 2 SkL gilt das oben¹⁹¹ Ausgeführte.

2.2.2.6 *Haftung des geschäftsführenden Direktors im Falle eines „Kapitalunterschusses“ der Gesellschaft gemäß Kapitel 13, § 17 Abs. 2 ABL*

Neben den unter den Punkten 2.2.2.1 bis 2.2.2.5 dieser Arbeit erläuterten Haftungsfolgen für den geschäftsführenden Direktor einer AB im Fall der Unzulässigkeit einer „upstream security“ kann sich ein geschäftsführender Direktor in einem solchen Falle unter Umständen außerdem der persönlichen Haftung gemäß Kapitel 13, § 17 Abs. 2 ABL ausgesetzt sehen. Nach dieser Vorschrift haftet er im Falle einer ernsthaften Finanzkrise der Gesellschaft, in der ein „Kapitalunterschuss“ entsteht, solidarisch mit den Mitgliedern des Verwaltungsrates für solche Verpflichtungen, die der Gesellschaft dadurch entstehen, dass der Verwaltungsrat auf der einen Seite den ihm in dieser Situation gemäß Kapitel 13, § 17 Abs. 1 ABL obliegenden Pflichten – je nach Situation sind das Erstellung einer Kontrollbilanz und Veranlassung der Überprüfung derselben durch einen Revisor, Einberufung einer ersten Kontrollversammlung und Einreichung eines Antrags auf Eröffnung des Liquidationsverfahrens für die Gesellschaft - nicht nachkommt und der geschäftsführende Direktor auf der anderen Seite in Kenntnis dieses Unterlassens des Verwaltungsrates weiterhin als Stellvertreter für die Gesellschaft handelt¹⁹².

Gewährt der geschäftsführende Direktor also als Stellvertreter der Gesellschaft in einer solchen Situation eine „upstream security“, so haftet er persönlich und solidarisch mit den Mitgliedern des Verwaltungsrates für die dadurch der Gesellschaft entstehenden Verpflichtungen.

¹⁹⁰ Unter Punkt 2.2.2.1.1 dieser Arbeit.

¹⁹¹ Unter Punkt 2.2.2.1.2 dieser Arbeit.

¹⁹² Siehe dazu eingehender *Andersson* in *Kapitalskyddet*, S. 146ff, insbesondere S. 153ff.

Der Haftung liegt gemäß Abs. 3 der Vorschrift eine Verschuldensvermutung zugrunde, so dass die Beweislast in dieser Hinsicht den geschäftsführenden Direktor trifft.

2.3 „Upstream securities“ und das deutsche Zivilrecht

2.3.1 Die Zulässigkeit von „upstream securities“ nach deutschem Zivilrecht

2.3.1.1 Allgemeines

Gemäß § 13 Abs. 2 GmbHG sind die Gesellschafter einer GmbH und gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 AktG die Gesellschafter einer AG, also die Aktionäre, in gleicher Weise wie die Gesellschafter einer schwedischen AB von jeder persönlichen Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft befreit. Allein das Gesellschaftsvermögen haftet den Gläubigern. Der Erhalt des Gesellschaftsvermögens zum Schutz der Gläubiger sowie der Bestandsschutz der Gesellschaft haben daher auch im deutschen Gesellschaftsrecht absolute Priorität.

Bei der Frage nach der Zulässigkeit von „upstream securities“ im Konzern liegen dementsprechend, wie im schwedischen Recht, auch im deutschen Recht die Probleme primär im Bereich der Kapitalerhaltungsregeln von GmbHG und AktG¹⁹³. Ein Verstoß gegen diese Vorschriften würde die „upstream securities“ zu gesellschaftsrechtlich unzulässigen Maßnahmen machen. Daher wird im Folgenden primär die Vereinbarkeit von „upstream securities“ mit den Kapitalschutznormen des GmbHG und des AktG untersucht werden. Der Zulässigkeit von „upstream securities“ könnten neben den Kapitalschutznormen des GmbHG und des AktG aber auch andere Rechtsregeln entgegenstehen, wie etwa die §§ 134, 138 BGB, das Gleichbehandlungsgebot des § 53a AktG oder der ungeschriebene Grundsatz vom Unternehmensgegenstand, so dass die Rechtmäßigkeit von „upstream securities“ auch im Hinblick auf diese Gesichtspunkte untersucht werden wird.

Im deutschen Recht gestaltet sich die rechtliche Situation in Konzernkonstellationen aufgrund der unterschiedlichen Regelungen des GmbHG und des AktG zum einen unterschiedlich, je nachdem, ob die die „upstream security“ gewährende Tochtergesellschaft eine AG oder eine GmbH ist und zum anderen auch je nachdem, ob sie Konzerngesellschaft in einem Vertragskonzern, einem faktischen Konzern oder

¹⁹³ So auch *Bastuck* in WM 2000, S. 1092.

einem qualifizierten faktischen Konzern ist. Damit die Darstellung nicht zu unübersichtlich wird, wird im Folgenden zunächst die Rechtslage für die Konstellationen untersucht werden, in denen die die Sicherheit gewährende Tochtergesellschaft eine AG ist, wobei an den entsprechenden Stellen der Bearbeitung auf die rechtlichen Unterschiede dieser Konstellation im Vertragskonzern, im faktischen Konzern und im qualifizierten faktischen Konzern einzugehen sein wird¹⁹⁴, und anschließend wird eine entsprechende Untersuchung für die Konstellationen vorgenommen werden, in denen die die Sicherheit gewährende Tochtergesellschaft eine GmbH ist.

2.3.1.2 Die Zulässigkeit von „upstream securities“ in Konstellationen, in denen die die Sicherheit gewährende Tochtergesellschaft eine AG ist

2.3.1.2.1 Das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 57 AktG und seine Ausnahmen

2.3.1.2.1.1 Das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 57 AktG

Die Vorschrift des § 57 AktG mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr ist die zentrale Kapitalschutznorm im AktG. In Abs. 3 dieser Vorschrift bestimmt das Gesetz, dass vor der Auflösung der Gesellschaft außer dem Bilanzgewinn keine Ausschüttungen an die Aktionäre, also an die Gesellschafter der AG, vorgenommen werden dürfen. Damit entspricht Abs. 3 den Verboten in Abs. 1 und 2 der Vorschrift¹⁹⁵, denen zufolge den Aktionären weder ihre Einlagen zurückgewährt noch Zinsen auf ihre Einlagen zugesagt oder ausgezahlt werden dürfen. Dadurch soll, nicht zuletzt im Interesse der Gläubiger, sichergestellt werden, dass tatsächlich nur der bilanzierte Gewinn (§ 174 Abs. 2 Nr. 1 AktG), nicht aber das sonstige Vermögen der Gesellschaft an die Aktionäre verteilt wird¹⁹⁶.

Im Gegensatz zu den Gewinnausschüttungsregeln im schwedischen ABL kommt es im Rahmen des § 57 AktG also nicht darauf an, ob das zur Erhaltung des Grundkapitals erforderliche Gesellschaftsvermögen durch die Zuwendung an den Gesellschafter

¹⁹⁴ Zu den Definitionen der verschiedenen Konzernarten siehe die Ausführungen oben unter Punkt 1.7.2 dieser Arbeit.

¹⁹⁵ Bayer in MüKo-AktG, § 57 Rdnr. 114; Hüffer in AktG, § 57 Rdnr. 22.

¹⁹⁶ Grunewald in Gesellschaftsrecht, 2.C. Rdnr. 150.

angegriffen wird¹⁹⁷. Vielmehr sind gemäß § 57 AktG sämtliche Ausschüttungen an Aktionäre verboten, die zwar eine Ausschüttung von Gesellschaftsvermögen an einen Aktionär darstellen, die aber nicht als Ausschüttung des tatsächlich erzielten und bilanzierten Gewinns zu klassifizieren sind¹⁹⁸.

Stellen „upstream securities“ also eine Vermögensausschüttung an einen Aktionär dar, ohne eine Gewinnausschüttung im Sinne der Norm zu sein, so sind sie gemäß § 57 AktG unzulässig.

Dass es sich bei der Gewährung einer „upstream security“ nicht um eine direkte Zuwendung an die Gesellschafterin Muttergesellschaft handelt, sondern ihr der mit dieser Sicherheit verbundene Vermögensvorteil vielmehr indirekt zugute kommt¹⁹⁹, steht einer Anwendung des § 57 AktG auf die Fälle der „upstream securities“ nach allgemeiner Ansicht nicht entgegen²⁰⁰. Vielmehr ist nach allgemeiner Auffassung wegen des- wenn auch indirekten- Vorteils auch in der Besicherung der Forderung eines Dritten gegen einen Gesellschafter eine Leistung an diesen Gesellschafter zu sehen²⁰¹. Der Anwendungsbereich des Verbotes des § 57 Abs. 3 AktG ist somit in den Fällen der „upstream securities“ grundsätzlich eröffnet.

Ferner müssten „upstream securities“ auch die Ausschüttung von Gesellschaftsvermögen beinhalten, um vom Anwendungsbereich des § 57 AktG erfasst zu sein. Als Vermögensausschüttung kommt zwar grundsätzlich jede das Vermögen der Gesellschaft mindernde Maßnahme in Betracht²⁰², allerdings ist § 57 AktG, ebenso wie die Gewinnausschüttungsregeln im schwedischen Recht, nur im Falle der gegenleistungsfreien Vermögenszuwendungen an Gesellschafter einschlägig. Werden die durch die Tochter-AG besicherten Darlehensmittel zumindest in Höhe der geleisteten Sicherheit intern von der Muttergesellschaft an die Tochter-AG weitergeleitet oder erhält sie sonst einen adäquaten Ausgleich für das mit der

¹⁹⁷ Bayer in MüKo-AktG, § 57 Rdnr. 7; Lutter in Kölner Kommentar, § 57 Rdnr. 75.

¹⁹⁸ Bayer in MüKo-AktG, § 57 Rdnr. 114; Grunewald in Gesellschaftsrecht, 2.C. Rdnr. 150.

¹⁹⁹ Das durch die Tochter-AG besicherte und bei einem Dritten aufgenommene Darlehen würde der Muttergesellschaft ohne die „upstream security“ vermutlich nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen gewährt. Siehe dazu auch die Ausführungen oben unter Punkt 2.2.1.3.2 dieser Arbeit.

²⁰⁰ RGZ 136, S. 264 und RGZ 168, S. 297f; *Canaris* in Festschrift für Fischer, S. 45ff; *Sonnenhol/ Groß* in ZHR 159, S. 408.

²⁰¹ OLG Hamburg in AG 1980, S. 275 (278); OLG München in AG 1980, S. 272 (273); Bayer in MüKo-AktG, § 57 Rdnr. 84 und in Festschrift für Lutter, S. 1023ff mit weiteren Nachweisen; *Peltzer* in GmbHR 1995, S. 17.

²⁰² Hüffer in AktG, § 57 Rdnr. 3.

Gewährung der Sicherheit und der Inanspruchnahme aus ihr verbundene Risiko der Insolvenz der Muttergesellschaft, so unterliegt diese „upstream security“ folglich nicht den Schranken des § 57 AktG, da dessen Anwendungsbereich mangels Gegenleistungsfreiheit der Vermögenszuwendung nicht eröffnet ist²⁰³. Begründet wird dies damit, dass sich eine solche Situation nicht grundsätzlich von der Situation der direkten Fremdgewährung eines Darlehens an die sicherungsgebende Tochtergesellschaft unterscheidet, in der diese Tochter-AG ebenfalls Sicherheiten zu erbringen hätte²⁰⁴. Eine solche die Anwendung des § 57 AktG ausschließende Gegenleistung ist ferner auch bei der Kreditgewährung an die Muttergesellschaft ohne interne Weiterleitung der Darlehensmittel zumindest dann anzunehmen, wenn die sicherungsgebende Tochtergesellschaft ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Kreditgewährung an die Muttergesellschaft hat, beispielsweise, weil die Muttergesellschaft mit Hilfe des Darlehens Anschaffungen tätigt, die auch der Tochtergesellschaft zugute kommen und dieser so eigene Aufwendungen erspart bleiben²⁰⁵. Erhält die Tochter-AG indes keine nach diesen Grundsätzen als solche zu wertende Gegenleistung für die Gewährung der Sicherheit, so ist der Anwendungsbereich des § 57 AktG eröffnet und die „upstream security“ ist nur zulässig, sofern sie als Gewinnausschüttung im Sinne der Norm anzusehen ist.

Im Gegensatz zum schwedischen Recht ist eine Gewinnausschüttung im Sinne des § 57 AktG ausschließlich die offene Gewinnausschüttung in Form einer Dividendenzahlung, also die Auszahlung des gemäß § 174 Abs. 2 Nr. 1 AktG festgestellten und zur Verteilung beschlossenen Bilanzgewinns. Jede andere Form der Vermögensverteilung an die Aktionäre, egal ob offen oder verdeckt, ist durch § 57 Abs. 3 AktG verboten²⁰⁶. Demnach ist also grundsätzlich jede Vermögenszuwendung an die Aktionäre, bei der es sich nicht um eine ausdrückliche Dividendenzahlung handelt, unzulässig.

²⁰³ So bereits RGZ 139, S. 393ff; BGH in WM 1968, S. 570 und BGHZ 138, S. 291, zwar in Bezug auf eine GmbH, doch sind die Grundsätze hier auf die Situation der AG übertragbar; vgl. auch die Ausführungen bei *Canaris* in Festschrift für Fischer, S. 47, 50, 52f; *Mülbert* in ZGR 4/1995, S. 600; *Schön* in ZHR 159, S. 370.

²⁰⁴ *Bayer* in MüKo-AktG, § 57 Rdnr. 86.

²⁰⁵ *Bayer* in MüKo-AktG, § 57 Rdnr. 86 und in Festschrift für Lutter, S. 1026; *Eckardt* in EWiR 1998, S. 700 Punkt 2.2 zum Urteil des BGH vom 19.03.1998 (BGHZ 138, S. 291), das sich zwar auf die Situation in der GmbH bezieht, dessen Erwägungen insoweit aber auf die Situation der AG übertragbar sind.

²⁰⁶ RGZ 146, S. 93 und 149, S. 400; *Bayer* in MüKo-AktG, § 57 Rn 114; *Ballerstedt* in Kapital, Gewinn und Ausschüttung, S. 112ff; *Bastuck* in WM 2000, S. 1097; *Früh* in GmbHR 2000, S. 107; *Schmidt* in Gesellschaftsrecht, § 29 II 2. a).

Gegenleistungsfreie „upstream securities“ sind keine dem § 174 Abs. 2 Nr. 1 AktG entsprechende Dividendenzahlungen, sondern sie sind vielmehr als verdeckte (Gewinn-) Ausschüttungen zu qualifizieren.

Die gegenleistungsfreie Besicherung einer Verbindlichkeit der Muttergesellschaft durch die Tochter-AG ist daher, da es sich dabei zwar um eine Auszahlung, aber nicht um eine offene Gewinnausschüttung in Form einer Dividendenzahlung im Sinne des § 174 Abs. 2 Nr. 1 AktG handelt, gemäß § 57 Abs. 3 AktG unzulässig.

2.3.1.2.1.2 Die Ausnahme vom Verbot der Einlagenrückgewähr im Rahmen eines Vertragskonzerns gemäß § 291 Abs. 3 AktG

Ist die sicherungsgebende Tochtergesellschaft eine AG in einem Vertragskonzern mit Beherrschungsvertrag, so gestaltet sich die Rechtslage abweichend von der soeben dargestellten.

Nach § 291 Abs. 3 AktG gelten Leistungen einer abhängigen Tochtergesellschaft aufgrund eines Beherrschungs- oder eines Gewinnabführungsvertrages an ihre Aktionärin Muttergesellschaft ausdrücklich nicht als Verstoß gegen § 57 AktG. Die Vorschrift des § 57 AktG wird im Rahmen des Vertragskonzerns also für solche Leistungen, die aufgrund des Beherrschungsvertrages an die Aktionärin erfolgen, ausdrücklich durch § 291 Abs. 3 AktG außer Kraft gesetzt.

Damit eine „upstream security“ von dieser Ausnahme erfasst wird, müsste sie als eine Leistung anzusehen sein, die die Aktionärin Muttergesellschaft aufgrund eines Beherrschungsvertrages von ihrer abhängigen Tochtergesellschaft fordern kann. Ein Beherrschungsvertrag gewährt nach dem Wortlaut der §§ 291 Abs. 1 und 308 AktG der herrschenden Gesellschaft zwar keine Leistungen, stattdessen aber eine Weisungsbefugnis hinsichtlich der Leitung der abhängigen Tochter. Als Leistungen aufgrund des Beherrschungsvertrages sind daher alle solchen Leistungen zu verstehen, die die Muttergesellschaft im Rahmen ihrer Weisungsbefugnis von der Leitung der Tochtergesellschaft fordern kann²⁰⁷. Die Weisungsbefugnis bezieht sich auf sämtliche Maßnahmen, die in die Zuständigkeit des Vorstandes der Tochtergesellschaft fallen und kann sich auch auf den Abschluss einzelner Geschäfte beziehen²⁰⁸. Nach § 308 Abs. 1

²⁰⁷ Altmeyden in MüKo-AktG, § 291 Rdnr. 228.

²⁰⁸ Raiser in Recht der Kapitalgesellschaften, § 54 Rdnr. 33.

S. 2 AktG sind ausdrücklich auch nachteilige Weisungen zulässig, sofern sie im Konzerninteresse liegen, so dass insofern auch Eingriffe in die Vermögenssubstanz der abhängigen Tochter als Leistungen aufgrund des Beherrschungsvertrages anzusehen sein können. Die Gewährung einer „upstream security“ ist in aller Regel von Vorteil für den gesamten Konzern²⁰⁹. Schon aus diesem Grund sind „upstream securities“ als nach § 291 Abs. 3 AktG grundsätzlich zulässige Leistungen anzusehen.

Ferner ist zu bedenken, dass der Sinn des § 291 Abs. 3 AktG dahin geht, die im Zusammenhang mit verdeckten Gewinnausschüttungen auftretenden Probleme im Rahmen eines Konzerns mit Beherrschungsvertrag zu vermeiden²¹⁰ und „upstream securities“ als verdeckte Gewinnausschüttungen zu klassifizieren sind²¹¹. Die beherrschende Gesellschaft kann daher auch nach dem Zweck der Vorschrift die Gewährung von „upstream securities“ von ihrer Tochter fordern. Daher sind „upstream securities“ grundsätzlich als Leistungen aufgrund eines Beherrschungsvertrages im Sinne des § 291 Abs. 3 AktG anzusehen.

In einem Vertragskonzern verstoßen „upstream securities“ wegen § 291 Abs. 3 AktG also grundsätzlich nicht gegen § 57 AktG und sind damit in dieser Konstellation jedenfalls insofern zulässig.

Das Weisungsrecht im Vertragskonzern umfasst allerdings nur rechtmäßige Weisungen²¹². Ist die Gewährung einer „upstream security“ aus anderen Gründen als wegen eines Verstoßes gegen § 57 AktG rechtswidrig, so ist auch eine auf die Gewährung einer solchen Sicherheit gerichtete Weisung der herrschenden AG rechtlich unzulässig. „Upstream securities“, die aufgrund einer solchen rechtswidrigen Weisung gewährt werden, sind daher keine auf dem Weisungsrecht der herrschenden AG beruhenden Leistungen und damit auch keine Leistungen aufgrund des Beherrschungsvertrags im Sinne des § 291 Abs. 3 AktG. Jeder Rechtswidrigkeitsgrund führt damit über den Umweg der Rechtswidrigkeit des Weisungsrechts der herrschenden Gesellschaft auch zur Unanwendbarkeit des § 291 Abs. 3 AktG und damit zu einem Verstoß gegen § 57 AktG.

²⁰⁹ Siehe dazu die Ausführungen oben unter den Punkten 1.1.2 und 2.2.1.6 dieser Arbeit.

²¹⁰ *Altmeyen* in MüKo-AktG, § 291 Rdnr. 228.

²¹¹ Siehe oben unter Punkt 2.3.1.2.1.1 dieser Arbeit.

²¹² *Henn* in Handbuch des Aktienrechts, § 9 Rdnr. 264 mit weiteren Nachweisen.

2.3.1.2.1.3 Die Ausnahme vom Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 311 AktG im Rahmen eines faktischen Konzerns

2.3.1.2.1.3.1 Der faktische Konzern mit Gewinnabführungsvertrag

§ 291 Abs. 3 AktG nimmt neben Leistungen aufgrund eines Beherrschungsvertrages auch Leistungen aufgrund eines Gewinnabführungsvertrages vom Anwendungsbereich des § 57 AktG aus.

Bei faktischen Konzernen mit Gewinnabführungsverträgen kommt als aufgrund des Vertrages zu leistende Leistung schon vom Wortlaut her zwingend aber nur der abzuführende Gewinn im Sinne des § 174 Abs. 2 Nr. 1 AktG in Betracht²¹³. Im Rahmen von „upstream securities“ ist daher zu beachten, dass die Besicherung einer Forderung gegen die Aktionärin Muttergesellschaft durch die abhängige Tochtergesellschaft keine Gewinnabführung darstellt, wie oben bereits gezeigt²¹⁴. Ein Gewinnabführungsvertrag genügt daher für eine Anwendung des § 291 Abs. 3 AktG im Zusammenhang mit „upstream securities“ nicht, so dass gegenleistungsfreie „upstream securities“ im faktischen Konzern mit Gewinnabführungsvertrag trotz der Ausnahmegvorschrift des § 291 Abs. 3 AktG gemäß § 57 AktG zunächst unzulässig bleiben.

Das Führen eines faktischen Konzerns wäre jedoch nahezu unmöglich, wenn § 57 AktG hier uneingeschränkt anzuwenden wäre: jede Maßnahme, die sich finanziell zu Gunsten der Muttergesellschaft und zu Lasten der abhängigen Tochter-AG auswirkt, wäre von vornherein unzulässig²¹⁵.

Über dieses Problem hilft § 311 AktG hinweg. Diese Vorschrift, die in Konzernverhältnissen ohne Beherrschungsvertrag, also auch in solchen mit isoliertem Gewinnabführungsvertrag, Anwendung findet, lässt ein für die Tochtergesellschaft nachteiliges Rechtsgeschäft im Interesse der Muttergesellschaft zu, sofern im laufenden Geschäftsjahr ein Ausgleich dafür gewährt oder zumindest spätestens am Ende des laufenden Geschäftsjahres eine Bestimmung über einen künftigen Ausgleich getroffen wird.

²¹³ *Altmeyden* in MüKo-AktG, § 291 Rdnr. 227.

²¹⁴ Vgl. die Ausführungen unter Punkt 2.3.1.2.1.1 dieser Arbeit; *Lutter* in Kölner Kommentar, § 57 Rdnr. 77f; *Peltzer* in GmbHR 1995, S. 17; *Sonnehol/ Groß* in ZHR 159, S. 409.

²¹⁵ So auch *Hüffer* in AktG, § 311 Rdnr. 49; *Schön* in ZHR 159, S. 371f.

Aufgrund dieser im faktischen Konzern schon praktisch notwendigen, vorsichtigen Öffnung wird nach heute ganz herrschender Meinung § 311 AktG als die im faktischen Konzernverhältnis gegenüber § 57 AktG speziellere Norm angesehen, die auch die Gewährung einer Kreditsicherheit zugunsten der Muttergesellschaft umfasst und unter der Voraussetzung des Nachteilsausgleichs zulässt²¹⁶.

Das Verbot des § 57 AktG wird somit im faktischen Konzern mit Gewinnabführungsvertrag von § 311 AktG verdrängt und „upstream securities“ sind hier insofern grundsätzlich zulässig, wenn die Voraussetzungen hinsichtlich des Nachteilsausgleichs erfüllt sind.

2.3.1.2.1.3.2 Der faktische Konzern ohne Gewinnabführungsvertrag

Im Fall des faktischen Konzerns ohne Gewinnabführungsvertrag ist § 291 Abs. 3 AktG schon vom Wortlaut her nicht anwendbar.

Hier gilt jedoch, ebenso wie im faktischen Konzern mit Gewinnabführungsvertrag, § 311 AktG.

Das Verbot des § 57 AktG wird somit über § 311 AktG auch im faktischen Konzern ohne Gewinnabführungsvertrag verdrängt und „upstream securities“ sind, sofern die weiteren Voraussetzungen hinsichtlich des Ausgleichs vorliegen, auch hier jedenfalls unter diesem Aspekt grundsätzlich zulässig.

2.3.1.2.1.4 Keine Ausnahme vom Verbot der Einlagenrückgewähr im Rahmen eines qualifizierten faktischen Konzerns

Im Fall des qualifizierten faktischen Konzerns ist § 291 Abs. 3 AktG schon vom Wortlaut her mangels Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag auf die Gewährung einer „upstream security“ nicht anwendbar.

Die Gläubiger einer Tochtergesellschaft im qualifizierten faktischen Konzern wissen zumeist gar nicht um die Konzernstellung ihrer Schuldnerin, so dass ihre Situation nicht ohne weiteres mit der der Gläubiger im faktischen Konzern gleichzusetzen ist. Daher ist

²¹⁶ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* in Konzernrecht, S. 396; *Hüffer* in AktG, § 311 Rdnr. 49 mit weiteren Nachweisen auch zur Rechtsprechung; *Sonnenhol/ Groß* in ZHR 159, S. 410; anderer Ansicht nur *Schön* in ZHR 159, S. 372 und in Festschrift für Kropff, S. 295ff.

auch § 311 AktG im Rahmen des qualifizierten faktischen Konzerns aus Gläubigerschutzgründen, die hier die praktischen Erwägungen zur Konzernfinanzierung überwiegen, nicht anwendbar und § 57 AktG gilt somit im qualifizierten faktischen Konzern uneingeschränkt²¹⁷.

Die von der Tochtergesellschaft im qualifizierten faktischen Konzern gegenleistungsfrei gewährten „upstream securities“ stellen somit grundsätzlich einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr dar und sind schon aus diesem Grunde hier unzulässig.

2.3.1.2.2 Das Verbot der Sicherheitsleistung zum Zweck des Erwerbs eigener Aktien gemäß § 71a Abs. 1 S. 1 AktG und seine Ausnahmen

2.3.1.2.2.1 *Das Verbot der Sicherheitsleistung zum Zweck des Erwerbs eigener Aktien gemäß § 71a Abs. 1 S. 1 AktG*

Gemäß § 71a Abs. 1 S. 1 AktG ist ein Rechtsgeschäft, das die Leistung einer Sicherheit durch die AG an einen anderen zum Zweck des Erwerbs von Aktien dieser Gesellschaft zum Gegenstand hat, nichtig. Unter diese, dem schwedischen Erwerbssicherheitsverbot des Kapitels 12, § 7 Abs. 3 ABL grundsätzlich entsprechende Regelung fällt- jedenfalls nach dem äußeren Anschein- auch eine „upstream security“, die eine Tochter-AG ihrer Muttergesellschaft stellt, damit diese Aktien der Tochter-AG erwerben kann.

Die Ausnahmen in Satz 2, die für gewisse Finanzdienstleistungsinstitute und für den Aktienerwerb durch Arbeitnehmer im Konzern gelten, sind im Rahmen dieser Bearbeitung nicht von Interesse und die Möglichkeit einer Ausnahmegenehmigung von diesem Erwerbssicherheitsverbot, wie sie nach schwedischem Recht²¹⁸ vorgesehen ist, existiert im deutschen Recht nicht. Das Verbot der Erwerbssicherheiten scheint daher mangels expliziter Ausnahmen absolut zu gelten.

Betrachtet man indes den Sinn der Vorschrift, so muss man zunächst feststellen, dass er mit dem des § 57 Abs. 1 S. 1 AktG übereinstimmt: beide Normen wollen irreguläre Ausschüttungen des Gesellschaftsvermögens an die Aktionäre verhindern. Allein geht der persönliche Anwendungsbereich des § 71a Abs. 1 S. 1 AktG noch weiter, da seine

²¹⁷ Henn in Handbuch des Aktienrechts, § 9 Rdnr. 282; Peltzer in GmbHR 1995, S. 16; Schön in ZHR 159, S. 374; Sonnenhol/ Groß in ZHR 159, S. 410.

²¹⁸ In Kapitel 12, § 8 ABL.

Rechtsfolgen auch Dritte, wie zum Beispiel den Darlehensgeber, der selbst keine Aktien erwerben will, treffen²¹⁹. Ferner ist immer auch der Tatbestand des § 57 Abs. 1 S. 1 AktG erfüllt, wenn die Voraussetzungen des § 71a Abs. 1 S.1 AktG vorliegen²²⁰. Deshalb, und aufgrund des in § 57 Abs. 1 S. 2 AktG angelegten systematischen Zusammenhangs der beiden Normen, wird in § 71a Abs. 1 S. 1 AktG ein Unterfall des Verbotes des § 57 Abs. 1 S. 1 AktG gesehen²²¹.

2.3.1.2.2 Keine Ausnahme vom Verbot der Sicherheitsleistung zum Zweck des Erwerbs eigener Aktien im Vertragskonzern gemäß § 291 Abs. 3 AktG

Aufgrund der Tatsache, dass § 71a Abs. 1 S. 1 AktG lediglich einen speziellen Unterfall des § 57 Abs. 1 S. 1 AktG darstellt, soll nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung § 291 Abs. 3 AktG auch der Anwendung des § 71a Abs.1 S. 1 AktG im Rahmen eines Vertragskonzerns entgegenstehen²²².

Dies ist jedoch nicht nachvollziehbar. Die Aufzählung § 291 Abs. 3 AktG ist vielmehr als abschließend zu betrachten und kann nicht im Wege einer Analogie auf weitere Tatbestände ausgeweitet werden. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Kapitalerhaltungszweck des § 71a AktG, der aufgrund der Zweiten Gesellschaftsrichtlinie (der so genannten Kapitalrichtlinie) der Europäischen Kommission²²³ 1978 in das AktG eingefügt wurde, im Vertragskonzern keine Geltung haben sollte. Hätte der Gesetzgeber einen Ausschluss der Anwendbarkeit des § 71a Abs. 1 S. 1 AktG im Vertragskonzern gewollt- wobei allerdings im Hinblick auf die Richtlinie schon die Zulässigkeit einer solchen Regelung fraglich ist- so hätte er dies im Zuge der Einführung der Norm regeln können. Dass ihm das Problem der Finanzierung des Aktienerwerbs im Konzernverhältnis bewusst war, zeigt nicht zuletzt die Regelung in § 71d S. 2 und 4 AktG. Dennoch hat der Gesetzgeber die Anwendung des § 71a Abs. 1 S. 1 AktG nicht über § 291 Abs. 3 AktG im Vertragskonzern ausgeschlossen. Es kann hier daher nicht von einer analogiefähigen Regelungslücke ausgegangen werden, die

²¹⁹ *Oechsler* in MüKo-AktG, § 71a Rdnr. 5.

²²⁰ *Kühbacher*, S. 133; *Lutter/Wahlers* in AG 1989, S. 9.

²²¹ *Oechsler* in MüKo-AktG, § 71a Rdnr. 5.

²²² *Oechsler* in MüKo-AktG, § 71a Rdnr. 8; *Fleischer* in AG 1996, S. 505ff.

²²³ Dokument Nr. 77/91/EWG; siehe Artikel 23 Abs.1.

eine Anwendung des § 291 Abs. 3 AktG auch auf § 71a Abs. 1 S. 1 AktG rechtfertigen würde²²⁴.

Daher verstoßen „upstream securities“, die von der Tochter zum Zweck des Erwerbs von Aktien der abhängigen Tochter-AG durch die Muttergesellschaft gewährt werden, auch im Rahmen eines Vertragskonzerns gegen § 71a Abs.1 S. 1 AktG.

2.3.1.2.2.3 Keine Ausnahme vom Verbot der Sicherheitsleistung zum Zweck des Erwerbs eigener Aktien im faktischen Konzern gemäß § 311 AktG

Nach richtiger Ansicht²²⁵ bleibt § 71a Abs. 1 S. 1 AktG auch im faktischen Konzern uneingeschränkt anwendbar und wird nicht von § 311 AktG verdrängt.

Das Gegenteil versucht eine andere Ansicht damit zu begründen, dass sie § 71d S. 2 AktG in Verbindung mit S. 4 der Vorschrift als die zentrale Norm verstanden haben will, der zufolge § 71a Abs. 1 S. 1 AktG im faktischen Konzern nur in den Fällen anwendbar sein soll, in denen die Tochtergesellschaft Aktien der Muttergesellschaft erwerben will. In allen anderen Erwerbskonstellationen im faktischen Konzern soll die Anwendung des § 71a Abs. 1 S. 1 AktG durch § 311 AktG ausgeschlossen sein²²⁶.

Gegen eine solche Interpretation der Norm spricht nicht zuletzt aber bereits der Wortlaut des S. 4: „im Übrigen gelten ... § 71a ... sinngemäß“. Die Vorschrift des § 71d S. 2 in Verbindung mit S. 4 AktG ist daher so zu verstehen, dass die Vorschrift des § 71a AktG allein in den Fällen, in denen eine Tochtergesellschaft Aktien der Muttergesellschaft erwerben will, gerade *nicht* zur Anwendung kommen soll, in allen anderen Fällen des konzerninternen Aktienerwerbs aber sehr wohl. Damit hat der Gesetzgeber eine eindeutige Regelung für den Spezialfall der Besicherung von Erwerbsdarlehen in Konzernkonstellationen getroffen, der einer Anwendung des § 311 AktG in diesem Fall als *lex specialis* vorgeht.

Daher bleibt § 71a Abs. 1 S. 1 AktG im faktischen Konzern ebenso wie im Vertragskonzern uneingeschränkt anwendbar²²⁷.

²²⁴ Im Ergebnis so auch *Kühbacher*, S. 133f.

²²⁵ *Kühbacher*, S. 133f.

²²⁶ *Oechsler* in *MüKo-AktG*, § 71a Rdnr. 8; tendenziell so auch *Fleischer* in *AG* 1996, S. 507.

²²⁷ So auch *Kühbacher*, S. 133f.

2.3.1.2.2.4 Keine Ausnahme vom Verbot der Sicherheitsleistung zum Zweck des Erwerbs eigener Aktien im qualifizierten faktischen Konzern

Im qualifizierten faktischen Konzern gilt § 71a Abs. 1 S. 1 AktG unbestritten²²⁸.

2.3.1.2.3 Das Gleichbehandlungsgebot gemäß § 53a AktG

§ 53a AktG verlangt, dass die Aktionäre einer AG unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln sind. Relevant wird § 53a AktG daher nur in den Fällen, in denen die herrschende Mutter-AG nicht Alleingesellschafterin der Tochter-AG ist.

Diese Norm, die inhaltlich mit dem Gleichheitsprinzip im schwedischen Kapitel 3, § 1 Abs. 1 ABL übereinstimmt, ist im Grundsatz zwingender Natur und kann weder durch die Satzung ausgeschlossen werden noch kann ein Aktionär pauschal auf diesen Schutz verzichten²²⁹. Im Einzelfall kann sich jedoch jeder Gesellschafter damit einverstanden erklären, dass ihm gegenüber vom Gleichbehandlungsgrundsatz abgewichen wird²³⁰. Dieser Verzicht kann durch die Zustimmung des betreffenden Aktionärs zu einer ihn ungleich behandelnden Entscheidung vor, bei oder auch nach der Entscheidung zum Ausdruck gebracht werden und kann insbesondere in der Stimmabgabe für einen entsprechenden Hauptversammlungsbeschluss liegen²³¹.

„Upstream securities“ verstoßen daher dann gegen § 53a AktG, wenn die die Sicherheit gewährende Tochtergesellschaft keine hundertprozentige Tochter der darlehensnehmenden Muttergesellschaft ist und die betroffenen Aktionäre nicht ihre Zustimmung zu der der Gewährung der Sicherheit zugrunde liegenden Entscheidung gegeben haben.

2.3.1.2.4 Der Grundsatz vom Unternehmensgegenstand

²²⁸ So auch *Kühbacher*, S. 133f.

²²⁹ *Bungeroth* in MüKo-AktG, § 53a Rdnr. 15.

²³⁰ *Bungeroth* in MüKo-AktG, § 53a Rdnr. 16f; *Lutter* in Kölner Kommentar, § 53a Rdnr. 29; *Henn* in AG 1985, S. 243.

²³¹ *Bungeroth* in MüKo-AktG, § 53a Rdnr. 18; *Hüffer* in AktG, § 53a Rdnr. 5; *Lutter* in Kölner Kommentar, § 53a Rdnr. 29

Die Satzung einer AG muss gemäß § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG den Gegenstand des Unternehmens bestimmen. Diese Vorschrift dient einerseits der Information und dem Schutz der Geschäftspartner der Gesellschaft im Rechtsverkehr²³², andererseits wird durch ihn auch die Grenze der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands bestimmt: die Aktionäre, die der Gesellschaft ihr Kapital zur Verfügung stellen, widmen diese eingebrachten Mittel mit ihrer Satzungsgewalt der Verwendung auf einen bestimmten Unternehmensgegenstand²³³. Diese Satzungshoheit der Gesellschafter geht den Kompetenzen des Vorstandes und des Aufsichtsrates vor und bestimmt sie mit²³⁴. Die durch den Unternehmensgegenstand gezogenen Grenzen ändern zwar grundsätzlich nichts an der gemäß § 82 Abs. 1 AktG unbeschränkbaren Vertretungsmacht des Vorstandes²³⁵, sie sind aber für den Vorstand jedenfalls im Innenverhältnis zur Gesellschaft bindend²³⁶. Im deutschen Gesellschaftsrecht gilt daher ebenso wie im schwedischen Recht der Grundsatz, dass sich die Geschäfte einer AG im Rahmen dieses Unternehmensgegenstandes halten müssen und das Gesellschaftsvermögen folglich auch nur für Geschäfte im Rahmen dieses satzungsmäßig bestimmten Gegenstandes verwendet werden darf²³⁷.

Hinsichtlich der Zulässigkeit von „upstream securities“ unter dem Aspekt des Grundsatzes vom Unternehmensgegenstand ist zu beachten, dass es nicht genügt, wenn die Satzung die Übernahme von Risiken aus und das Stellen von Sicherheiten für die Kreditaufnahme auch eines Gesellschafter, nicht verbietet. Vielmehr müssen solche Geschäfte in der Satzung ausdrücklich vorgesehen sein, damit sie als mit dem Unternehmensgegenstand vereinbar anzusehen sind²³⁸. Sofern der in der Satzung festgelegte Unternehmensgegenstand derartige Geschäfte jedoch nicht ausdrücklich gestattet, was in aller Regel auch nicht der Fall ist- zumal „klarstellende“ Zusätze wie etwa „die Gesellschaft ist zu allen Geschäften und Rechtshandlungen befugt, die ihren Zwecken dienlich sind“ wegen der mangelnden objektiven Individualisierbarkeit nicht

²³² Pentz in MüKo-AktG, § 23 Rdnr. 78; Tieves in Der Unternehmensgegenstand, S. 74f.

²³³ Pentz in MüKo-AktG, § 23 Rdnr. 78.

²³⁴ Pentz in MüKo-AktG, § 23 Rdnr. 78, 85.

²³⁵ Anders aber, wenn die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht Anwendung finden. Siehe dazu die Ausführungen unten unter Punkt 2.3.1.2.5 dieser Arbeit.

²³⁶ Vgl. nur §§ 23 Abs. 3 Nr. 2, 82 Abs. 2 AktG; Pentz in MüKo-AktG, § 23 Rdnr. 86.

²³⁷ Raiser in Recht der Kapitalgesellschaften, § 14 Rdnr. 66.

²³⁸ Siehe Peltzer in GmbHR 1995, S. 17 in Fußnote 33 mit weiteren Nachweisen, der sich zwar im Hinblick auf das GmbH-Recht äußert, dessen Grundsätze aber hier auf die AG übertragen werden können, zumal der Unternehmensgegenstand in der Satzung einer AG ohnehin konkreter und enger zu formulieren ist als dies bei der GmbH der Fall ist; siehe auch Wallner in JZ 1986, S. 721; anderer Ansicht nur Kühbacher, S. 54.

eintragungsfähig sind²³⁹ -, verstoßen „upstream securities“ regelmäßig gegen den Unternehmensgegenstand und sind daher schon unter diesem Aspekt gesellschaftsrechtswidrig.

Allenfalls in solchen Fällen, in denen „upstream securities“ als kaufmännisches Hilfsgeschäft zur (sehr indirekten) Förderung des eigentlichen Unternehmensgegenstandes angesehen werden können, könnte eine Erwähnung im Unternehmensgegenstand in der Satzung entbehrlich und die Sicherheit dennoch unter diesem Aspekt rechtmäßig sein²⁴⁰, sofern nicht zuvor eine einen Beschluss der Hauptversammlung der Aktionäre erfordernde Satzungsänderung gemäß §§ 179, 181 AktG erfolgt ist. Eine rein faktische Änderung des Unternehmensgegenstands durch entsprechendes Handeln des Vorstandes ist nicht möglich, da dadurch die Rechte der Minderheitsaktionäre beschnitten würden.

2.3.1.2.5 Der Missbrauch der Vertretungsmacht des Vorstandes

Nach den allgemeinen Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht ist ein Geschäftsherr an ein Rechtsgeschäft, das sein Stellvertreter für ihn abgeschlossen hat, dann nicht gebunden, wenn der Stellvertreter dabei die Grenzen seiner Geschäftsführungsbefugnis, also die im Innenverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Stellvertreter bestehenden Grenzen seiner Kompetenzen, überschritten hat und dies evident ist, der Geschäftsgegner bei Abschluss des Geschäftes diesen Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Vertreter also erkannte oder bei Anwendung ordnungsgemäßer Sorgfalt jedenfalls hätte erkennen können²⁴¹. Der Geschäftsgegner muss also wenigstens grob fahrlässig hinsichtlich der Kompetenzüberschreitung des Stellvertreters gehandelt haben, damit das Geschäft zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsgegner nicht wirksam zustande gekommen ist. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Vertretungsmacht einerseits und des Rechtsgeschäftes im Verhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten in dieser Konstellation leitet die Rechtsprechung grundsätzlich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben im

²³⁹ Siehe OLG Köln in WM 1981, S. 805; *Wiesner* in MüHB AG, §9 Rdnr. 15.

²⁴⁰ *Peltzer* in GmbHR 1995, S. 18 in Fußnote 42 mit weiteren Nachweisen, dessen Ausführungen sich zwar auf die GmbH beziehen, aber insofern auf die AG übertragbar sind.

²⁴¹ BGHZ 50, 112; 127, 241; *Creifelds*, S. 1387; *Medicus*, Rdnr. 116 mit weiteren Nachweisen.

Rechtsverkehr, § 242 BGB, die Literatur hingegen aus einer analogen Anwendung der §§ 177ff BGB her²⁴².

Für die Fälle der „upstream securities“ würde dies bedeuten, dass eine AG an den Sicherungsvertrag nicht gebunden wäre, wenn einerseits ihr Vorstand bei Abschluss des Vertrages seine Geschäftsführungsbefugnis überschreitet und andererseits der Darlehensgeber als Geschäftsgegner des Sicherungsvertrages vorsätzlich oder grob fahrlässig hinsichtlich dieser Pflichtverletzung des Vorstandes handelt.

Allerdings ist bereits umstritten, ob die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht auf die Fälle der „upstream securities“ überhaupt anwendbar sein sollen.

Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht hier nicht anwendbar seien. Dies wird damit begründet, dass der Vorstand der AG gemäß § 78 Abs. 1 AktG eine umfassende Vertretungsbefugnis hat, die gemäß § 82 Abs. 1 AktG nach außen hin auch nicht beschränkt werden kann und das Vertrauen hierauf nicht im Hinblick auf Gläubigerschutz- oder Kapitalerhaltungszwecke über eine Anwendung der Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht enttäuscht werden dürfe²⁴³.

Nach einer anderen Ansicht sind die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht dagegen auch in den Fällen der „upstream securities“ anwendbar²⁴⁴. Dies wird damit begründet, dass zwar die Vertretungsmacht des Vorstandes gemäß § 82 Abs. 1 nicht beschränkt werden kann, die Geschäftsführungsbefugnis hingegen gemäß § 82 Abs. 2 AktG aber überschritten ist, wenn der Vorstand gewissen Regelungen zuwider handelt, beispielsweise, wenn er im Rahmen der Gewährung von „upstream securities“ gegen § 57 AktG oder § 71a AktG verstößt. Die Rechtslage sei somit auch im Zusammenhang mit „upstream securities“ keine andere als in anderen Fällen der Anwendung der Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht. Ferner spricht nach dieser Ansicht für eine Anwendung dieser ungeschriebenen

²⁴² Siehe *Steinbeck* in WM 1999, S. 889 mit Nachweisen sowohl zur Rechtsprechung als auch zur Literatur in Fußnote 29.

²⁴³ *Abramenko* in GmbHR 1997, S. 877; *Früh* in GmbHR 2000, S. 108; *Oetker* in KTS 1991, S. 535; *Sonnenhol/ Groß* in ZHR 159, S. 407f; z.T. betreffend die Situation in der GmbH, die jedoch insofern der in der AG entspricht.

²⁴⁴ *Kühbacher*, S. 71ff; *Peltzer/ Bell* in ZIP 1993, S. 1765; *Steinbeck* in WM 1999, S. 889.

Grundsätze, dass sich in § 62 AktG, der die Rechtsfolgen für den Fall des Verstoßes gegen § 57 AktG regelt, keine Regelung für die Folgen im Verhältnis zu Dritten findet.

Allein die zweite Ansicht vermag zu überzeugen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb gerade im Fall der Kompetenzüberschreitung des Vorstandes im Zusammenhang mit der Gewährung von „upstream securities“ kein Raum für die Anwendung der Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht sein sollte. Vielmehr handelt es sich hier um einen typischen Anwendungsfall für diese Grundsätze. Denn die Konstellation in den Anwendungsfällen der Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht ist stets derart, dass ein im Außenverhältnis bestehendes rechtliches „Können“ einem im Innenverhältnis demgegenüber beschränkten rechtlichen „Dürfen“ gegenübersteht und dieses „Dürfen“ überschritten wird. Genau so ist auch die Konstellation, wenn der Vorstand einer AG seine im Innenverhältnis beschränkten Kompetenzen überschreitet. Daher ist nicht ersichtlich, weshalb die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht in den Fällen der „upstream securities“ nicht anwendbar sein sollten.

Seit BGHZ 50, 112 sind die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht für die Fälle der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht, also auch für den Fall der gemäß § 82 AktG unbeschränkbaren Vertretungsbefugnis des Vorstandes einer AG, um eine subjektive Voraussetzung erweitert worden. In solchen Fällen wirkt die Vertretungsmacht bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen nur dann nicht, wenn der Vertreter bewusst zum Nachteil des Geschäftsherrn, bei der AG also zum Nachteil der Gesellschaft, handelt²⁴⁵. Es ist damit seitens des Vorstandes einer AG zusätzlich zu den eingangs genannten Voraussetzungen eine Schädigungsabsicht erforderlich, damit von der Unwirksamkeit der Vertretungsmacht des Vorstandes im Rahmen der Gewährung einer „upstream security“ ausgegangen werden kann.

Demnach ist der Sicherungsvertrag zwischen der Tochtergesellschaft und der Darlehensgeberin nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht dann nicht wirksam, wenn der Vorstand, infolge eines Verstoßes gegen einen der §§ 53a, 57, 71a AktG oder- zum Beispiel aufgrund eines Verstoßes gegen den satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand²⁴⁶ - gegen § 82 Abs. 2 AktG, seine

²⁴⁵ Kühbacher, S. 73; Michalski in GmbHR 1991, S. 354f.

²⁴⁶ Siehe dazu die Ausführungen oben unter Punkt 2.3.1.2.4 dieser Arbeit.

innergesellschaftlichen Kompetenzen bewusst zum Nachteil der Gesellschaft überschritten hat und der Darlehensgeber diese Kompetenzüberschreitung entweder tatsächlich erkannte oder jedenfalls grob fahrlässig nicht erkannte (Kollusion).

In solchen Fällen des kollusiven Missbrauchs der Vertretungsmacht ist zugleich der Tatbestand des § 138 BGB erfüllt. Wegen des Vorrangs des geschriebenen Rechts kommt daher in den Fällen, in denen die Vertretungsmacht des Vorstandes wegen Kollusion nicht wirkt, allein § 138 BGB zur Anwendung²⁴⁷. Der Sicherungsvertrag ist dann nach dieser Vorschrift nichtig.

2.3.1.2.6 Der Verstoß gegen § 138 BGB wegen Sittenwidrigkeit

Der Tatbestand der Sittenwidrigkeit im Sinne des § 138 BGB ist erfüllt, wenn die Voraussetzungen des kollusiven Missbrauchs der Vertretungsmacht vorliegen²⁴⁸.

Eine grundsätzliche Annahme der Sittenwidrigkeit von „upstream securities“ wegen einer Übersicherung des Darlehensgebers liegt dagegen fern, da die Bank bei einer Besicherung allein durch die kreditnehmende Muttergesellschaft in aller Regel völlig unterbesichert wäre. Allein das in einem Konzern wegen des konzerntypischen „Cash-Managements“ vorhandene Risiko der internen Weiterleitung der aufgenommenen Mittel an andere Konzerngesellschaften und der damit verbundenen Gefahr für den Kreditgeber, nicht auf die mit den Kreditmitteln geschaffenen Vermögenswerte zugreifen zu können, begründet das Interesse und die Notwendigkeit, möglichst nicht nur die darlehensnehmende Muttergesellschaft, sondern zumindest auch deren Tochtergesellschaften mit in die Haftung für den Kredit aufzunehmen²⁴⁹. Allerdings ist in diesem Zusammenhang stets die Deckungsgrenze von 110% zu beachten²⁵⁰.

Die Annahme der Sittenwidrigkeit der Sicherheit wegen einer Knebelung der sicherungsgebenden Tochtergesellschaft im Hinblick auf die vereinbarte Verwertungsmöglichkeit scheidet jedenfalls dann aus, wenn die Tochtergesellschaft bis zum Sicherungsfall sämtliche abgetretenen Forderungen einziehen bzw.

²⁴⁷ BGH in NJW 1989, S. 26f.

²⁴⁸ Dazu siehe die Ausführungen oben unter Punkt 2.3.1.2.5 dieser Arbeit.

²⁴⁹ Vgl. BGHZ 138, (S. 291) S. 301; siehe auch die Ausführungen zur Notwendigkeit von „upstream securities“ oben unter Punkt 1.1 dieser Arbeit.

²⁵⁰ BGHZ 138, (S. 291) S. 303.

sicherungsübereignete Gegenstände nutzen kann und ihre wirtschaftliche Bewegungsfreiheit somit erhalten bleibt²⁵¹.

Damit eine „upstream security“ gemäß § 138 BGB unter dem Aspekt der Gläubigergefährdung wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein kann, muss das Sicherungsgeschäft nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BGH unter Umständen abgeschlossen werden, die dazu geeignet und bestimmt sind, andere Gläubiger darüber zu täuschen, dass der Schuldner kein freies Vermögen mehr hat, und dadurch zur Vergabe weiterer Kredite zu verleiten²⁵². Dabei kann es auch genügen, dass die Vertragspartner mit der Möglichkeit gerechnet und billigend in Kauf genommen haben, dass andere Gläubiger, also Dritte, geschädigt werden²⁵³. Daher handelt der begünstigte Gläubiger schon dann sittenwidrig, wenn er solche Umstände kennt, die den Schluss auf einen bevorstehenden Zusammenbruch des Schuldners aufdrängen, und er sich mindestens grob fahrlässig über diese Erkenntnis hinwegsetzt²⁵⁴. Durfte er hingegen davon ausgehen, der Schuldner werde mit den gewährten Krediten ordnungsgemäß weiterwirtschaften können, so kann ihm nicht vorgeworfen werden, sich sittenwidrig über die Belange anderer Gläubiger, also Dritter, hinweggesetzt zu haben²⁵⁵.

Eine andere, vornehmlich in der Literatur vertretene Auffassung, die für den Bereich des GmbH-Rechts im Zusammenhang mit Verstößen gegen das Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG²⁵⁶ entwickelt wurde, will einen eigenen unter § 138 BGB zu fassenden Tatbestand der Gläubigergefährdung auch ohne Schädigungs- oder Täuschungsabsicht annehmen, sobald der Kreditgeber eine Sicherheit entgegennimmt, die das Stammkapital der Gesellschaft angreifen könnte, und er sich dieser Erkenntnis grob fahrlässig oder bewusst verschließt²⁵⁷. Da § 57 AktG jede Auszahlung an die Gesellschafter verbietet, die nicht in einer offenen Dividendenzahlung im Sinne des § 174 Abs. 2 Nr. 1 AktG besteht²⁵⁸, und damit viel enger gefasst ist als § 30 GmbHG²⁵⁹,

²⁵¹ BGHZ 138, (S. 291) S.303; *Lwowski* in *Recht der Kreditsicherung*, Rdnr. 157 mit weiteren Nachweisen auch auf die Rechtsprechung; vgl. auch die Ausführungen bei *Sonnenhol/ Groß* in *ZHR* 159, S. 412f.

²⁵² BGHZ 138, (S. 291) S. 299ff; BGH in *NJW* 1995, S. 1668; vgl. auch die Ausführungen von *Lwowski* in *Recht der Kreditsicherung*, Rdnr. 158, 160 und von *Freitag* in *WM* 2003, S. 814.

²⁵³ BGH in *NJW* 1984, S. 728f.

²⁵⁴ Vgl. dazu *LG Stuttgart* in *WM* 1992, S. 982.

²⁵⁵ BGHZ 138, (S. 291) S. 300; BGH in *NJW* 1984, S. 728f.

²⁵⁶ Siehe dazu die Ausführungen unten unter Punkt 2.3.1.3.1 dieser Arbeit.

²⁵⁷ *Kühbacher*, S. 71 mit weiteren Nachweisen; *Meister* in *WM* 1980, S. 396.

²⁵⁸ Siehe dazu die Ausführungen oben unter Punkt 2.3.1.2.1.1 dieser Arbeit.

müsste diese Ansicht bei einem bewussten Verstoß gegen § 57 AktG im AG-Konzern erst recht entsprechende Anwendung finden.

Mit dem BGH²⁶⁰ ist diese Auffassung jedoch als zu weitgehend abzulehnen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb im Gesellschaftsrecht, anders als im allgemeinen bürgerlichen Recht, der bloße, wenn auch vorsätzliche, Verstoß gegen eine gesetzliche Norm zur Sittenwidrigkeit und damit zur Nichtigkeit führen soll. § 134 BGB liefe in diesem Fall leer. Es ist vielmehr so, dass hier die Vorschriften zur Insolvenz- und Gläubigeranfechtung grundsätzlich abschließend regeln, wann die Gläubiger zu schützen sind²⁶¹. Für eine Anwendung des § 138 BGB bleibt daher nur dort Raum, wo besondere Umstände wie eine Schädigungs- oder Täuschungsabsicht vorliegen, die über eine bloße Benachteiligung anderer Gläubiger hinausgehen²⁶². Dies ist auch im Hinblick auf die im Falle der Sittenwidrigkeit des Sicherungsgeschäfts wegen des Missbrauchs der Vertretungsmacht des Vorstandes geltenden Grundsätze nur konsequent.

Eine solche Täuschungs- oder Schädigungsabsicht wird allerdings nur in absoluten Ausnahmefällen vorliegen, so dass in aller Regel kein Verstoß gegen § 138 BGB wegen Sittenwidrigkeit der Sicherheit aufgrund von Gläubigergefährdung mit der Nichtigkeitsfolge gegeben ist²⁶³.

2.3.1.2.7 Der existenzvernichtende Eingriff nach der Rechtsprechung des BGH im Urteil „Bremer Vulkan“

Die grundlegenden Voraussetzungen für die auf das Gesellschaftsvermögen beschränkte Haftung der Kapitalgesellschaften gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 AktG und § 13 Abs. 2 GmbHG sind einerseits die Trennung des Vermögens der Gesellschaft von dem Vermögen ihrer Gesellschafter, und andererseits, dass das zur Begleichung von Forderungen erforderliche Vermögen während der gesamten Lebensdauer der Gesellschaft in dieser verbleibt. Eine Beendigung der Existenz der Gesellschaft darf

²⁵⁹ Dazu siehe die Ausführungen unten unter Punkt 2.3.1.3.1 dieser Arbeit.

²⁶⁰ BGHZ 138, (S. 291) S. 299.

²⁶¹ Freitag in WM 2003, S. 814.

²⁶² BGHZ 138, (S. 291) S. 299f; BGH in NJW 1993, S. 2041f.

²⁶³ So auch Schön in ZHR 159, S. 366f; Sonnenhol/ Groß in ZHR 159, S. 410ff; Steinbeck in WM 1999, S. 888.

daher allein im Rahmen einer freiwilligen Liquidation oder eines Insolvenzverfahrens unter weitestmöglicher Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erfolgen²⁶⁴.

In der Fortsetzung seiner Rechtsprechung zum Fall „TBB“²⁶⁵ stellte der BGH in der Entscheidung zur „Bremer Vulkan“²⁶⁶ sowie in zwei nachfolgenden Urteilen²⁶⁷ in Konsequenz dieser Grundsätze fest, dass eine von einem Gesellschafter veranlasste Maßnahme als existenzvernichtender Eingriff rechtlich unzulässig sein soll, wenn sie in Missachtung dieser das Haftungsprivileg rechtfertigenden Grundsätze vorgenommen wird, indem der Gesellschaft Geschäftschancen oder Vermögen derart entzogen werden, dass sie infolge der Maßnahme ihre Verbindlichkeiten nicht mehr bedienen kann und auch kein Ausgleich mehr möglich ist²⁶⁸. Unerheblich ist dabei, ob der veranlassende Gesellschafter die vernichtenden Folgen seines Handelns erkennen konnte oder ob der Eingriff von vornherein auf Existenzvernichtung angelegt war oder nicht. Entscheidend ist allein, ob die Gesellschaft von ihrem Gesellschafter in bestandsgefährdender Weise ausgenutzt wurde²⁶⁹.

Damit steht fest, dass neben den subjektiv ein kollusives Handeln voraussetzenden Fällen des Missbrauchs der Vertretungsmacht, die unter den Tatbestand des § 138 BGB wegen Sittenwidrigkeit infolge Gläubigergefährdung zu fassen sind, auch diejenigen Maßnahmen einer Gesellschaft rechtlich unzulässig sind, die rein objektiv deren Existenz gefährden²⁷⁰. Anders als die Fälle des § 318 BGB sind diese rein objektiv existenzgefährdenden Eingriffe grundsätzlich wirksam²⁷¹.

Diese Grundsätze zum existenzvernichtenden Eingriff wurden vom BGH zwar ausdrücklich nur für die GmbH aufgestellt, dürften aber, da insofern kein Unterschied zur AG besteht, auch im Fall der AG Anwendung finden²⁷².

Eine „upstream security“ ist daher auch dann gesellschaftsrechtswidrig, wenn sie einen nach den Grundsätzen der Rechtsprechung zum „Bremer Vulkan“-Urteil existenzvernichtenden Eingriff in die AG darstellt, weil es der Gesellschaft infolge der

²⁶⁴ BGHZ 151, S. 181 (186f) mit Verweisen auch auf frühere Rechtsprechung.

²⁶⁵ BGHZ 122, S. 123.

²⁶⁶ BGHZ 149, S. 10.

²⁶⁷ BGHZ 150, S. 61 und BGHZ 151, S. 181 (KBV).

²⁶⁸ BGHZ 122, S. 130; 149, S. 16.

²⁶⁹ *Bruns* in WM 2003, S. 817.

²⁷⁰ Gegen den BGH: *Bitter* in WM 2001, S. 2133.

²⁷¹ *Freitag* in WM 2003, S. 814.

²⁷² So auch *Bruns* in WM 2003, S. 815.

Sicherheitenbestellung rein objektiv nicht mehr möglich ist, ihre Verbindlichkeiten im Übrigen zu bedienen.

2.3.1.2.8 Der Verstoß gegen ein Verbotsgesetz, § 134 BGB in Verbindung mit § 57 oder § 71a Abs. 1 S. 1 AktG

Gemäß § 134 BGB ist eine „upstream security“ nichtig, wenn sie gegen ein Verbotsgesetz verstößt.

Da die Vorschriften der §§ 57 und 71a Abs. 1 S. 1 AktG Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB sind²⁷³, sind solche „upstream securities“ gemäß § 134 BGB wegen des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz nichtig, die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 57 AktG oder gegen das Erwerbssicherheitsverbot des § 71a Abs. 1 S. 1 AktG verstoßen²⁷⁴.

Die Nichtigkeitsfolge tritt indes grundsätzlich nur im Innenverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem begünstigten Gesellschafter, also im Fall der „upstream securities“ nur im Verhältnis der Tochter- zur Muttergesellschaft, ein, da die §§ 57, 71a Abs. 1 S. 1 AktG keine Wirkung gegenüber dem Darlehensgeber als sicherungsnehmendem Dritten entfalten²⁷⁵.

2.3.1.2.9 Zusammenfassung zur Zulässigkeit von „upstream securities“ in Konstellationen, in denen die die Sicherheit gewährende Tochtergesellschaft eine AG ist

„Upstream securities“, die zum Zweck des Erwerbs von Aktien an der Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft von der Tochter-AG gestellt werden, sind gemäß § 71a Abs. 1 S. 1 AktG stets unzulässig.

²⁷³ So schon RGZ 77, S. 72f; 149, S. 400; *Lutter* in Kölner Kommentar, § 57 Rdnr. 62f; *Bastuck* in WM 2000, S. 1097; dagegen allerdings *Schmidt* in Gesellschaftsrecht, § 29 II 2. b) aa).

²⁷⁴ Siehe dazu die Ausführungen oben unter Punkt 2.3.1.2.1 und 2.3.1.2.2 dieser Arbeit.

²⁷⁵ *Bastuck* in WM 2000, S. 1097 mit weiteren Nachweisen in Fußnote 48, mit dem Hinweis darauf, dass etwas anderes in dem Fall gilt, dass der Dritte in Kenntnis der Zusammenhänge bei der verbotenen Einlagenrückgewähr arglistig mitgewirkt hat.

Werden „upstream securities“ hingegen gewährt, ohne dass damit der Erwerb von Aktien an der Tochtergesellschaft bezweckt wird, so sind sie im Rahmen eines Vertragskonzerns gemäß § 291 Abs. 3 AktG stets, im faktischen Konzern gemäß § 311 AktG nur dann zulässig, wenn die Möglichkeit eines wirtschaftlichen Ausgleichs in Aussicht steht. Im qualifizierten faktischen Konzern dagegen sind sie gemäß § 57 AktG stets unzulässig.

Ferner sind „upstream securities“, auch wenn sie nicht gegen § 57 oder § 71a Abs. 1 S. 1 AktG verstoßen, wegen eines Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsgebot des § 53a AktG unzulässig, sofern nicht die betroffenen Aktionäre im Einzelfall der zugrunde liegenden Entscheidung zugestimmt haben.

Stellt die „upstream security“ einen existenzvernichtenden Eingriff in die AG dar, so ist sie nach den Grundsätzen der Rechtsprechung des BGH zur „Bremer Vulkan“ rechtlich unzulässig.

Auch wenn die Gewährung einer „upstream security“ gegen den in der Satzung festgelegten Unternehmensgegenstand verstößt, ist sie gesellschaftsrechtlich unzulässig.

Unwirksamkeit der „upstream securities“ kann infolge eines Verstoßes gegen § 134 BGB in Verbindung mit den §§ 57 bzw. 71a Abs. 1 S. 1 AktG oder auch im äußerst selten anzunehmenden Fall der Gläubigergefährdung gemäß § 138 BGB wegen Sittenwidrigkeit eintreten. Unwirksam wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB sind „upstream securities“ ferner in Fällen des Missbrauchs der Vertretungsmacht, wenn der Vorstand im Rahmen der Gewährung der „upstream securities“ seine Geschäftsführungsbefugnis nach § 82 Abs. 2 AktG bewusst zum Nachteil der Gesellschaft überschritten hat und der Darlehensgeber diesen Pflichtverstoß erkannte oder aus grober Fahrlässigkeit nicht erkannte.

2.3.1.3 Die Zulässigkeit von „upstream securities“ in Konstellationen, in denen die die Sicherheit gewährende Tochtergesellschaft eine GmbH ist

2.3.1.3.1 Das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG und seine Ausnahmen

2.3.1.3.1.1 Das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG

Die zentrale Kapitalschutznorm im GmbHG ist § 30. Nach § 30 Abs. 1 GmbHG darf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der GmbH nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden.

Dieses Auszahlungsverbot, das dem Schutze des Gesellschaftsvermögens in seiner satzungsmäßigen Mindesthöhe dient und damit sowohl den Fortbestand der Gesellschaft als auch den Gläubigerschutz bezweckt, ist dem Verbot des § 57 AktG grundsätzlich vergleichbar, aber nicht so eng gefasst wie jenes. Während nach § 57 AktG ausschließlich eine Gewinnausschüttung in Form einer offenen Dividendenzahlung vorgenommen werden darf und somit im Umkehrschluss jede andere Form der Auszahlung von Gesellschaftsvermögen an die Aktionäre unabhängig von der Höhe verboten ist, unterliegt nach § 30 Abs. 1 GmbHG nur das Gesellschaftsvermögen in Höhe des satzungsmäßigen Stammkapitals einer Auszahlungssperre.

Eine „upstream security“ ist daher gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG unzulässig, wenn sie einerseits als Auszahlungen an Gesellschafter im Sinne dieser Vorschrift zu klassifizieren ist und ferner als solche das satzungsmäßige Stammkapital der GmbH beeinträchtigt.

2.3.1.3.1.1.1 „Upstream securities“ als Auszahlungen im Sinne des § 30 Abs. 1 GmbHG

Eine Auszahlung im Sinne des § 30 Abs. 1 GmbHG ist nicht nur die klassische Geldzahlung, die als offene Auszahlung zu bezeichnen wäre, sondern vielmehr auch jede verdeckte Auszahlung, also jede Leistung, die geeignet ist, das Vermögen der Gesellschaft in irgendeiner Weise zu mindern²⁷⁶. Dass solche verdeckten Auszahlungen

²⁷⁶ Fleck in Festschrift 100 Jahre GmbHG, S. 399f mit Hinweisen auch auf die Rechtsprechung;

in gleicher Weise wie offene Auszahlungen von § 30 Abs. 1 GmbHG erfasst sind, ist mittlerweile ebenso unstreitig anerkannt wie die Tatsache, dass somit grundsätzlich auch „upstream securities“ als Auszahlungen im Sinne des § 30 Abs. 1 GmbHG in Betracht kommen²⁷⁷.

Ebenso wie im Bereich des § 57 AktG und der schwedischen Gewinnausschüttungsregeln des Kapitels 12 ABL wird dabei auch im Rahmen der Ausschüttungsregel des § 30 GmbHG vorausgesetzt, dass die betreffende Leistung gegenleistungsfrei erfolgt. Die Beurteilung der Gegenleistungsfreiheit erfolgt im Recht der GmbH nach den gleichen Kriterien wie im deutschen und schwedischen Aktiengesellschaftsrecht. Eine „upstream security“ ist daher jedenfalls dann als eine gegenleistungsfreie verdeckte Auszahlung im Sinne des § 30 Abs. 1 GmbHG anzusehen, wenn kein wirtschaftlicher Ausgleich für das von der Tochtergesellschaft übernommene Risiko der Insolvenz der Muttergesellschaft und das damit verbundene Risiko der Inanspruchnahme zu erwarten ist²⁷⁸. Ist diese Voraussetzung der fehlenden Gegenleistung erfüllt, so könnte eine „upstream security“ grundsätzlich als Auszahlung im Sinne des § 30 Abs. 1 GmbHG anzusehen sein.

Allerdings ist im Zusammenhang mit „upstream securities“ im GmbH-Konzern neuerdings umstritten, ob sie tatsächlich eine Auszahlung *an einen Gesellschafter* im Sinne des § 30 Abs. 1 GmbHG darstellen, da die Sicherheit an und für sich nicht der Gesellschafterin Muttergesellschaft selbst, sondern dem Darlehensgeber, also streng genommen einem Dritten, gewährt wird²⁷⁹.

Allgemein wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass auch das Gewähren von Sicherheiten an einen Dritten zugunsten eines GmbH-Gesellschafters vom Verbot des § 30 Abs. 1 GmbHG erfasst sein müsse²⁸⁰. Als Begründung wird dabei – wie auch im

Kallmeyer in GmbH-Handbuch I, Rdnr. 345; *Messer* in ZHR 159, S. 376 mit Hinweis auf BGHZ 31, S. 258; *Sonnenhol/Groß* in ZHR 159, S. 396f.

²⁷⁷ BGHZ 138, S. 291; *Kallmeyer* in GmbH-Handbuch I, Rdnr. 351; *Sonnenhol/Groß* in ZHR 159, S. 397.

²⁷⁸ Vgl. die Ausführungen oben unter Punkt 2.2.1.3.2 dieser Arbeit.

²⁷⁹ Zu dieser Frage im Rahmen eines AG-Konzerns siehe die Ausführungen oben unter Punkt 2.3.1.2.1.1 dieser Arbeit.

²⁸⁰ So schon RGZ 80, S. 148; *Pentz* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 30 Rdnr. 20; *Westermann* in Scholz, § 30 Rdnr. 31; *Bastuck* in WM 2000, S. 1092 mit dem Hinweis darauf, dass „upstream securities“ gerade auch häufig auf ausdrückliche Weisung der Gesellschafterin Muttergesellschaft gewährt werden; *Freitag* in WM 2003, S. 806; *Meister* in WM 1980, S. 390; *Messer* in ZHR 159, S. 376; *Oetker* in KTS 1991, S. 524; *Schmidt* in Gesellschaftsrecht, § 37 III 1. c); *Sonnenhol/Groß* in ZHR 159, S. 397; *Sotiropoulos* in Kredite und Kreditsicherheiten, S. 96.

Bereich des AG-Konzerns- angeführt, dass es sich bei einer solchen Leistung jedenfalls mittelbar um eine Leistung an den darlehensnehmenden Gesellschafter handele, da dieser dadurch, dass die Gesellschaft die Sicherheit stellt, einen wirtschaftlichen Vorteil erhalte- nämlich den Kredit, der ihm ohne diese Leistung der Gesellschaft nicht oder allenfalls zu nachteiligeren Konditionen gewährt würde. Damit sei der Gesellschafter trotz der direkten Gewährung der Sicherheit an einen Dritten auch als indirekter Empfänger der Zuwendung als Auszahlungsempfänger im Sinne des § 30 Abs. 1 GmbHG anzusehen und die Zulässigkeit der „upstream security“ folglich an dieser Norm zu messen.

Nach einer neu aufgekommenen, einzelnen Gegenansicht in der Literatur soll das Gewähren von Sicherheiten an Dritte dagegen von vornherein nicht von § 30 Abs. 1 GmbHG erfasst sein, da diese Kapitalschutznorm sich nicht an Dritte richte und ein beliebiger Dritter unter keinen Umständen zum Mitgesellschafter werden könne²⁸¹. Auch könne hier nicht mit der Gefahr eines Umgehungsgeschäftes argumentiert werden, wie es bei solchen Dritten möglich sei, die nahe Angehörige eines Gesellschafters sind²⁸², da eben diese Nähebeziehung fehle²⁸³.

Früh, der die zweitgenannte Ansicht bislang allein vertritt, missversteht das für ihn entscheidende Urteil des BGH vom 19. März 1998²⁸⁴. In diesem Urteil äußert sich der 9. Senat dahingehend, dass sich die Kapitalschutzregel des § 30 Abs. 1 GmbHG nicht an Dritte richte²⁸⁵. Mit diesem Ausspruch des BGH ist nach hier vertretener Auffassung jedoch keinesfalls gemeint, dass Auszahlungen im Sinne des § 30 GmbHG, bei denen Dritte eine Rolle spielen, grundsätzlich nicht von dieser Norm berührt sein könnten. Die Entscheidung des BGH in dem soeben zitierten Fall betrifft im Hinblick auf § 30 GmbHG allein die Frage, ob § 30 Abs. 1 GmbHG Auswirkungen auf die Wirksamkeit einer „upstream security“ im Verhältnis zu dem sicherungsnehmenden Dritten haben kann. Dies ergibt sich schon aus einem Gesamtblick auf die Entscheidungsgründe zu B.I.1. des Urteils, in denen es allein um die Frage der Nichtigkeit einer „upstream security“ geht. Wenn der BGH in diesem Zusammenhang also von einer Überprüfung der „upstream security“ anhand der Kriterien des § 30 GmbHG absieht, stellt er mit

²⁸¹ So *Früh* in *GmbHR* 2000, S. 108.

²⁸² Dazu siehe *BGHZ* 81, 365 (368f); *Pentz* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, § 30 Rdnr. 25; *Timm* in *AG* 1981, S. 134f.

²⁸³ *Früh* in *GmbHR* 2000, S. 108.

²⁸⁴ *BGHZ* 138, S. 291.

²⁸⁵ *BGHZ* 138, (S. 291) S. 298.

seinem Urteil lediglich klar, dass sich diese Norm insofern nicht an Dritte richtet, als ein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG im Zusammenhang mit der Gewährung einer „upstream security“ nicht zur Unwirksamkeit derselben im Verhältnis zum Sicherungsnehmer führt. Für die herrschende Meinung spricht ferner, dass „upstream securities“ in der Praxis zumeist auf eine Weisung der Muttergesellschaft hin gewährt werden und daher aus der Sicht der Muttergesellschaft jedenfalls auch eine Leistung an diese darstellen²⁸⁶. Die Auffassung Frühs ist daher nicht haltbar.

Mit der herrschenden Meinung sind gegenleistungsfreie „upstream securities“ folglich als Auszahlungen an einen Gesellschafter im Sinne des § 30 Abs. 1 GmbHG anzusehen, deren Zulässigkeit an den Anforderungen dieser Vorschrift zu messen ist.

2.3.1.3.1.1.2 „Upstream securities“ als Angriff auf das Stammkapital der Tochter-GmbH

Eine gegenleistungsfreie „upstream security“ ist als Auszahlung im Sinne des § 30 Abs. 1 GmbHG wegen eines Verstoßes gegen die Norm unzulässig, wenn durch sie das Stammkapital der Tochter-GmbH angegriffen wird.

Nach wie vor in Literatur und Rechtsprechung umstritten ist dabei die Frage des nach deutschem Recht für die Beurteilung des Vorliegens einer Unterbilanz entscheidenden Zeitpunkts.

Joost sieht bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Sicherheitsvertrages den maßgeblichen Zeitpunkt, da schon die Verpflichtung der Gesellschaft als Verbindlichkeit zu passivieren sei und dementsprechend das rechnerisch zur Deckung des Stammkapitals zur Verfügung stehende Reinvermögen mindere²⁸⁷.

Nach der Rechtsprechung und Teilen der Literatur soll indes der Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit entscheidend sein, da mit der Bestellung der Sicherheit das in dieser verkörperte Vermögen zumindest vorübergehend dem Zugriff der anderen Gläubiger entzogen sei²⁸⁸. Ferner wird als Begründung für diese Auffassung die

²⁸⁶ Vgl. *Pentz* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 30 Rdnr. 20.

²⁸⁷ *Joost* in ZHR 148, S. 27ff.

²⁸⁸ BGH in GmbHR 1976, S. 133; *Früh* in GmbHR 2000, S. 107f; *Schön* in ZHR 159, S. 357.

Tatsache herangezogen, dass sich auch Inhaberschaft und Insolvenzfestigkeit nach dem Zeitpunkt der Bestellung richteten²⁸⁹.

Die herrschende Meinung in der Literatur hingegen stellt für die Beurteilung des Vorliegens einer Unterbilanz auf den Verwertungszeitpunkt ab mit der Begründung, dass sich die bloße Bestellung einer Sicherheit gemäß § 251 HGB bilanziell überhaupt nicht auswirke, sondern vielmehr erst die Inanspruchnahme derselben sich in den Bilanzen niederschlage²⁹⁰.

Hier wird die zweitgenannte Auffassung, die in der Bestellung der Sicherheit den zur Beurteilung des Vorliegens einer Unterbilanz entscheidenden Zeitpunkt sieht, als zutreffend erachtet. Denn man kann den Parteien zwar zumuten zum Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung gewissenhaft zu prüfen, ob hierdurch eine Unterbilanz hervorgerufen oder vertieft werden könnte, sie aber mit dem Risiko nachträglicher Entwicklungen zu belasten, die im Zeitpunkt der Bestellung nicht absehbar waren, erscheint indes nicht angemessen²⁹¹.

Für die Beurteilung der Frage, ob durch die „upstream security“ eine Unterbilanz hervorgerufen wird und diese somit womöglich gegen § 30 Abs. 1 GmbHG verstößt, ist daher auf den Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit abzustellen.

„Upstream securities“ sind somit gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG unzulässig, wenn sie gegenleistungsfrei erfolgen und durch ihre Bestellung in diesem Zeitpunkt eine Unterbilanz hervorgerufen wird.

2.3.1.3.1.2 Die Ausnahme vom Auszahlungsverbot gemäß § 291 Abs. 3 AktG analog im Rahmen eines Vertragskonzerns

Im Rahmen eines GmbH-Vertragskonzerns stellt sich die Rechtslage, wie auch im AG-Vertragskonzern, anders dar.

Zwar gibt es im GmbHG keine dem § 291 Abs. 3 AktG entsprechende Regelung, doch wird diese Norm entsprechend auf eine sicherungsgebende Tochter-GmbH im

²⁸⁹ Siehe die Diskussionen bei *Freitag* in WM 2003, S. 809ff und bei *Früh* in GmbHR 2000, S. 108; *Bastuck* in WM 2000, S. 1094f; *Schön* in ZHR 159, S. 359ff.

²⁹⁰ *Hueck* in Baumbach/Hueck, § 30 Rdnr. 18f; *Messer* in ZHR 159, S. 376; *Sonnenhol/ Groß* in ZHR 159, S. 399ff; *Stimpel* in Festschrift 100 Jahre GmbHG, S. 354ff, jeweils mit weiteren Nachweisen.

²⁹¹ *Freitag* in WM 2003, S. 809ff; *Früh* in GmbHR 2000, S. 108.

Vertragskonzern angewendet²⁹². Ebenso wenig wie § 57 AktG im AG-Vertragskonzern eingreift, greift somit auch § 30 Abs. 1 GmbHG im GmbH-Vertragskonzern nicht ein. Der Grund für dieses Vorgehen ist, dass die abhängige GmbH, wenn das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG im Vertragskonzern anwendbar wäre, stärker geschützt wäre als die abhängige AG. Dies jedoch wäre im Hinblick darauf sinnwidrig, dass durch § 57 AktG die Kapitalerhaltungsvorschriften für die AG deutlich enger gefasst sind als dies in § 30 Abs. 1 GmbHG für die GmbH der Fall ist²⁹³.

Demnach sind „upstream securities“ im GmbH-Vertragskonzern unter dem Aspekt des Auszahlungsverbotes des § 30 Abs. 1 GmbHG im Wege einer entsprechenden Anwendung des § 291 Abs. 3 AktG zulässig, sofern die Gewährung der „upstream security“ aufgrund einer zulässigen Weisung der Muttergesellschaft erfolgt²⁹⁴.

2.3.1.3.1.3 *Keine Ausnahme vom Auszahlungsverbot im Rahmen eines faktischen Konzerns*

Im Vergleich zur abhängigen AG in einem faktischen Konzern stellt sich die Situation der im faktischen Konzern abhängigen GmbH anders dar.

Die Gesellschafter einer GmbH haben eine gegenüber den Aktionären einer AG viel stärkere Stellung, da sie in der Gesellschafterversammlung gegenüber der Geschäftsführung der Tochter-GmbH gemäß § 46 Nr. 6 GmbHG ein direktes Weisungsrecht ausüben und so direkt in die Geschäftsführung eingreifen können, was den Aktionären einer AG nur im Rahmen des § 119 Abs. 2 AktG auf Verlangen des Vorstandes möglich ist. Aufgrund dieses Unterschieds zwischen den beiden Unternehmensformen AG und GmbH im faktischen Konzern kann § 311 AktG auf die abhängige GmbH nicht entsprechend angewendet werden.

Mangels anderer, eigener Regelungen im GmbHG für die Konstellation des faktischen Konzerns bleibt § 30 Abs. 1 GmbHG daher im faktischen Konzern uneingeschränkt anwendbar²⁹⁵.

²⁹² *Sonnenhol/ Groß* in ZHR 159, S. 409f mit weiteren Nachweisen.

²⁹³ Siehe dazu die einleitenden Ausführungen zu § 30 Abs. 1 GmbHG oben unter Punkt 2.3.1.3.1 dieser Arbeit und die Ausführungen bei *Fleck* in Festschrift 100 Jahre GmbHG, S. 396.

²⁹⁴ Vgl. dazu die Ausführungen oben unter Punkt 2.3.1.2.1.2 dieser Arbeit.

²⁹⁵ *Sonnenhol/ Groß* in ZHR 159, S. 410 mit weiteren Nachweisen.

Ist die sicherungsgebende Tochtergesellschaft im faktischen Konzern eine GmbH, so ist die „upstream security“ folglich gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG gesellschaftsrechtlich unzulässig, wenn sie das Vermögen der Tochtergesellschaft in Höhe des Stammkapitals beeinträchtigt.

2.3.1.3.1.4 Keine Ausnahme vom Auszahlungsverbot im Rahmen eines qualifizierten faktischen Konzerns

Nach der allgemeinen Meinung gilt § 30 Abs. 1 GmbHG im qualifizierten faktischen Konzern uneingeschränkt weiter²⁹⁶, so dass solche „upstream securities“, die das Stammkapital der Tochter-GmbH beeinträchtigen, auch hier gemäß dieser Vorschrift unzulässig sind.

2.3.1.3.2 Keine analoge Anwendung des Kreditverbots des § 43a GmbHG auf Gesellschafter

Nach § 43a GmbHG darf den Geschäftsführern, anderen gesetzlichen Vertretern, Prokuristen oder zum gesamten Geschäftsbetrieb ermächtigten Handlungsbevollmächtigten kein Kredit aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft gewährt werden.

Da die Gesellschafter der GmbH nicht zu dem ausdrücklichen Adressatenkreis dieser Norm gehören, ist sie von ihrem Wortlaut her auf die Fälle der „upstream securities“, abgesehen von der Tatsache, dass die Gewährung von Sicherheiten nicht ausdrücklich erfasst ist, nicht direkt anwendbar.

Dennoch wird in der Literatur teilweise die Ansicht vertreten, dass § 43a GmbHG analog auch auf eine Kreditgewährung an Gesellschafter der GmbH und somit möglicherweise auch auf die Fälle der „upstream securities“ anzuwenden sei²⁹⁷. Dies wird damit begründet, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung dieser Vorschrift einem anfänglichen Motivirrtum unterlegen sei, indem er davon ausging, § 30 Abs. 1 GmbHG

²⁹⁶ Siehe nur BGHZ 149, S.16 (Bremer Vulkan); *Fleck* in Festschrift 100 Jahre GmbHG, S. 397; *Sonnenhol/Groß* in ZHR 159, S. 410.

²⁹⁷ *Schneider* in ZGR 1984, S. 527, in ZGR 1985, S. 293f und in Festschrift für Döllerer, S. 547; *Sotiropoulos* in Kredite und Kreditsicherheiten der GmbH, S. 71ff. mit weiteren Nachweisen in Fußnote 2; nicht eindeutig, aber wohl dafür: *Schmidt* in Gesellschaftsrecht, § 37 III 6.

regele auch den Fall der Kreditgewährung an Gesellschafter abschließend und eine eigene Regelung hinsichtlich der Kreditvergabe an Gesellschafter sei daher überflüssig. Tatsächlich sei dies nämlich nicht der Fall, da § 30 Abs. 1 GmbHG einen ganz anderen, mit dem des § 43a nicht vergleichbaren, Schutz biete. Daher sei der Weg für eine Analogie hier also eröffnet.

Die Gegenansicht indes, die in Literatur wie Rechtsprechung die herrschende Meinung ist, lehnt eine analoge Anwendung des § 43a GmbHG auf die Kreditgewährung an Gesellschafter ab²⁹⁸. Die Begründung dieser herrschenden Meinung liegt darin, dass sowohl § 30 Abs. 1 als auch § 43a GmbHG zwar durch den Schutz des Gesellschaftsvermögens die Gesellschaftsgläubiger schützen wollten, der Gesetzgeber den Adressatenkreis der beiden Vorschriften indes bewusst unterschiedlich gestaltet habe. Eine Analogie würde diesen Unterschied ungerechtfertigt eibebnen.

Da in den Gesetzesvorarbeiten zur Einführung des § 43a GmbHG im Rahmen der GmbHG-Novelle im Jahre 1980 nichts auf das tatsächliche Vorliegen eines Motivirrtums des Gesetzgebers hindeutet, Gesellschafter vielmehr von der Anwendung des § 43a GmbHG ausgeschlossen sein sollten²⁹⁹, ist für eine analoge Anwendung des § 43a GmbHG auf die Fälle der Kreditgewährung zugunsten von Gesellschaftern, was möglicherweise einer Anwendung auch auf die Fälle der Kreditbesicherung zugunsten von Gesellschaftern die Türen öffnen würde, kein Raum³⁰⁰. Mit der herrschenden Meinung ist eine solche Analogie folglich abzulehnen.

Da § 43a GmbHG somit auf die Fälle der „upstream securities“ tatbestandlich nicht anwendbar ist, ist eine Unzulässigkeit dieser Sicherheiten wegen eines Verstoßes gegen § 43a GmbHG ausgeschlossen.

2.3.1.3.3 Keine analoge Anwendung des § 71a AktG auf GmbH-Konstellationen

§ 33 GmbHG regelt die Voraussetzungen, unter denen eigene Anteile der GmbH von dieser erworben werden dürfen und unter denen der Erwerb eigener Anteile verboten

²⁹⁸ *Cahn* in Kapitalerhaltung, S. 254ff; *Brockfeld* in Darlehen, S. 7ff und S. 125ff; *Kallmeyer* in GmbH-Handbuch I, Rdnr. 351; *Kühbacher*, S. 45ff; *Römermann* in MüAnwHdb GmbH, § 5 Rdnr. 71.

²⁹⁹ Vgl. die BT-Drucksachen 8/1347, S. 64, 67 Ziff.13, S. 72, 74 Ziff. 13 und 8/3908, S. 20 Ziff. 18a, S. 66, 75.

³⁰⁰ So auch BGHZ 157, S. 72.

ist. Damit ist § 33 GmbHG die im Rahmen von GmbH-Konstellationen der Vorschrift des § 71 AktG entsprechende Norm. Eine den Vorschriften der §§ 71a, 71d AktG entsprechende Norm, die auch Umgehungsgeschäfte im Rahmen des verbotenen Erwerbs eigener Aktien unter den gleichen Voraussetzungen verbietet wie den Erwerb selbst, existiert im GmbHG nicht.

Für eine analoge Anwendung der §§ 71a, 71d AktG ist auch kein Raum, da es keine Anzeichen für eine planwidrige Regelungslücke gibt.

Damit sind im GmbH-Konzern solche „upstream securities“, die den Erwerb von Aktien an einer Konzerngesellschaft durch die Muttergesellschaft ermöglichen sollen, grundsätzlich zulässig, sofern sie nicht aus anderen Gründen rechtswidrig sind.

2.3.1.3.4 Der ungeschriebene Grundsatz vom Unternehmensgegenstand

Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG muss der Gesellschaftsvertrag der GmbH ebenso wie die Satzung der AG den Gegenstand des Unternehmens enthalten und auch in der GmbH darf sich die Geschäftsführung nur im Rahmen dieses vertraglich festgelegten Unternehmensgegenstands bewegen; ihre Geschäftsführungsbefugnis wird insofern im Innenverhältnis zur Gesellschaft im Sinne des § 37 Abs. 2 GmbHG beschränkt³⁰¹.

Zwar sind die Anforderung an die Bestimmtheit eines vertragsmäßigen Unternehmensgegenstandes in § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG und damit auch die Auslegungsmöglichkeiten nicht so eng wie bei der Aktiengesellschaft³⁰², aber dennoch wird der im Gesellschaftsvertrag der GmbH festgelegte Unternehmensgegenstand die Gewährung von „upstream securities“ in aller Regel auch bei großzügiger Auslegung nicht gestatten. Enthält der Gesellschaftsvertrag einer GmbH also keinen entsprechenden Zusatz, der die Gewährung von „upstream securities“ ausdrücklich zulässt, so verstoßen diese, werden sie dennoch gewährt, daher regelmäßig gegen den Gesellschaftsgegenstand. Sie sind demnach rechtswidrig, sofern nicht die Sicherheitsgewährung ausnahmsweise als kaufmännisches Hilfsgeschäft zur (sehr

³⁰¹ *Emmerich* in Scholz, § 3 Rdnr. 17; *Peltzer* in GmbHR 1995, S. 18 mit Fußnote 42 mit weiteren Nachweisen; vgl. auch die Ausführungen zur Situation in der AG oben unter Punkt 2.3.1.2.4 dieser Arbeit, die hier entsprechend gelten.

³⁰² *Sina* in GmbHR 2001, S. 662ff.

indirekten) Förderung des eigentlichen Unternehmensgegenstandes angesehen und auf diese Weise als gesellschaftsvertragskonform ausgelegt werden kann oder der Gesellschaftsvertrag zuvor durch einen Beschluss der Gesamtheit der Gesellschafter diesbezüglich abgeändert und gemäß §§ 53ff GmbHG neu gefasst wurde. Eine faktische Änderung des Unternehmensgegenstands durch diesem widersprechendes Handeln der Geschäftsführung ist in der GmbH ebenso ausgeschlossen wie in der AG, da hierin eine Beschneidung der Mitwirkungsrechte der Minderheitsgesellschafter zu sehen ist³⁰³.

2.3.1.3.5 Der Missbrauch der Vertretungsmacht des Geschäftsführers

Die Vorschriften der §§ 35 Abs. 1 und 37 Abs. 1 und 2 GmbHG zur Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis des Geschäftsführers der GmbH entsprechen inhaltlich der des § 82 AktG, der die Befugnisse des Vorstandes einer AG regelt.

Das im Rahmen der Ausführungen zum Aktiengesellschaftsrecht bezüglich der Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht Gesagte³⁰⁴ gilt daher im GmbH-Recht entsprechend.

Sofern der Sicherungsnehmer also wenigstens grob fahrlässig verkannt und es dennoch hingenommen hat, dass seitens des Geschäftsführers der Tochter-GmbH im Rahmen der Gewährung einer „upstream security“ eine mit Schädigungs- oder Täuschungsabsicht begangene Pflichtverletzung vorlag, die beispielsweise in einem Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG oder gegen den Grundsatz vom Unternehmensgegenstand bestehen kann, ist der Sicherungsvertrag über die „upstream security“ nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht unwirksam. Dabei ist wegen des kollusiven Zusammenwirkens des Geschäftsführers mit dem Sicherungsnehmer zugleich der Tatbestand des § 138 BGB erfüllt, der in diesem Fall als das geschriebene Recht vorrangig zur Anwendung kommt.

2.3.1.3.6 Der Verstoß gegen § 138 BGB wegen Sittenwidrigkeit

³⁰³ Vgl. dazu BGH in NJW 1991, S. 1681; *Emmerich* in Scholz, § 3 Rdnr. 17 mit weiteren Nachweisen.

³⁰⁴ Siehe die Ausführungen oben unter Punkt 2.3.1.2.5 dieser Arbeit.

Hinsichtlich der Nichtigkeit einer durch eine Tochter-GmbH gewährte „upstream security“ aufgrund eines Verstoßes gegen § 138 BGB wegen Sittenwidrigkeit gilt das oben im Rahmen der Ausführungen zum Aktiengesellschaftsrecht Gesagte entsprechend³⁰⁵.

Nichtigkeit einer „upstream security“ wegen Sittenwidrigkeit im Sinne des § 138 BGB kommt daher auch in der GmbH-Konstellation nur in den Ausnahmefällen der Gläubigergefährdung unter den dargestellten Voraussetzungen in Betracht.

2.3.1.3.7 Der existenzvernichtende Eingriff nach der Rechtsprechung des BGH im Urteil „Bremer Vulkan“

Nach der Rechtsprechung des BGH zum existenzvernichtenden Eingriff im „Bremer Vulkan“-Urteil ist eine „upstream security“ neben den von § 30 GmbHG erfassten Fällen auch dann unzulässig, wenn sie rein objektiv dazu führt, dass die GmbH ihren Verpflichtungen im Übrigen nicht mehr nachkommen kann.

Zu den einzelnen Voraussetzungen wird auf die Ausführungen zum Aktiengesellschaftsrecht verwiesen³⁰⁶.

2.3.1.3.8 Kein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 30 Abs. 1 GmbHG

Spätestens seit der Entscheidung des BGH vom 19. März 1998³⁰⁷ steht fest, dass § 30 Abs. 1 GmbHG trotz seines Wortlautes kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB ist. „Upstream securities“, die gegen § 30 Abs. 1 GmbHG verstoßen, sind daher nicht gemäß § 134 BGB wegen eines Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz nichtig, sondern vielmehr trotz ihrer Rechtswidrigkeit wirksam.

³⁰⁵ Siehe die Ausführungen oben unter Punkt 2.3.1.2.6 dieser Arbeit.

³⁰⁶ Siehe die Ausführungen oben unter Punkt 2.3.1.2.7 dieser Arbeit.

³⁰⁷ BGHZ 138, S. 291.

2.3.1.3.9 Zusammenfassung zur Zulässigkeit von „upstream securities“ in Konstellationen, in denen die die Sicherheit gewährende Tochtergesellschaft eine GmbH ist

„Upstream securities“ sind im faktischen Konzern ebenso wie im qualifizierten faktischen Konzern nach § 30 Abs. 1 GmbHG dann unzulässig, wenn sie gegenleistungsfrei erfolgen und dadurch im Zeitpunkt ihrer Bestellung eine Unterbilanz bei der Tochter-GmbH hervorgerufen wird.

Im Vertragskonzern entfällt eine Anwendung des § 30 Abs. 1 GmbHG infolge einer analogen Anwendung des § 291 Abs. 3 AktG, so dass eine Unzulässigkeit wegen eines Verstoßes gegen diese Vorschrift hier nicht in Betracht kommt.

Stellt die „upstream security“ einen existenzvernichtenden Eingriff in die GmbH dar, so ist sie nach den Grundsätzen der Rechtsprechung des BGH zur „Bremer Vulkan“ rechtlich unzulässig.

Eine spezielle Regelung, die die Sicherheitenbestellung zum Zweck des Erwerbs eigener Anteile der GmbH unabhängig von der Grenze des § 30 Abs. 1 GmbHG verbietet, existiert nicht.

In sämtlichen Konzernkonstellationen ist der in der Satzung festgelegte Unternehmensgegenstand als Grenze der Zulässigkeit der „upstream security“ zu beachten.

Eine Unzulässigkeit wegen Sittenwidrigkeit der Sicherheit gemäß § 138 BGB kommt nur in sehr engen Ausnahmefällen der Täuschungsabsicht gegenüber anderen Gläubigern der Muttergesellschaft in Betracht, Nichtigkeit nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht hingegen stets dann, wenn dem Darlehensgeber grob fahrlässige Unkenntnis einer auf einem Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG oder gegen den Unternehmensgegenstand beruhenden Verletzung der Geschäftsführungsbefugnis des Geschäftsführers anzulasten ist.

2.3.2 Zivilrechtliche Haftung der Vorstandsmitglieder einer AG und des Geschäftsführers einer GmbH im Zusammenhang mit der Gewährung von „upstream securities“

2.3.2.1 Zivilrechtliche Haftung der Vorstandsmitglieder einer AG im Zusammenhang mit der Gewährung von „upstream securities“

2.3.2.1.1 Haftung der Vorstandsmitglieder gemäß § 93 Abs. 2 AktG wegen Verletzung der Vorstandspflichten

2.3.2.1.1.1 Haftungsvoraussetzungen

Gemäß § 93 Abs. 2 AktG haften die Vorstandsmitglieder einer AG ihrer Gesellschaft gesamtschuldnerisch für den Schaden, der dieser aus einer Verletzung der Pflichten der Vorstandsmitglieder entstanden ist.

Gemäß § 93 Abs. 1 AktG haben die Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Darunter ist grundsätzlich derselbe Sorgfaltsmaßstab zu verstehen wie bei der im Handelsrecht üblichen Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gemäß § 347 Abs. 1 HGB³⁰⁸. Im Einzelnen ist jedoch auch die Art und Größe des Unternehmens für die anzuwendende Sorgfalt entscheidend. Stets muss das Vorstandsmitglied die objektiv erforderliche Sorgfalt beachten, nicht diejenige, die das betreffende Vorstandsmitglied sonst üblicherweise ausübt³⁰⁹.

Wenn durch eine bestimmte Maßnahme des Vorstandes der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist, so wird vermutet, dass eine Sorgfaltspflichtverletzung bei allen Vorstandsmitgliedern vorgelegen hat. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass sich die einzelnen Vorstandsmitglieder im Streitfall gemäß § 93 Abs. 2 S. 2 AktG hinsichtlich der Sorgfaltspflichtverletzung zu entlasten haben.

³⁰⁸ Henn in Handbuch des Aktienrechts, § 18 Rdnr. 593; Raiser in Recht der Kapitalgesellschaften, § 14 Rdnr. 62.

³⁰⁹ Henn in Handbuch des Aktienrechts, § 18 Rdnr. 595.

Die Haftung aus § 93 Abs. 2 AktG ist eine Haftung für eigenes Verschulden³¹⁰, weshalb auch nur diejenigen Vorstandsmitglieder haften, denen tatsächlich eine Pflichtverletzung anzulasten ist bzw. denen die Entlastung nach Abs. 2 S. 2 der Vorschrift nicht gelingt. Die Frage der Entlastung wird insbesondere relevant in den Fällen sorgfaltswidriger Mehrheitsbeschlüsse, da sich hier die überstimmten Vorstandsmitglieder entlasten müssen, um einer Haftung zu entgehen³¹¹. Dies wird ihnen aber nur gelingen können, wenn sie wenigstens ihre abweichende Ansicht im Protokoll festgehalten oder – was jedenfalls bei klar gesetzeswidrigen Beschlüssen erforderlich sein dürfte – den Aufsichtsrat informiert und zur Vermittlung angerufen haben³¹². Auch ein Dulden von Pflichtwidrigkeiten anderer Vorstandsmitglieder kann einen Sorgfaltsverstoß darstellen³¹³. Es ist dabei im Einzelfall der Nachweis zu führen, dass alles im Rahmen des § 242 BGB Zumutbare getan worden ist, um eine Sorgfaltspflichtverletzung des Vorstands zu verhindern. Dies kann, wenn auch nur in extremen Ausnahmefällen, auch eine Verpflichtung zur Amtsniederlegung bedeuten³¹⁴.

§ 93 Abs. 3 AktG zählt katalogmäßig in Form von aktienrechtlichen Sondertatbeständen³¹⁵ die Maßnahmen auf, die stets als Pflichtverletzung im Sinne des Abs. 2 mit der Haftungsfolge anzusehen sind. Im Zusammenhang mit „upstream securities“ können die Nr. 1, 2, 3 und 5 relevant werden. Der Tatbestand der Nr. 1, 2 und 5 ist erfüllt, wenn in der Sicherheitengewährung ein Verstoß gegen § 57 Abs. 1 und 3 AktG zu sehen ist³¹⁶, Nr. 3, wenn sie einen Verstoß gegen das Erwerbssicherheitenverbot des § 71a AktG darstellt³¹⁷.

Dabei enthält die Vorschrift des Abs. 3 einerseits eine Beweisregel, denn sie stellt die widerlegbare Vermutung auf, dass jede einzelne der dort genannten Pflichtverletzungen durch ein Vorstandsmitglied eine Schädigung der Gesellschaft zur Folge hat³¹⁸. Andererseits führt sie in Verbindung mit Abs. 5 S. 2 der Vorschrift dazu, dass die Vorstandsmitglieder in den Fällen sonstiger Sorgfaltsverstöße, also in den Fällen, die

³¹⁰ Mertens in Kölner Kommentar, § 93 Rdnr. 18.

³¹¹ Den einem sorgfaltswidrigen Beschluss zustimmenden Vorstandsmitgliedern wird eine Entlastung ohnehin nicht möglich sein.

³¹² Mertens in Kölner Kommentar, § 77 Rdnr. 37; Henn in Handbuch des Aktienrechts, § 18 Rdnr. 597.

³¹³ Henn in Handbuch des Aktienrechts, § 18 Rdnr. 597.

³¹⁴ Henn in Handbuch des Aktienrechts, § 18 Rdnr. 597.

³¹⁵ Vgl. den Wortlaut: „...namentlich..., wenn entgegen diesem Gesetz...“.

³¹⁶ Siehe dazu die Ausführungen oben unter Punkt 2.3.1.2.1 dieser Arbeit.

³¹⁷ Siehe dazu die Ausführungen oben unter Punkt 2.3.1.2.2 dieser Arbeit.

³¹⁸ Mertens in Kölner Kommentar, § 93 Rdnr. 96; Hüffer in AktG, § 93 Rdnr. 22; Wiesner in MÜHb AG, § 26 Rdnr. 17.

nicht in Abs. 3 aufgeführt sind, gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft nur dann haften, wenn die Verletzung der Sorgfaltspflichten wenigstens grob fahrlässig erfolgte. Gegenüber der Gesellschaft selbst sind sie dagegen, wie auch den Gläubigern in den in Abs. 3 aufgeführten Fällen, schon bei leichter Fahrlässigkeit zum Ersatz verpflichtet. Hierbei ist zu beachten, dass Abs. 5 den Gläubigern der Gesellschaft entgegen dem ersten Anschein keinen eigenen Anspruch gegen die Vorstandsmitglieder gibt, sondern sich die darin enthaltene Regelung allein auf die für die Gläubiger geltenden Voraussetzungen für eine Durchsetzung des Anspruchs bezieht³¹⁹.

Neben den Fällen des Abs. 3 ist eine Haftung der Vorstandsmitglieder im Zusammenhang mit „upstream securities“ auch anzunehmen, wenn die Sicherheitengewährung gegen den satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand verstößt³²⁰ oder das Gleichbehandlungsgebot des § 53a AktG nicht gewahrt ist³²¹. Auch im Falle des existenzvernichtenden Eingriffs nach der BGH-Rechtsprechung zur „Bremer Vulkan“ kommt infolge der Mitwirkung der Vorstandsmitglieder eine Haftung gemäß § 93 Abs. 2 AktG in Betracht³²². Ebenso liegt in einem Verstoß gegen § 134 oder § 138 BGB grundsätzlich ein haftungsbegründender Sorgfaltsverstoß der Vorstandsmitglieder, jedoch wird hier im Einzelfall zu untersuchen sein, ob es nicht wegen der Nichtigkeit des Sicherheitsvertrages schon an einem Schaden der Gesellschaft mangelt.

2.3.2.1.1.2 Haftungsausschluss gemäß § 93 Abs. 4 AktG

Gemäß § 93 Abs. 4 S. 1 AktG ist die Ersatzpflicht ausgeschlossen, wenn die schadensbegründende Maßnahme des Vorstandes auf einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung der Aktionäre beruht. Eine nachträgliche Billigung fällt, da die Maßnahme auf dem Beschluss *beruhen* muss, also nicht unter den Ausschlussstatbestand des Abs. 4 S. 1 AktG³²³.

³¹⁹ BGH in WM 1979, S. 878f; OLG Frankfurt in AG 1977, S. 78f; LG Köln in AG 1976, S. 105f; Wiesner in MüHdb AG, § 26 Rdnr. 23.

³²⁰ Wiesner in MüHdb AG, § 9 Rdnr. 20 mit weiteren Nachweisen.

³²¹ Raiser in Recht der Kapitalgesellschaften, § 14 Rdnr. 66.

³²² Einer eigenständigen Haftung direkt aufgrund des existenzvernichtenden Eingriffs, wie sie im Wege der Durchgriffshaftung zu Lasten des begünstigten Gesellschafters angenommen wird, unterliegen die Organe der betroffenen Gesellschaft nach dem BGH ausdrücklich nicht, vgl. BGHZ 149, S. 16f. Ihre Haftung richtet sich daher nach den allgemeinen Grundsätzen. So auch Freitag in WM 2003, S. 815.

³²³ Wiesner in MüHdb AG, § 26 Rdnr. 12.

Ferner muss, damit ein gesetzmäßiger Beschluss der Hauptversammlung vorliegen kann, diese im Rahmen ihrer Zuständigkeit gehandelt haben³²⁴. Im Bereich der Vorstandsaufgaben der Geschäftsführung ist die Hauptversammlung gemäß § 119 Abs. 2 AktG nur dann zuständig, wenn der Vorstand dies verlangt hat. Will sich ein Vorstandsmitglied im Zusammenhang mit der Gewährung einer an sich rechtswidrig gewährten „upstream security“ auf § 93 Abs. 4 AktG berufen, so genügt es daher nicht, dass dieser ein Beschluss der Hauptversammlung zugrunde liegt, sondern das Vorstandsmitglied muss vielmehr zunächst nachweisen, dass dieser Beschluss auch auf ein entsprechendes Verlangen des Vorstandes hin erging.

Hinsichtlich der Gesetzmäßigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses genügt es ansonsten, dass dieser weder gemäß der §§ 241, 242 AktG nichtig noch gemäß der §§ 243ff AktG anfechtbar ist³²⁵. Ist die Frist zur Geltendmachung der Nichtigkeit oder die Anfechtungsfrist abgelaufen, so ist der Beschluss als nicht nichtig und nicht anfechtbar anzusehen und damit gesetzmäßig³²⁶.

2.3.2.1.1.3 Geltendmachung des Anspruchs

Gemäß § 112 AktG ist der Anspruch der Gesellschaft aus § 93 Abs. 2 AktG gegen die Vorstandsmitglieder durch den Aufsichtsrat nach dessen pflichtgemäßem Ermessen geltend zu machen³²⁷. Nach § 147 Abs. 1 AktG ist der Aufsichtsrat zur Durchsetzung des Anspruchs verpflichtet, wenn die Hauptversammlung der Aktionäre dies mit Mehrheitsbeschluss oder mit dem Beschluss einer Minderheit verlangt, die mindestens 10% des Grundkapitals der Gesellschaft trägt.

Die Gläubiger der Gesellschaft können gemäß § 93 Abs. 5 AktG den Ersatzanspruch der Gesellschaft in eigenem Namen und für eigene Rechnung, also im Wege der Prozessstandschaft, durchsetzen, wenn sie von der Gesellschaft für ihre Ansprüche aus rein wirtschaftlichen, nicht auch aus rechtlichen Gründen, keine Befriedigung erlangen können³²⁸.

³²⁴ Hüffer in AktG, § 93 Rdnr. 25.

³²⁵ Wiesner in MüHdb AG, § 26 Rdnr. 13.

³²⁶ Hüffer in AktG, § 93 Rdnr. 25; Wiesner in MüHdb AG, § 26 Rdnr. 13.

³²⁷ Henn in Handbuch des Aktienrechts, § 18 Rdnr. 605 mit weiteren Nachweisen; Raiser in NJW 1996, S. 552, 554.

³²⁸ Henn in Handbuch des Aktienrechts, § 18 Rdnr. 603; Wiesner in MüHdb AG, § 26 Rdnr. 23.

Die Aktionäre können allein nach § 147 AktG eine Geltendmachung des Ersatzanspruchs durch den Aufsichtsrat erzwingen, nicht aber den Anspruch im eigenen Namen oder im Namen der Gesellschaft im Wege einer actio pro societate geltend machen³²⁹.

2.3.2.1.1.4 Geltung des § 93 Abs. 2 AktG in Konzernkonstellationen

Die Vorschrift des § 93 Abs. 2 AktG wird in sämtlichen Konzernkonstellationen grundsätzlich nicht durch konzernrechtliche Sondervorschriften verdrängt oder modifiziert, so dass sie im Vertragskonzern ebenso zur Anwendung kommt wie im faktischen und im qualifizierten faktischen Konzern³³⁰.

Allerdings gehen in bestimmten Fällen im Vertragskonzern § 310 AktG und im faktischen sowie im qualifizierten faktischen Konzern § 318 AktG als lex specialis zu § 93 AktG diesem vor. Dazu siehe unten³³¹.

2.3.2.1.2 Haftung der Vorstandsmitglieder gemäß § 117 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 AktG wegen Verletzung der Vorstandspflichten

2.3.2.1.2.1 Haftungsvoraussetzungen

Nach § 117 Abs. 1 S. 1 AktG, der selbständig neben § 93 AktG tritt³³², ist derjenige zum Schadensersatz verpflichtet, der der Gesellschaft durch Einflussnahme auf Organmitglieder oder leitende Angestellte einen Schaden zufügt. Erleiden die Aktionäre der Gesellschaft dadurch auch einen über den durch die Schädigung der AG mittelbar verursachten Wertverlust ihrer Aktien hinausgehenden unmittelbaren Schaden, so ist auch dieser gemäß Abs. 1 S. 2 der Vorschrift von dem Einflussnehmenden zu ersetzen. Insofern ist die Haftung nach § 117 AktG also weitergehend als diejenige aus § 93 AktG.

Gerade im Rahmen der Gewährung einer „upstream security“ kann eine Haftung nach dieser Vorschrift wegen der Einflussnahme der Muttergesellschaft auf die Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft bei Rechtswidrigkeit der Sicherheit relevant werden.

³²⁹ Wiesner in MüHdb AG, § 26 Rdnr. 22.

³³⁰ Hüffer in AktG, § 93 Rdnr. 2; Raiser in Recht der Kapitalgesellschaften, § 14 Rdnr. 78.

³³¹ Siehe unten unter Punkt 2.3.2.1.3 (zum Vertragskonzern) bzw. unter Punkt 2.3.2.1.4 (zum faktischen Konzern) dieser Arbeit.

³³² Wiesner in MüHdb AG, § 27 Rdnr. 7.

Die Vorstandsmitglieder der Tochtergesellschaft haften gemäß § 117 Abs. 2 AktG neben den nach § 117 Abs. 1 AktG Ersatzpflichtigen als Gesamtschuldner im Sinne des § 421 BGB der Gesellschaft und gegebenenfalls auch den unmittelbar geschädigten Aktionären für die entstandenen Schäden, wenn sie unter Verletzung ihrer Pflichten gehandelt und so zu dem Schadenseintritt beigetragen haben.

Grundvoraussetzung für die Ersatzpflicht der Vorstandsmitglieder ist demnach die Erfüllung des Haftungstatbestandes des Abs. 1 der Norm. Darüber hinaus sind die Voraussetzungen für eine Haftung der Vorstandsmitglieder nach § 117 Abs. 2 AktG identisch mit denen nach § 93 AktG, so dass insofern auf die Ausführungen zu diesem Tatbestand verwiesen wird³³³. Insbesondere im Falle des existenzvernichtenden Eingriffs nach der BGH-Rechtsprechung zur „Bremer Vulkan“ kommt infolge der Mitwirkung der Vorstandsmitglieder eine Haftung gemäß § 117 Abs. 2 AktG wegen Verletzung der Vorstandspflichten in Betracht.

2.3.2.1.2.2 Ausnahmen von der Haftung gemäß § 117 Abs. 7 AktG

Die Fälle, in denen eine Haftung der Vorstandsmitglieder der Tochtergesellschaft nach § 117 Abs. 2 AktG ausgeschlossen ist, sind in Abs. 7 der Vorschrift festgelegt.

Wurde ein Vorstandsmitglied durch die Ausübung des Stimmrechts der Aktionäre in der Hauptversammlung zu der schädigenden Handlung bestimmt, so ist seine Haftung nach § 117 Abs. 2 AktG gemäß Abs. 7 Nr. 1 ausgeschlossen. Im Fall der Gewährung von „upstream securities“ bedeutet dies, dass die Vorstandsmitglieder der Tochtergesellschaft dann nicht gemäß § 117 Abs. 2 AktG als Gesamtschuldner mit der Aktionärin Muttergesellschaft für den der Tochtergesellschaft entstandenen Schaden haften, wenn die Muttergesellschaft ihren Einfluss auf die Tochtergesellschaft durch Ausübung ihres Stimmrechts in der Hauptversammlung der Tochtergesellschaft ausgeübt und die Mitglieder des Vorstandes der Tochtergesellschaft auf diesem Wege zu der für die Tochtergesellschaft, und gegebenenfalls auch unmittelbar für deren Aktionäre, schädlichen Gewährung der Sicherheit bestimmt hat. Der Schutz der Gesellschaft wird hier über die Möglichkeit der Anfechtung des Beschlusses der

³³³ Siehe die Ausführungen oben unter Punkt 2.3.2.1.1 dieser Arbeit.

Hauptversammlung gemäß § 243 Abs. 2 AktG sowie der Haftung der Aktionärin Muttergesellschaft wegen Treupflichtverletzung gewahrt³³⁴.

Im Vertragskonzern ist eine gesamtschuldnerische Haftung der Vorstandsmitglieder einer infolge der Gewährung einer „upstream security“ geschädigten Tochtergesellschaft gemäß § 117 Abs. 7 Nr. 2 AktG darüber hinaus ausgeschlossen, wenn die Gewährung der Sicherheit auf einer zulässigen, also rechtmäßigen Weisung der Muttergesellschaft beruht³³⁵. Dabei ist zu bedenken, dass, wenn die die Gesellschaft schädigende „upstream security“ rechtswidrig ist, auch die auf ihre Gewährung gerichtete Weisung der Muttergesellschaft rechtswidrig ist und der Ausschlussstatbestand des Abs. 7 der Vorschrift in diesen Fällen folglich nicht eingreift.

2.3.2.1.2.3 *Geltendmachung des Anspruchs*

Der Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Vorstandsmitglieder nach § 117 Abs. 2 AktG wird ebenso wie der Anspruch gemäß § 93 Abs. 2 AktG nach § 112 AktG durch den Aufsichtsrat nach dessen pflichtgemäßem Ermessen geltend gemacht. Zur Durchsetzung nach § 147 Abs. 1 AktG verpflichtet ist der Aufsichtsrat nur, wenn die Hauptversammlung der Aktionäre dies mit Mehrheitsbeschluss oder mit dem Beschluss einer Minderheit verlangt, die mindestens 10% des Grundkapitals der Gesellschaft trägt.

Wie auch gemäß § 93 Abs. 5 AktG in Bezug auf den Anspruch aus § 93 Abs. 2 AktG können die Gläubiger der AG auch den Ersatzanspruch der Gesellschaft aus § 117 Abs. 2 AktG gemäß § 117 Abs. 5 AktG gegen die Vorstandsmitglieder in eigenem Namen und für eigene Rechnung, also im Wege der Prozessstandschaft, durchsetzen, wenn sie von der Gesellschaft für ihre Ansprüche aus rein wirtschaftlichen, nicht auch aus rechtlichen Gründen, keine Befriedigung erlangen können³³⁶.

Auch im Rahmen des § 117 AktG gilt ebenso wie bei § 93 AktG, dass die Aktionäre eine Geltendmachung des Ersatzanspruchs der Gesellschaft allein nach § 147 AktG durch den Aufsichtsrat erzwingen, nicht aber den Anspruch im eigenen Namen oder im Namen der Gesellschaft im Wege einer actio pro societate geltend machen können.

³³⁴ Mertens in Kölner Kommentar, § 117 Rdnr. 30.

³³⁵ Mertens in Kölner Kommentar, § 117 Rdnr. 35 mit weiteren Nachweisen.

³³⁶ Henn in Handbuch des Aktienrechts, § 18 Rdnr. 603; Wiesner in MüHdb AG, § 26 Rdnr. 23.

Ihnen steht im Rahmen des § 117 AktG jedoch unter den oben genannten Voraussetzungen gemäß § 117 Abs. 1 S. 2 AktG ein eigener Anspruch gegen die Vorstandsmitglieder zu, den sie auch selbst geltend machen können.

2.3.2.1.2.4 *Geltung des § 117 Abs. 2 AktG in Konzernkonstellationen*

§ 117 Abs. 2 AktG kommt in allen Konzernkonstellationen zwar grundsätzlich zur Anwendung, es kann jedoch im faktischen und im qualifizierten faktischen Konzern nach Abs. 7 Nr. 1 der Vorschrift, im Vertragskonzern darüber hinaus auch nach Abs. 7 Nr. 2 der Vorschrift zu einem Ausschluss der Anwendung dieser Haftungsnorm und damit der Ersatzpflicht kommen.

Ferner gehen in bestimmten Fällen im Vertragskonzern § 310 AktG und im faktischen Konzern § 318 AktG als *lex specialis* zu § 117 AktG diesem vor. Dazu siehe unten³³⁷.

2.3.2.1.3 Haftung der Vorstandsmitglieder wegen Verletzung der Sorgfaltspflicht im Vertragskonzern gemäß § 310 AktG

2.3.2.1.3.1 *Haftungsvoraussetzungen*

In einem Vertragskonzern haften die Mitglieder des Vorstandes einer Tochtergesellschaft gemäß § 310 AktG gesamtschuldnerisch mit einem nach § 309 AktG wegen einer sorgfaltswidrig erteilten Weisung haftenden gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens für den Schaden, der der abhängigen AG dadurch entstanden ist, dass die Vorstandsmitglieder die Rechtmäßigkeit einer solchen Weisung nicht hinreichend überprüft oder eine rechtswidrige Weisung befolgt haben³³⁸. Dabei wird gemäß Abs. 1 S. 2 der Vorschrift widerleglich vermutet, dass die Vorstandsmitglieder gegen die Sorgfaltspflichten eines gewissenhaften und ordentlichen Geschäftsleiters verstoßen haben.

Im Zusammenhang mit der Gewährung einer „upstream security“ ist der Vorstand der die Sicherheit gewährenden AG dann zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verpflichtet, wenn er bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters hätte erkennen können, dass die Sicherheitsgewährung im konkreten Fall rechtswidrig ist. Denn dann ist einerseits die auf die Gewährung

³³⁷ Siehe unten unter Punkt 2.3.2.1.3 (zum Vertragskonzern) bzw. unter Punkt 2.3.2.1.4 (zum faktischen Konzern) dieser Arbeit.

³³⁸ *Raiser* in *Recht der Kapitalgesellschaften*, § 54 Rdnr. 43.

dieser Sicherheit hinwirkende Weisung rechtswidrig, andererseits ihre Befolgung. Der Tatbestand des § 310 Abs. 1 AktG ist damit erfüllt.

Der Maßstab der Sorgfaltspflicht der Vorstandsmitglieder ist im Rahmen des § 310 AktG identisch mit dem in § 93 AktG³³⁹. Insofern wird ebenso auf die Ausführungen zu jener Vorschrift verwiesen wie hinsichtlich der Voraussetzungen einer möglichen Entlastung der einzelnen Vorstandsmitglieder³⁴⁰.

2.3.2.1.3.2 *Haftungsausschluss gemäß § 310 Abs. 3 AktG*

Gemäß § 310 Abs. 3 AktG ist die Haftung des Vorstandsmitglieds ausgeschlossen, sofern gemäß § 308 Abs. 2 eine Pflicht zur Befolgung der Weisung der Muttergesellschaft bestand.

Dabei ist zu beachten, dass die Pflicht zur Befolgung der Weisung nur in den Fällen, in denen die erteilte Weisung offensichtlich nachteilig ist und dem Konzernwohl offensichtlich nicht dient, entfällt³⁴¹. Wer in diesem Zusammenhang die Beweislast trägt, ist bislang ungeklärt³⁴².

Im Zusammenhang mit „upstream securities“ dürfte in der Regel kein diesem Sinne offensichtlicher Nachteil der Sicherheitengewährung für den Konzern anzunehmen sein, da die Gewährung einer „upstream security“ jedenfalls der Konzernmutter und damit zumindest mittelbar auch dem Konzern zugute kommt. Von einem offensichtlichen Nachteil für den Konzern kann daher nur in Ausnahmefällen, in denen eine finanzielle Rettung des Konzerns ohnehin aussichtslos und dies evident ist, ausgegangen werden, so dass eine entsprechende Weisung der Muttergesellschaft in aller Regel von den Vorstandsmitgliedern der Tochtergesellschaft zu befolgen sein wird und sie sich damit nur in Ausnahmefällen einer Haftung aus § 310 AktG ausgesetzt sehen müssen.

2.3.2.1.3.3 *Geltendmachung des Anspruchs*

Die Geltendmachung dieses Ersatzanspruchs der Gesellschaft erfolgt gemäß § 112 AktG grundsätzlich durch den Aufsichtsrat, unter den Voraussetzungen des § 309 Abs.

³³⁹ *Altmeyen* in MüKo-AktG, § 310 Rdnr. 20.

³⁴⁰ Siehe die Ausführungen oben unter Punkt 2.3.2.1.1 dieser Arbeit.

³⁴¹ *Altmeyen* in MüKo-AktG, § 308 Rdnr. 140ff und § 310 Rdnr. 12.

³⁴² Zum Stand der Diskussion siehe die Ausführungen von *Altmeyen* in MüKo-AktG, § 308 Rdnr. 149ff und § 310 Rdnr. 22ff.

4 AktG, der über § 310 Abs. 4 AktG für anwendbar erklärt wird, kann er aber auch von den Aktionären sowie von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden³⁴³.

2.3.2.1.3.4 Verhältnis des § 310 AktG zu den §§ 93, 117 AktG

Die Haftung des Vorstandes gemäß § 310 AktG steht grundsätzlich neben der Haftung der Vorstandsmitglieder aus den §§ 93 und 117 AktG³⁴⁴. Bei Weisungserteilung durch die Muttergesellschaft ist § 310 AktG indes *lex specialis* gegenüber § 117 Abs. 2 AktG³⁴⁵.

2.3.2.1.4 Haftung der Vorstandsmitglieder wegen Verletzung der Berichtspflicht im faktischen und im qualifizierten faktischen Konzern gemäß § 318 AktG

2.3.2.1.4.1 Haftungsvoraussetzungen

§ 318 AktG regelt die gesamtschuldnerische Verantwortlichkeit der Mitglieder des Vorstandes einer faktisch konzernierten Tochtergesellschaft mit dem nach § 317 AktG haftenden herrschenden Unternehmen und dessen gesetzlichen Vertretern im Zusammenhang mit der Aufstellung des Abhängigkeitsberichts im Sinne des § 312 AktG bei für die Tochtergesellschaft nachteiligen Maßnahmen.

Die Haftung der Vorstandsmitglieder der Tochtergesellschaft nach § 318 AktG setzt zunächst voraus, dass zwischen Tochter- und Muttergesellschaft kein Beherrschungsvertrag besteht, beide also faktisch konzerniert sind.

Ferner ist Voraussetzung der Haftung, dass das herrschende Unternehmen und gegebenenfalls seine gesetzlichen Vertreter nach § 317 AktG wegen der Veranlassung eines für die Tochter-AG nachteiligen Rechtsgeschäfts oder einer nachteiligen Maßnahme dieser zur Haftung verpflichtet sind, weil für den nach § 311 AktG erforderlichen Ausgleich nicht Sorge getragen ist. Damit ist der Anwendungsbereich des § 318 AktG für die Fälle der „upstream securities“ grundsätzlich eröffnet, denn diese stellen wegen des mit der möglichen Realisierung der Sicherheit verbundenen Vermögensrisikos eine für die Tochtergesellschaft grundsätzlich nachteilige Maßnahme

³⁴³ Vgl. die entsprechenden Ausführungen oben zu § 117 AktG unter Punkt 2.3.2.1.2.3 dieser Arbeit.

³⁴⁴ Hüffer in AktG, § 117 Rdnr. 14, § 309 Rdnr. 1; Wiesner in MüHdb AG, § 27 Rdnr. 11.

³⁴⁵ Emmerich/Habersack in Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 310 Rdnr. 3; Altmeyen in MüKo-AktG, § 310 Rdnr. 40.

dar, die in Ermangelung eines Ausgleichs im Sinne des § 311 AktG zugleich gegen § 57 AktG verstößt³⁴⁶.

Im Zusammenhang mit der Gewährung einer solchen nachteiligen Sicherheit müsste das Vorstandsmitglied seine ihm nach § 312 AktG obliegenden Berichtspflichten verletzt haben. Das Vorstandsmitglied müsste es also entweder unterlassen haben, überhaupt einen Bericht zu erstellen oder es müsste jedenfalls unrichtig oder unvollständig über die Gewährung der Sicherheit berichtet haben³⁴⁷. Wie auch in den Fällen der §§ 93 und 117 AktG ordnet hier Abs. 1 S. 2 eine widerlegbare Verschuldensvermutung zu Lasten der Vorstandsmitglieder an.

Sind diese haftungsbegründenden Voraussetzungen erfüllt, so sind die Vorstandsmitglieder einerseits der Gesellschaft zum Ersatz des ihr entstandenen Schadens verpflichtet. Andererseits haften sie über § 317 Abs. 1 S. 2 AktG darüber hinaus auch den Aktionären direkt für einen diesen unmittelbar entstandenen Schaden, der über den Wertverlust der Aktien hinausgeht.

2.3.2.1.4.2 *Kein Haftungsausschluss gemäß § 318 Abs. 3 AktG*

Gemäß § 318 Abs. 3 AktG soll die Ersatzpflicht ausgeschlossen sein, wenn die haftungsbegründende Handlung der Vorstandsmitglieder, also die pflichtwidrige Berichterstattung, auf einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung der Aktionäre beruht.

Da die Berichtspflichten des Vorstands auf § 312 AktG und damit auf Gesetz beruhen stehen sie nicht zur Disposition der Hauptversammlung, so dass auch keine diesbezüglichen gesetzmäßigen Beschlüsse der Hauptversammlung ergehen können. Der Ausschlusstatbestand des Abs. 3 ist somit bedeutungslos³⁴⁸.

2.3.2.1.4.3 *Geltendmachung des Anspruchs*

Die Geltendmachung dieses Ersatzanspruchs der Gesellschaft erfolgt gemäß § 112 AktG grundsätzlich durch den Aufsichtsrat. Unter den Voraussetzungen des § 309 Abs.

³⁴⁶ Vgl. dazu die Ausführungen oben unter Punkt 2.3.1.2.1 dieser Arbeit.

³⁴⁷ *Emmerich/Habersack*, § 318 Rdnr. 5; *Kropff* in MüKo-AktG, § 318 Rdnr. 7; *Shin*, S. 113.

³⁴⁸ *Hüffer* in AktG, § 318 Rdnr. 7; *Kropff* in MüKo-AktG, § 318 Rdnr. 22; *Altmeyen* in Die Haftung des Managers, S. 68.

4 AktG, der über § 318 Abs. 4 AktG Anwendung findet, kann er aber auch von den Aktionären sowie von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden³⁴⁹.

Die Aktionäre können darüber hinaus den ihnen wegen eines weitergehenden unmittelbaren Schadens zustehenden Ersatzanspruch (§ 317 Abs. 1 S. 2 AktG) direkt geltend machen.

2.3.2.1.4.4 Verhältnis des § 318 AktG zu den §§ 93, 117 AktG

Da die Erstattung des Abhängigkeitsberichts Teil der Geschäftsführungsaufgaben des Vorstandes ist und damit bereits den gewöhnlichen Sorgfaltspflichten des § 93 Abs. 1 AktG sowie - bei Verletzung dieser Pflichten - der Haftung nach § 93 Abs. 2 AktG unterliegt, ist § 318 AktG als ein Haftungs Sondertatbestand im faktischen Konzern im Zusammenhang mit für die Tochtergesellschaft nachteiligem, abhängigkeitsrelevantem Handeln anzusehen. Insofern ist er im Falle der „upstream securities“ lex specialis zu § 93 AktG. Bezüglich anderer Pflichtverletzungen, die nicht im Zusammenhang mit der Erstattung des Abhängigkeitsberichts stehen, bleibt jedoch § 93 AktG auch im Zusammenhang mit der Gewährung von „upstream securities“ weiterhin anwendbar³⁵⁰.

Für § 117 AktG gilt insofern nichts anderes³⁵¹.

2.3.2.1.4.5 Anwendbarkeit des § 318 AktG im qualifizierten faktischen Konzern

§ 318 AktG ist im qualifizierten faktischen Konzern entsprechend anzuwenden³⁵².

2.3.2.1.5 Haftung der Vorstandsmitglieder wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB

Neben den oben erläuterten aktienrechtlichen Ersatzansprüchen kann der Tochtergesellschaft sowie ihren Gläubigern und Aktionären auch ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 826 BGB gegen ihre Vorstandsmitglieder zustehen³⁵³.

³⁴⁹ Vgl. die entsprechenden Ausführungen oben zu § 117 AktG unter Punkt 2.3.2.1.2.3 dieser Arbeit.

³⁵⁰ *Emmerich/Habersack* in Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 318 AktG Rdnr. 10ff; *Kropff* in MüKo-AktG, § 318 Rdnr. 1ff; *Altmeyen* in Die Haftung des Managers, S. 68.

³⁵¹ *Hüffer* in AktG, § 117 Rdnr. 14.

³⁵² *Kropff* in MüKo-AktG, § 318 Rdnr. 13ff.

³⁵³ *Emmerich/Habersack* in Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 310 Rdnr. 3.

Dieser Tatbestand ist allein in den Fällen einschlägig, in denen die Vorstandsmitglieder den Schaden vorsätzlich und in sittenwidriger Weise verursacht haben. Im Fall der „upstream securities“ greift § 826 BGB daher nur in den Fällen ein, in denen die Sicherheit wegen des den Tatbestand des § 138 BGB erfüllenden Missbrauchs der Vertretungsmacht des Vorstandes unwirksam ist³⁵⁴. Gegebenenfalls ist § 830 BGB anzuwenden.

Für die Geltendmachung des Anspruchs gilt das zu den aktienrechtlichen Ersatzansprüchen Gesagte entsprechend.

2.3.2.1.6 Haftung der Vorstandsmitglieder wegen des Verstoßes gegen ein Schutzgesetz gemäß § 823 Abs. 2 BGB

Die Vorstandsmitglieder der sicherungsgebenden Tochter-AG können auch wegen des Verstoßes gegen ein Schutzgesetz gemäß § 823 Abs. 2 AktG zum Ersatz des dadurch ihrer Gesellschaft oder deren Aktionären oder Gläubigern entstandenen Schadens verpflichtet sein. Diese Haftung tritt neben der aktienrechtlichen Haftung ein³⁵⁵. Gegebenenfalls kommt § 830 BGB zur Anwendung.

Als verletzte Schutzgesetze kommen im Zusammenhang mit der Gewährung von „upstream securities“ insbesondere der Tatbestand der Untreue gemäß § 266 StGB und in wirtschaftlichen Krisenzeiten der Gesellschaft auch die Tatbestände der Insolvenzstraftaten gemäß §§ 283ff StGB in Betracht³⁵⁶.

Entsprechendes gilt für § 53a AktG³⁵⁷, der ebenfalls als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB anzusehen ist³⁵⁸. Im Zusammenhang mit § 53a AktG ist zu beachten, dass hier nie die Gesellschaft oder ihre Gläubiger als Geschädigte in Betracht kommen, sondern allein ihren Aktionären ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB zustehen kann, für

³⁵⁴ Dazu siehe die Ausführungen oben unter den Punkten 2.3.1.2.5 und 2.3.1.2.6 dieser Arbeit.

³⁵⁵ *Emmerich/Habersack* in Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 310 Rdnr. 3.

³⁵⁶ Siehe dazu die Ausführungen unten unter Punkt 3.2 dieser Arbeit.

³⁵⁷ Siehe dazu die Ausführungen oben unter Punkt 2.3.1.2.3 dieser Arbeit.

³⁵⁸ *Bungeroth/Doralt/Winner* in MüKo-AktG, § 53a Rdnr. 35 mit weiteren Nachweisen.

den die Gesellschaft gemäß § 31 BGB für ihre Vorstandsmitglieder aufzukommen hat und der dementsprechend auch gegenüber der AG geltend zu machen ist³⁵⁹.

Für die Geltendmachung des Anspruchs gilt das zu den aktienrechtlichen Ersatzansprüchen Gesagte entsprechend.

2.3.2.1.7 Keine Haftung der Vorstandsmitglieder nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht

Ein isolierter Ersatzanspruch der AG infolge eines Missbrauchs der Vertretungsmacht des Vorstandes im Zusammenhang mit der Gewährung einer „upstream security“ kommt nicht in Betracht, da die AG nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht nicht an den Sicherungsvertrag gebunden ist³⁶⁰, ihr somit in aller Regel auch kein Schaden entstanden ist, der von den Vorstandsmitgliedern zu begleichen wäre. In Fällen, in denen ein Schaden eingetreten ist, ist der Schutz der Gesellschaft über § 826 BGB gewahrt³⁶¹.

Ist die Gewährung der „upstream security“ nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht nichtig, könnte ein Ersatzanspruch des Darlehensgebers in Betracht kommen. Dieser Anspruch könnte sich allenfalls aus einer analogen Anwendung des § 179 Abs. 1 BGB ergeben. Indes ist ein solcher Anspruch infolge des § 242 BGB ausgeschlossen, da der Darlehensgeber im Falle der Nichtigkeit der Sicherheitsgewährung nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht, beziehungsweise gemäß § 138 BGB, seinen Schaden durch sein eigenes, zumindest grob fahrlässiges Verhalten selbst herbeigeführt hat. Jedenfalls wäre ein solcher Anspruch des Darlehensgebers analog § 179 Abs. 3 BGB aufgrund seines grob fahrlässigen Verhaltens – denn ein solches ist Voraussetzung der Anwendung der Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht – ausgeschlossen.

2.3.2.1.8 Keine Haftung der Vorstandsmitglieder wegen Verletzung der Pflichten aus dem Anstellungsvertrag gemäß § 280 Abs. 1 BGB

Eine mögliche Haftung der Vorstandsmitglieder wegen der Verletzung von Nebenpflichten aus dem Anstellungsvertrag gemäß § 280 Abs. 1 BGB (frühere pVV)

³⁵⁹ *Bungeroth/Doralt/Winner* in MüKo-AktG, § 53a Rdnr. 35; *Henn* in AG 1985, S. 248.

³⁶⁰ Siehe dazu die Ausführungen oben unter Punkt 2.3.1.2.5 dieser Arbeit.

³⁶¹ Siehe dazu die Ausführungen oben unter Punkt 2.3.2.1.5 dieser Arbeit.

tritt hinter den spezielleren Haftungsnormen des AktG zurück, da diese allgemeine Haftungsvorschrift ebenso wie die spezielleren aktienrechtlichen Vorschriften der §§ 93, 117 und 310, 318 AktG im Falle der Verletzung von Sorgfaltspflichten eingreift, denen sich die Vorstandsmitglieder im Rahmen ihres Anstellungsverhältnisses verpflichtet haben.

2.3.2.2 Zivilrechtliche Haftung des Geschäftsführers einer GmbH im Zusammenhang mit der Gewährung von „upstream securities“

2.3.2.2.1 Haftung des Geschäftsführers wegen eines Verstoßes gegen § 30 Abs. 1 GmbHG gemäß § 31 Abs. 6 GmbHG

2.3.2.2.1.1 Haftungsvoraussetzungen

Ist im Falle eines Verstoßes einer Leistung gegen § 30 GmbHG die der Gesellschaft nach § 31 Abs. 1 GmbHG zustehende Rückzahlung von dem Empfänger der Leistung nicht zu erlangen, so sind die Gesellschafter der GmbH gemäß § 31 Abs. 3 GmbHG gegenüber ihrer Gesellschaft zur Haftung für diesen Ausfall verpflichtet. Der Geschäftsführer der GmbH ist gemäß § 31 Abs. 6 GmbHG wiederum diesen ausgleichspflichtigen Gesellschaftern gegenüber ersatzpflichtig. Diese Verpflichtung trifft einen Geschäftsführer aber nur insofern, als ihm ein Verschulden hinsichtlich des Verstoßes gegen § 30 GmbHG anzulasten ist.

Im Fall einer gegen § 30 GmbHG verstoßenden „upstream security“ ist gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich die Gesellschafterin Muttergesellschaft als Empfängerin der Leistung im Sinne dieser Vorschrift³⁶² zur Rückerstattung des Empfangenen verpflichtet. Rein praktisch hat die Muttergesellschaft indes keinen Einfluss darauf, die Gewährung der zu ihren Gunsten bestellten Sicherheit rückgängig zu machen, zumal der Darlehensgeber daran kein Interesse haben wird. Demnach ist der Muttergesellschaft in den Fällen von „upstream securities“ deren Rückgewähr in aller Regel nicht möglich – die Erstattung ist von ihr also im Sinne des § 31 Abs. 3 S. 1 1. HS GmbHG nicht zu erlangen. Grundsätzlich sind daher im Falle eines Verstoßes gegen § 30 GmbHG die übrigen Gesellschafter der Tochter-GmbH dieser gemäß § 31 Abs. 3 GmbHG zur Haftung verpflichtet. An diesem Punkt kommt die Verantwortlichkeit der Geschäftsführer zum Tragen: diese nach § 31 Abs. 3 GmbHG haftenden Gesellschafter können sich bei dem Geschäftsführer ihrer GmbH, der Tochter-GmbH, gemäß § 31 Abs. 6 GmbHG schadlos halten.

³⁶² Dazu siehe die Ausführungen oben unter Punkt 2.3.1.3.1.1.1 dieser Arbeit.

Diese Ersatzpflicht des Geschäftsführers greift allerdings nur für den Geschäftsführer ein, dem ein schuldhaftes Handeln, also wenigstens Fahrlässigkeit (§ 276 BGB), im Hinblick auf den Verstoß gegen § 30 GmbHG im Zusammenhang mit der Gewährung der Sicherheit zur Last gelegt werden kann. Wie im Aktiengesellschaftsrecht für die Vorstandsmitglieder einer AG, so gilt auch im Rahmen der §§ 31 Abs. 6 und 43 GmbHG der Grundsatz der Haftung nur für eigenes Verschulden³⁶³. Gibt es also mehrere Geschäftsführer in einer GmbH, so haften nur diejenigen nach § 31 Abs. 6 GmbHG, denen dieser Verschuldensvorwurf konkret zu machen ist. Zu den Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit ein Verschulden eines Geschäftsführers entfällt, wird auf die Ausführungen zur Haftung der Vorstandsmitglieder einer AG nach § 93 Abs. 2 AktG³⁶⁴ verwiesen, die hier entsprechend gelten³⁶⁵.

2.3.2.2.1.2 *Geltendmachung des Anspruchs*

Die Geltendmachung des Erstattungsanspruchs obliegt den Gesellschaftern selbst, da es ein ihnen eigener Anspruch ist.

2.3.2.2.1.3 *Geltung des § 31 Abs. 6 GmbHG in Konzernkonstellationen*

§ 31 Abs. 6 GmbHG gilt uneingeschränkt in jeder Konzernkonstellation.

2.3.2.2.2 *Haftung des Geschäftsführers wegen eines Verstoßes gegen § 30 Abs. 1 GmbHG gemäß § 43 Abs. 3 GmbHG*

2.3.2.2.2.1 *Haftungsvoraussetzungen*

Gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG sind die Geschäftsführer einer GmbH dazu verpflichtet, bei der Erfüllung ihrer Aufgaben für die Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden.

Verletzen sie ihre Sorgfaltspflichten, so sind sie gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG der Gesellschaft zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verpflichtet³⁶⁶.

³⁶³ BGHZ 56, S. 73 (77); OLG Köln in BB 1993, S. 747f; *Koppensteiner* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 43 Rdnr. 9; *Mertens* in Hachenburg, § 43 Rdnr. 12; *Schneider* in Scholz, § 43 Rdnr. 30; *Zöllner* in Baumbach/Hueck, § 43 Rdnr. 23f.

³⁶⁴ Dazu siehe die Ausführungen oben unter Punkt 2.3.2.1.1.1 dieser Arbeit.

³⁶⁵ Siehe auch *Koppensteiner* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 43 Rdnr. 11, 13.

³⁶⁶ Dazu siehe die Ausführungen unten unter Punkt 2.3.2.2.3 dieser Arbeit.

Gemäß § 43 Abs. 3 GmbHG ist ein Geschäftsführer stets zum Ausgleich des Schadens verpflichtet, der seiner GmbH durch eine gegen § 30 GmbHG verstoßende Auszahlung entstanden ist. § 43 Abs. 3 GmbHG stellt daher insofern einen Sonderhaftungstatbestand für Geschäftsführer im Falle des Verstoßes gegen § 30 GmbHG dar und bestimmt, dass in jedem Verstoß gegen § 30 GmbHG zugleich ein Verstoß der Geschäftsführer gegen ihre Sorgfaltspflichten liegt.

Ist eine „upstream security“ also entgegen den Anforderungen des § 30 Abs. 1 GmbHG gewährt worden, so trifft den Geschäftsführer der Tochter-GmbH gemäß § 43 Abs. 3 GmbHG gegenüber seiner Gesellschaft stets die Pflicht, dieser den durch den Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG entstandenen Schaden zu ersetzen.

In einem Geschäftsführergremium sind nur diejenigen Geschäftsführer von dieser Haftung betroffen, denen ein Verschulden zur Last fällt³⁶⁷.

2.3.2.2.2 Haftungsausschluss gemäß § 43 Abs. 3 S. 3 GmbHG

Aus S. 3 des § 43 Abs. 3 GmbHG ergibt sich, dass die Ersatzpflicht insofern ausgeschlossen ist, als der Geschäftsführer in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt hat und der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft nicht erforderlich ist.

Ein Gesellschafterbeschluss wirkt demnach unter der Voraussetzung der möglichen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger grundsätzlich haftungsausschließend. Allerdings ist in diesem Zusammenhang auch im Rahmen eines Ausschlusses der Haftung des Geschäftsführers wegen der Gewährung einer gegen § 30 GmbHG verstoßenden „upstream security“ zu bedenken, dass die herrschende Gesellschafterin Muttergesellschaft, die durch die Gewährung der „upstream security“ begünstigt wird, bei einem Gesellschafterbeschluss über die Gewährung einer solchen Sicherheit durch die Tochter-GmbH in analoger Anwendung des § 47 Abs. 4 GmbHG kein Stimmrecht hat³⁶⁸. Handelt es sich bei der die Sicherheit gewährenden GmbH um eine hundertprozentige Tochter der darlehensnehmenden Muttergesellschaft, so befreit ein entsprechender (wegen § 47 Abs. 4 GmbHG analog fehlerhafter) Beschluss den

³⁶⁷ Vgl. die Ausführungen oben unter Punkt 2.3.2.2.1.1 dieser Arbeit.

³⁶⁸ Dazu *Altmeyden* in Die Haftung des Managers im Konzern, S. 88.

Geschäftsführer der Tochter-GmbH also nicht von seiner Haftung gemäß § 43 Abs. 3 S. 1 GmbHG.

2.3.2.2.2.3 *Geltendmachung des Anspruchs*

Gemäß § 46 Nr. 8 GmbHG unterliegt die Geltendmachung des Ersatzanspruches der Gesellschaft einerseits und die Vertretung der Gesellschaft im Prozess gegen die Geschäftsführer andererseits der Bestimmung durch die Gesellschafterversammlung.

2.3.2.2.2.4 *Geltung des § 43 Abs. 3 GmbHG in Konzernkonstellationen*

Der Haftungstatbestand des § 43 Abs. 3 GmbHG gilt grundsätzlich auch in Konzernkonstellationen, er wird jedoch im GmbH-Vertragskonzern analog §§ 308 Abs. 2, 310 AktG modifiziert³⁶⁹.

2.3.2.2.3 *Haftung des Geschäftsführers wegen eines Verstoßes gegen die Sorgfaltspflichten nach § 43 Abs. 1 GmbHG gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG*

2.3.2.2.3.1 *Haftungsvoraussetzungen*

Wie bereits oben unter Punkt 2.3.2.2.2.1 angesprochen, sind die Geschäftsführer einer GmbH bei der Erfüllung ihrer Aufgaben für die Gesellschaft zur Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes verpflichtet.

Gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG sind sie der Gesellschaft im Falle einer Verletzung der ihnen obliegenden Sorgfaltspflichten zum gemeinschuldnerischen Ersatz des dieser dadurch entstandenen Schadens verpflichtet.

Zur Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes gehört auch, und das ist der im Zusammenhang mit der Gewährung von „upstream securities“ relevante Aspekt der Sorgfaltspflichten, dass er die Vermögensinteressen der GmbH zu deren Bestem wahrnimmt. Verstößt er im Rahmen seiner Vermögensfürsorge gar gegen das Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG, so greift indes nicht § 43 Abs. 2 GmbHG, sondern der oben unter Punkt 2.3.2.2.2 erläuterte Sonderhaftungstatbestand des § 43 Abs. 3 GmbHG ein.

³⁶⁹ Dazu siehe die Ausführungen unten unter Punkt 2.3.2.2.4 dieser Arbeit.

Verstößt der Geschäftsführer hingegen, ohne gegen § 30 Abs. 1 GmbHG zu verstoßen, gegen seine Vermögensfürsorgepflicht für die GmbH, indem er die die Gesellschaft beispielsweise „nur“ in eine ernstere finanzielle Krise bringt und diese dadurch gezwungen ist, kostenverursachende Maßnahmen wie die Aufnahme eines (weiteren) Kredits zu ergreifen, so ist er gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG der GmbH zum Ersatz des dieser dadurch entstandenen Schadens verpflichtet.

Ferner greift die Haftungsnorm des § 43 Abs. 2 GmbHG jenseits der Verletzung von Vermögensfürsorgepflichten im Rahmen der Gewährung einer „upstream security“ beispielsweise auch dann ein, wenn die Gewährung der Sicherheit gegen den Unternehmensgegenstand verstößt, da es auch zu den Pflichten des Geschäftsführers gehört, sich bei seinem Handeln für die Gesellschaft im Rahmen dieses gesellschaftsvertraglich festgelegten Unternehmensgegenstands zu halten³⁷⁰.

Auch ein Verstoß der Sicherheitsgewährung gegen § 138 BGB wegen Gläubigergefährdung kann grundsätzlich eine Haftung der Geschäftsführer gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG nach sich ziehen.

Gleiches gilt für den Fall des existenzvernichtenden Eingriffs nach der BGH-Rechtsprechung zur „Bremer Vulkan“³⁷¹. Hier kommt infolge der Mitwirkung der Vorstandsmitglieder eine Haftung gemäß § 43 Abs. 2 AktG in Betracht³⁷².

Diese Haftung trifft, wie oben³⁷³ ausgeführt, nur den Geschäftsführer, dem ein eigener Verschuldensvorwurf zu machen ist.

2.3.2.2.3.2 *Geltendmachung des Anspruchs*

Für die Geltendmachung des Anspruchs gilt auch im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG gemäß § 46 Nr. 8 GmbHG, dass die Gesellschafterversammlung durch Beschluss entscheidet. Sie entscheidet auch über die Vertretung der Gesellschaft im Prozess gegen die Geschäftsführer.

³⁷⁰ Vgl. nur §§ 3 Abs. 1 Nr. 2 und 37 Abs. 1 GmbHG; siehe auch oben die Ausführungen unter Punkt 2.3.1.3.4 dieser Arbeit.

³⁷¹ Siehe dazu die Ausführungen dazu oben unter Punkt 2.3.1.2.7 dieser Arbeit.

³⁷² Einer eigenständigen Haftung direkt aufgrund des existenzvernichtenden Eingriffs, wie sie im Wege der Durchgriffshaftung zu Lasten des begünstigten Gesellschafters angenommen wird, unterliegen die Organe der betroffenen Gesellschaft nach dem BGH ausdrücklich nicht, vgl. BGHZ 149, S. 16f. Ihre Haftung richtet sich daher nach den allgemeinen Grundsätzen. So auch *Freitag* in WM 2003, S. 815.

³⁷³ Unter Punkt 2.3.2.2.1.1 dieser Arbeit.

2.3.2.2.3.3 *Geltung des § 43 Abs. 2 in Konzernkonstellationen*

In Konzernverhältnissen gilt § 43 Abs. 2 GmbHG grundsätzlich uneingeschränkt. Im Rahmen eines Vertragskonzerns wird die Vorschrift jedoch durch die analoge Anwendung der §§ 308 Abs. 2, 310 AktG entsprechend modifiziert³⁷⁴.

2.3.2.2.4 *Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers im Vertragskonzern wegen Verletzung der Sorgfaltspflicht gemäß § 310 AktG analog*

Ebenso wie § 291 Abs. 3 AktG als Ausnahmenvorschrift auf den Fall des § 30 GmbHG im Vertragskonzern wegen der insofern vergleichbaren Lage im AG- und im GmbH-Konzern analog anwendbar ist, so ist auch die Vorschrift des § 310 AktG im GmbH-Vertragskonzern mit Beherrschungsvertrag analog anzuwenden.

Der Geschäftsführer einer im Vertragskonzern abhängigen Tochter-GmbH haftet daher neben den analog § 309 AktG zum Schadensersatz Verpflichteten, wenn er eine für die GmbH offensichtlich nicht bindende Weisung (§§ 310 Abs. 3 in Verbindung mit § 308 Abs. 2 AktG analog) befolgt und dadurch pflichtwidrig zur Schädigung der GmbH beigetragen hat³⁷⁵. Gegenüber § 43 GmbHG modifizieren die §§ 308 Abs. 2, 310 AktG analog insofern den Sorgfaltsmaßstab des Geschäftsführers im GmbH-Vertragskonzern bei Handlungen im Zusammenhang mit Weisungen³⁷⁶.

Zu den Voraussetzungen der Haftung im Einzelnen wird verwiesen auf die Ausführungen oben im Zusammenhang mit dem Aktiengesellschaftskonzern³⁷⁷.

2.3.2.2.5 *Haftung des Geschäftsführers wegen Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder nach Feststellung der Überschuldung der Gesellschaft gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG*

2.3.2.2.5.1 *Haftungsvoraussetzungen*

Gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG sind die Geschäftsführer einer GmbH dieser zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die sie nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder nach Feststellung der Überschuldung der Gesellschaft leisten. Durch diese Vorschrift, die im

³⁷⁴ Dazu siehe die Ausführungen im nachfolgenden Punkt 2.3.2.2.4 dieser Arbeit.

³⁷⁵ *Altmeyen* in MüKo-AktG, § 310 Rdnr. 5 und in Die Haftung des Managers im Konzern, S. 73.

³⁷⁶ *Ulmer* in Hachenburg, Anh. § 77 Rdnr. 220; *Altmeyen* in Roth/Altmeyen, Anh. § 13 Rdnr. 68f.

³⁷⁷ Punkt 2.3.2.1.3 dieser Arbeit.

insolvenznahen Bereich eingreift, sollen die Gläubiger der GmbH vor einer Schmälerung der Insolvenzmasse geschützt werden³⁷⁸.

Die Ersatzpflicht des Geschäftsführers tritt nur ein, wenn eine Zahlung geleistet worden ist. Unter Zahlung ist dabei jede Minderung des Gesellschaftsvermögens durch eine Leistung zu verstehen, die durch aktives Tun des Geschäftsführers veranlasst wurde. Somit fällt auch das Eingehen neuer Verbindlichkeiten unter den Begriff der Zahlung im Sinne dieser Vorschrift³⁷⁹. Die Gewährung einer „upstream security“ als vermögensmindernde Maßnahme ist daher als Zahlung im Sinne des § 64 Abs. 2 GmbHG anzusehen.

Ferner setzt § 64 Abs. 2 GmbHG voraus, dass die Zahlung nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 InsO oder nach Feststellung ihrer Überschuldung im Sinne des § 19 Abs. 2 InsO geleistet wurde. Einerseits wird in diesem Zusammenhang nicht verlangt, dass die Überschuldung in einer Bilanz festgestellt wurde³⁸⁰, andererseits sind auch Zahlungen nach der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder der Abweisung eines entsprechenden Antrages mangels Masse erfasst³⁸¹. Demnach ist der Geschäftsführer einer GmbH nach § 64 Abs. 2 GmbHG zum Ersatz des Betrages verpflichtet, um den die Vermögensmasse der Gesellschaft durch die Gewährung der „upstream security“ gemindert worden ist, wenn er die Sicherheit nach Eintritt der in der Vorschrift genannten Ereignisse gewährt hat. Da der praktische Nutzen einer Sicherheit einer insolvenznahen GmbH gegen Null tendiert, dürfte die Bedeutung dieser Vorschrift im Zusammenhang mit der Gewährung einer „upstream security“ sehr gering sein.

Es haftet nur derjenige Geschäftsführer der GmbH auf Ersatz der geleisteten Zahlung, dem ein Verschulden zur Last gelegt werden kann, wobei hinsichtlich sämtlicher anspruchsbegründender Tatsachen Fahrlässigkeit genügt³⁸². Hinsichtlich des Eintritts der Überschuldung der Gesellschaft genügt fahrlässige Unkenntnis des Geschäftsführers, um ihn der Haftung nach dieser Vorschrift zu unterziehen.

³⁷⁸ BGH in NJW 1974, S. 1088f; *Marsch-Barner/Diekmann* in MüHdb GmbH, § 46 Rdnr. 47.

³⁷⁹ *Marsch-Barner/Diekmann* in MüHdb GmbH, § 46 Rdnr. 47.

³⁸⁰ *Schulze-Osterloh* in Baumbach/Hueck, § 64 Rdnr. 72; *Marsch-Barner/Diekmann* in MüHdb GmbH, § 46 Rdnr. 49; *Flume* in ZIP 1994, S. 341.

³⁸¹ OLG Hamm in ZIP 1980, S. 280f; *Marsch-Barner/Diekmann* in MüHdb GmbH, § 46 Rdnr. 49, 52; *Schulze-Osterloh* in Baumbach/Hueck, § 64 Rdnr. 72.

³⁸² *Schulze-Osterloh* in Baumbach/Hueck, § 64 Rdnr. 75.

Sorgfaltsmaßstab ist auch hier der ordentliche Kaufmann, der verpflichtet ist, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens fortlaufend zu beobachten und sich bei Anzeichen einer krisenhaften Entwicklung durch Aufstellung einer Zwischenbilanz oder eines Vermögensstatus einen Überblick über den Vermögensstand zu verschaffen³⁸³. Ein Geschäftsführer kann sich auch dann nur durch entsprechende Nachweise entlasten, wenn die Zahlung durch einen anderen Geschäftsführer veranlasst worden ist³⁸⁴.

2.3.2.2.5.2 *Haftungsausschluss gemäß § 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG*

War die unter den Voraussetzungen des § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG erfolgte Zahlung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar, so ist gemäß § 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG die Haftung des Geschäftsführers ausgeschlossen.

Zu dementsprechend sorgfaltsgemäßen Zahlungen zählen auch solche, für die die Gesellschaft eine vollwertige Gegenleistung erhält³⁸⁵. Zu den Voraussetzungen, unter denen eine „upstream security“ als gegenleistungsfrei anzusehen ist, wird auf die oben in anderem Zusammenhang gemachten Ausführungen verwiesen³⁸⁶.

2.3.2.2.5.3 *Geltendmachung des Anspruchs*

Gemäß § 46 Nr. 8 GmbHG entscheidet die Gesellschafterversammlung durch Beschluss sowohl über die Geltendmachung des Anspruchs als auch über die Vertretung der Gesellschaft im Prozess.

2.3.2.2.5.4 *Geltung des § 64 Abs. 2 GmbHG in Konzernkonstellationen*

§ 64 Abs. 2 GmbHG gilt uneingeschränkt auch in Konzernkonstellationen.

2.3.2.2.6 *Haftung des Geschäftsführers wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB*

³⁸³ *Marsch-Barner/Diekmann* in MüHdb GmbH, § 46 Rdnr. 53 mit weiteren Nachweisen.

³⁸⁴ *Marsch-Barner/Diekmann* in MüHdb GmbH, § 46 Rdnr. 53.

³⁸⁵ BGH in WM 1986, S. 239; *Marsch-Barner/Diekmann* in MüHdb GmbH, § 46 Rdnr. 50.

³⁸⁶ Siehe oben unter Punkt 2.3.1.2.1.1 dieser Arbeit.

Zur Haftung des Geschäftsführers einer GmbH wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung der Gesellschaft wird auf die Ausführungen zum Aktiengesellschaftsrecht verwiesen, die hier entsprechende Geltung finden³⁸⁷.

2.3.2.2.7 Haftung des Geschäftsführers wegen des Verstoßes gegen ein Schutzgesetz gemäß § 823 Abs. 2 BGB

Macht sich der Geschäftsführer einer GmbH im Zusammenhang mit der Gewährung einer „upstream security“ strafbar³⁸⁸, so ist er der Gesellschaft ebenso wie der Vorstand einer AG im Wege des § 823 Abs. 2 BGB wegen des Verstoßes gegen ein Schutzgesetz zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet³⁸⁹.

Da § 30 Abs. 1 GmbHG kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist³⁹⁰, trifft den Geschäftsführer einer GmbH im Zusammenhang mit der Gewährung einer aufgrund eines Verstoßes gegen § 30 Abs. 1 GmbHG unzulässigen „upstream security“ keine Schadensersatzpflicht gemäß § 823 Abs. 2 BGB wegen des Verstoßes gegen ein Schutzgesetz.

2.3.2.2.8 Keine Haftung des Geschäftsführers wegen Verletzung der Pflichten aus dem Anstellungsvertrag gemäß § 280 Abs. 1 BGB

Eine Haftung des Geschäftsführers der sicherungsgebenden Tochter-GmbH gemäß § 280 Abs. 1 BGB kommt infolge der Spezialität der GmbH-rechtlichen Sonderhaftungsnormen der §§ 31 Abs. 6, 43 GmbHG nicht in Betracht³⁹¹.

2.3.2.2.9 Keine Haftung des Geschäftsführers nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht

Eine Haftung eines GmbH-Geschäftsführers nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht entfällt infolge der gleichen Überlegungen wie im

³⁸⁷ Siehe die Ausführungen oben unter Punkt 2.3.2.1.5 dieser Arbeit.

³⁸⁸ Siehe dazu die Ausführungen unten unter Punkt 3.2 dieser Arbeit.

³⁸⁹ Siehe dazu die Ausführungen oben unter Punkt 2.3.2.1.6 dieser Arbeit.

³⁹⁰ BGH in NZG 2001, S. 894; BGHZ 110, 342 (359f); *Westermann* in Scholz, § 30 Rdnr. 10; *Pentz* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 30 Rdnr. 44.

³⁹¹ Vgl. *Marsch-Barner/Diekman* in MüHdb GmbH, § 46 Rdnr. 57 mit weiteren Nachweisen.

Falle des Vorstandes der AG. Auf die Ausführungen in diesem Zusammenhang wird entsprechend verwiesen³⁹².

³⁹² Siehe die Ausführungen oben unter Punkt 2.3.2.1.7 dieser Arbeit.

2.4 Vergleich der Rechtslage im Zusammenhang mit „upstream securities“ nach deutschem und nach schwedischem Zivilrecht

Ein Großteil der Unterschiede und Gemeinsamkeiten der deutschen und der schwedischen zivilrechtlichen Rechtslage wurde bereits im Rahmen der Darstellung der Rechtslage nach deutschem Zivilrecht an den relevanten Stellen dargelegt. An dieser Stelle wird der Vergleich daher nur noch mit einigen wenigen Kommentaren vervollständigt.

Dass sich das schwedische und das deutsche Recht im Zusammenhang mit der Gewährung von „upstream securities“ als insgesamt sehr ähnlich darstellen, hängt zunächst damit zusammen, dass beide Rechtssysteme demselben Rechtskreis angehören. Die Ähnlichkeit einzelner hier relevanter Rechtsregeln rührt heute auch von der Harmonisierung des Zivil- und insbesondere des Gesellschaftsrechts in den Europäischen Gemeinschaften zur Vereinfachung des interstaatlichen Handels her.

Ein Aspekt, der im Rahmen der bisherigen Ausführungen in dieser Arbeit noch keine Berücksichtigung gefunden hat, der jedoch durchaus erwähnenswert ist, ist die Tatsache, dass sich sowohl im schwedischen ABL als auch im deutschen AktG die Figur des Erwerbsdarlehens- bzw. Erwerbssicherheitsverbotes findet. Ein entscheidender Unterschied zwischen den beiden Verboten besteht indes: das Erwerbssicherheitsverbot gemäß § 71a Abs. 1 AktG betrifft im Gegensatz zum schwedischen Erwerbsdarlehens- und Erwerbssicherheitsverbot des Kapitels 12, § 7 Abs. 3 ABL, das sich auch auf den Erwerb von Aktien eines Konzernunternehmens bezieht, nur die Gewährung von Sicherheiten zum Erwerb von Aktien der die Sicherheit gewährenden Gesellschaft. Der Anwendungsbereich der schwedischen Vorschrift ist damit weiter gefasst als der der deutschen, was auch von seiner praktischen Bedeutung her nicht zu unterschätzen ist. Dieser weitere Anwendungsbereich des Erwerbsdarlehens- und Erwerbssicherheitsverbotes im schwedischen ABL soll nach den Vorschlägen der Gesetzgebungskommission und der Regierung in einem neuen, noch im Planungsstadium befindlichen ABL³⁹³ jedoch nur insofern enthalten bleiben, als dass

³⁹³ Nach dem noch nicht offiziellen Vorschlag der Regierung, der unter http://www.regeringen.se/sb/d/108/a/22997;jsessionid=ag7q0Ww_ZgNc abrufbar ist, ist das Inkrafttreten eines neuen ABL angestrebt für den 1. Januar 2006.

es einer Tochtergesellschaft auch künftig verboten sein soll, ein Darlehen zum Zwecke des Erwerbs von Aktien der Muttergesellschaft zu gewähren. Dahingegen soll es künftig für die Muttergesellschaft rechtlich möglich sein, ein Darlehen zum Zwecke des Erwerbs von Aktien einer Tochtergesellschaft zu gewähren³⁹⁴. Für den Bereich der „upstream securities“ ist daher aller Voraussicht nach insofern keine Änderung der schwedischen Rechtslage zu erwarten und der im Vergleich zum deutschen Recht weitere Anwendungsbereich des Erwerbsdarlehens- und Erwerbssicherheitsverbotes bleibt voraussichtlich bestehen.

Ein weiterer entscheidender Unterschied zwischen der deutschen und der schwedischen Rechtslage liegt im Unterschied zwischen dem Umfang der Vertretungsmacht des schwedischen geschäftsführenden Direktors einer AB einerseits und dem Vorstand einer deutschen AG sowie dem Geschäftsführer einer GmbH andererseits. Die Vertretungsmacht des geschäftsführenden Direktors gemäß Kapitel 8, § 30 ABL richtet sich grundsätzlich nach dessen Geschäftsführungsbefugnis gemäß Kapitel 8, § 25 ABL. Beim Vorstand einer AG hingegen kann ebenso wie beim Geschäftsführer einer GmbH aufgrund der allumfassenden und unbeschränkbaren Vertretungsmacht gemäß § 82 Abs. 1 AktG bzw. § 35 Abs. 1 GmbHG der Umfang der Vertretungsmacht im Außenverhältnis erheblich von der Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis abweichen. Die Probleme, die dabei entstehen können, wurden unter dem Stichwort des Missbrauchs der Vertretungsmacht oben unter Punkt 2.3.1.2.5 dieser Arbeit aufgezeigt.

Weder in der schwedischen Rechtsprechung noch in der schwedischen rechtswissenschaftlichen Literatur wurde bislang - im Gegensatz zur Situation in Deutschland - jemals die Frage der Unwirksamkeit einer „upstream security“ wegen eines Verstoßes gegen Treu und Glauben bei Vertragsschluss gemäß Kapitel 3, § 33 des schwedischen Vertragsgesetzes (schwedisch: „avtalslagen“, AvtL) diskutiert oder auch nur in Erwägung gezogen. Mit diesem Bewusstsein ist auch der enge Anwendungsbereich des § 138 BGB im deutschen Recht im Zusammenhang mit „upstream securities“ noch verständlicher.

Schließlich ist festzustellen, dass sich die Rechtslage im Zusammenhang mit der Gewährung von „upstream securities“ für die Führungspersonen einer Gesellschaft nach

³⁹⁴ Siehe SOU 2001:1, http://www.regeringen.se/sb/d/108/a/22997;jsessionid=ag7q0Ww_ZgNc sowie Skog in Balans 2004, Nr. 3, S. 41f.

deutschem Recht trotz ihrer Komplexität und der unterschiedlichen Regelungen je nach Gesellschaftsform und Konzernart eindeutiger darstellt als nach schwedischem Recht. Sie ist bislang im deutschen Recht vom Gesetzgeber detaillierter und im Wege richterlicher Rechtsfortbildung klarer geregelt als im schwedischen Recht. Im Hinblick auf die anstehende ABL-Reform in Schweden ist allerdings nicht auszuschließen, dass sich dieses Verhältnis umdreht³⁹⁵. Für eine mögliche, künftige Gesetzesänderung in Deutschland bleibt im Hinblick auf eine bessere Übersichtlichkeit zu hoffen, dass einerseits in das GmbHG ein eigener Abschnitt zum Konzernrecht und andererseits sowohl in das AktG als auch in das GmbHG klare Regelungen für sämtliche Konzernkonstellationen eingefügt werden.

³⁹⁵ Zum Stand der geplanten Änderungen siehe http://www.regeringen.se/sb/d/108/a/22997;jsessionid=ag7q0Ww_ZgNcsowie die Darstellung von *Skog in Balans* 2004, Nr. 3, S. 36.

3. TEIL II: MÖGLICHE STRAFRECHTLICHE FOLGEN FÜR EINEN GESCHÄFTSFÜHRENDEN DIREKTOR EINER SCHWEDISCHEN AB, EIN VORSTANDSMITGLIED EINER AG UND EINEN GESCHÄFTSFÜHRER EINER GMBH IM ZUSAMMENHANG MIT DER GEWÄHRUNG VON „UPSTREAM SECURITIES“ IM KONZERN

3.1 „Upstream securities“ und das schwedische Strafrecht

3.1.1 Strafbarkeit wegen Verstoß gegen ein Darlehens- und Sicherheitsverbot im Sinne des Kapitels 12, § 7 ABL gemäß Kapitel 19, § 1 Nr. 4 ABL

Gemäß Kapitel 19, § 1 Nr. 4 ABL wird derjenige, der vorsätzlich oder grob fahrlässig gegen die die aktiengesellschaftsrechtlichen Darlehens- und Sicherheitsverbote enthaltende Vorschrift des Kapitels 12, § 7 ABL verstößt, mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bestraft.

Im Falle der „upstream securities“ kommt einerseits nur ein Verstoß des geschäftsführenden Direktors gegen das Erwerbsdarlehens- und Erwerbssicherheitsverbot gemäß Kapitel 12, § 7 Abs. 3 ABL in Betracht³⁹⁶. Andererseits fordert Kapitel 19, § 1 Nr. 4 ABL vom Täter ein Handeln in grober Fahrlässigkeit oder mit Vorsatz. Daher muss der geschäftsführende Direktor, um nach dieser Norm strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden zu können, gewusst oder jedenfalls infolge grober Fahrlässigkeit nicht gewusst haben, dass die Gewährung der Sicherheit zugunsten der Muttergesellschaft den Erwerb von Aktien der eigenen oder einer der Gesellschaften innerhalb desselben Konzerns bezweckte. Da neben der positiven Kenntnis nur die Unkenntnis infolge *grober* Fahrlässigkeit Strafe nach sich zieht, ist davon auszugehen, dass der geschäftsführende Direktor keine allzu tiefgehenden Nachforschungen hinsichtlich des mit der Sicherheit verfolgten Zwecks betreiben muss, um der Strafverfolgung zu entgehen³⁹⁷. Allerdings ist hierbei zu bedenken, dass ein bezweckter Erwerb von Aktien der eigenen Gesellschaft oder eines Konzernunternehmens in aller Regel nicht unbemerkt an einem geschäftsführenden

³⁹⁶ Siehe dazu die Ausführungen oben unter Punkt 2.2.1.2, insbesondere unter Punkt 2.2.1.2.3 dieser Arbeit.

³⁹⁷ Rodhe in Aktiebolagsrätt, S. 121; Svensson/ Danelius in ABL-Lagkommentar, S. 260.

Direktor vorübergehen dürfte. Daher dürfte regelmäßig jedenfalls grob fahrlässiges Handeln anzunehmen sein.

Als Zeitpunkt der Vollendung der Tat ist im Fall der Gewährung einer „upstream security“ der Zeitpunkt anzusehen, in dem die Sicherheit tatsächlich gewährt, also beispielsweise der Pfandbrief oder der Hypothekenbrief übergeben oder die Bürgschaftserklärung abgegeben wird³⁹⁸.

Die aktienrechtliche Strafbestimmung des Kapitels 19, § 1 Nr. 4 ABL beinhaltet keine Subsidiaritätsklausel hinsichtlich einer eventuellen Subsidiarität gegenüber den strafrechtlichen Bestimmungen des Strafgesetzbuches, so dass die Strafbarkeit wegen eines Verstoßes gegen das Erwerbsdarlehens- und Erwerbssicherheitsverbot gegebenenfalls in Idealkonkurrenz mit den im Folgenden dargestellten Straftaten nach dem Strafgesetzbuch steht³⁹⁹.

3.1.2 Strafbarkeit wegen Treulosigkeit gegenüber dem Geschäftsherrn gemäß Kapitel 10, § 5 des schwedischen Strafgesetzbuches (schwedisch: „Brottsbalken“, BrB)

Wegen Treulosigkeit gegenüber dem Geschäftsherrn wird gemäß Kapitel 10, § 5 Abs. 1 BrB zu Geldstrafe oder Gefängnisstrafe von höchstens zwei Jahren unter anderem derjenige verurteilt, der aufgrund einer Vertrauensstellung die Aufgabe hat, für einen anderen dessen finanzielle Angelegenheiten zu betreuen, diese Vertrauensstellung missbraucht und dadurch dem Geschäftsherrn Schaden zufügt.

Strafbegründend erforderlich ist demnach zunächst einerseits, dass der Täter eine Vertrauensstellung im Sinne des Kapitels 10, § 5 BrB innehat. Dies ist insbesondere bei Vertretern juristischer Personen der Fall, also auch bei einem geschäftsführenden Direktor einer AB⁴⁰⁰. Andererseits muss dem Täter aufgrund dieser Vertrauensstellung eine der im Gesetz genannten Aufgaben anvertraut worden sein, wie zum Beispiel die Aufgabe, für einen anderen dessen finanzielle Angelegenheiten zu betreuen. Er muss

³⁹⁸ Prop. 1975:103, S. 575; *Andersson/ Johansson/ Skog* in ABL-Kommentar II, S. 19:4; *Nerep* in aktiebolagsrättsliga studier, S. 402.

³⁹⁹ So wohl auch *Löfmarck* in *Brotten mot borgenärer*, S. 159ff, 164.

⁴⁰⁰ *Holmqvist/ Leijonhufvud u.a.* in BrB-Kommentar I, S. 547.

also, wie im deutschen Recht gemäß § 266 Abs. 1 StGB⁴⁰¹, eine Vermögensbetreuungspflicht innehaben. Einem geschäftsführenden Direktor, dessen Aufgabe es ist, die laufende Verwaltung einer AB zu führen, obliegt stets eine solche Vermögensbetreuungspflicht⁴⁰². Ein geschäftsführender Direktor einer AB kommt demnach grundsätzlich als Täter einer Straftat gemäß Kapitel 10, § 5 BrB in Betracht.

Ferner ist im Hinblick auf die Tathandlung erforderlich, dass der Täter seine Vertrauensstellung im Sinne der Vorschrift missbraucht hat. Dabei ist zu bedenken, dass nicht jede Art der Schlechterfüllung der zugeteilten Aufgaben auch einen Missbrauch der Vertrauensstellung beinhaltet. Vielmehr kann hier allein der Missbrauch gerade der Verfügungsmöglichkeit über das Vermögen des Geschäftsherrn, die der Täter aufgrund seiner Stellung innehat, strafbegründend wirken⁴⁰³. Eine Fallgruppe solcher Missbrauchsfälle ist die der Befugnisübertretungen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass eine Person ihre rechtliche Vertretungsmacht missbraucht, indem sie den Geschäftsherrn unter Überschreitung der Instruktionen rechtlich bindet, die ihr für einen bestimmten Auftrag gegeben worden sind⁴⁰⁴. Eine andere Art des strafbegründenden Vertrauensmissbrauchs liegt in den Fällen des Loyalitätsbruchs vor, wenn also der Stellvertreter entgegen den Interessen seines Geschäftsherrn tätig wird⁴⁰⁵. Im Zusammenhang mit „upstream securities“ handelt der geschäftsführende Direktor jedenfalls dann entgegen den Interessen seines Geschäftsherrn, nämlich seiner AB, wenn er die Sicherheit gewährt, ohne dafür eine adäquate Gegenleistung zu erhalten⁴⁰⁶. In solchen Fällen ist das Missbrauchsmerkmal daher stets erfüllt.

Ferner müsste der Gesellschaft durch diesen Vertrauensmissbrauch auch ein Schaden entstanden sein. Dieses Schadenserfordernis ist erfüllt, sobald die Tat einen unmittelbaren Schaden für den Geschäftsherrn mit sich führt – in diesem Zeitpunkt ist die Tat vollendet. Ein späterer Ersatz dieses Schadens, vom Täter oder durch Dritte, kann diesen Schaden also nicht mehr annullieren und ändert nichts an der Strafbarkeit des Täters⁴⁰⁷. Zumindest in den Fällen der oben erwähnten gegenleistungsfrei

⁴⁰¹ Siehe dazu die Ausführungen unten unter Punkt 3.2.1 dieser Arbeit.

⁴⁰² *Holmqvist/ Leijonhufvud u.a.* in BrB-Kommentar I, S. 547.

⁴⁰³ *Holmqvist/ Leijonhufvud u.a.* in BrB-Kommentar I, S. 549.

⁴⁰⁴ *Holmqvist/ Leijonhufvud u.a.* in BrB-Kommentar I, S. 549.

⁴⁰⁵ *Holmqvist/ Leijonhufvud u.a.* in BrB-Kommentar I, S. 550.

⁴⁰⁶ Siehe dazu die Ausführungen oben unter Punkt 2.2.1.3.2.1 dieser Arbeit.

⁴⁰⁷ *Holmqvist/ Leijonhufvud u.a.* in BrB-Kommentar I, S. 556.

gewährten „upstream securities“ ist ein solcher Schaden des Geschäftsherrn, also der AB, gegeben.

Schließlich muss der Täter gemäß Kapitel 1, § 2 BrB vorsätzlich gehandelt haben, damit er gemäß Kapitel 10, § 5 Abs. 1 BrB strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann. Dabei genügt es, dass sein Vorsatz die tatsächlichen Umstände umfasst, auf die das Gericht eine Beurteilung der Tatbestandsvoraussetzungen gründet. Der geschäftsführende Direktor muss also nicht selbst der Ansicht sein, einen Vertrauensmissbrauch zu begehen, damit ihm vorsätzliches Handeln zur Last gelegt werden kann⁴⁰⁸.

Die Straftat der Treulosigkeit gegenüber dem Geschäftsherrn gehört zu der Kategorie Straftaten, bei der das vorherige Einverständnis des Geschädigten, also des Geschäftsherrn, gemäß Kapitel 24, § 7 BrB strafausschließende Wirkung hat. Im Falle der „upstream securities“, in dem der Geschäftsherr eine juristische Person, nämlich die AB ist, dürfte dies bedeuten, dass der geschäftsführende Direktor dann trotz Erfüllung sämtlicher Strafbarkeitsvoraussetzungen der Norm straflos wäre, wenn beispielsweise die Alleingesellschafterin Muttergesellschaft der Gewährung der Sicherheit zugestimmt hat. Allerdings erscheint es in einem solchen Fall bereits fraglich, ob überhaupt noch von einem Missbrauch der Vertrauensstellung des geschäftsführenden Direktors gesprochen werden kann, so dass möglicherweise schon der objektive Tatbestand hier zu verneinen wäre. Dies dürfte entsprechend gelten, wenn der Verwaltungsrat der Gesellschaft als dem geschäftsführenden Direktor übergeordnetes Organ sein Einverständnis erteilt hat⁴⁰⁹.

3.1.3 Straftaten gegen Gläubiger gemäß Kapitel 11 BrB

3.1.3.1 Strafbarkeit wegen Unredlichkeit gegenüber Gläubigern gemäß Kapitel 11, § 1 Abs. 1 BrB

Gemäß Kapitel 11, § 1 Abs. 1 BrB wird derjenige, der im Zustand der Zahlungsunfähigkeit oder offensichtlich drohenden Zahlungsunfähigkeit Eigentum von erheblichem Wert zerstört oder sich dessen durch Schenkung oder dergleichen

⁴⁰⁸ Holmqvist/Leijonhufvud u.a. in BrB-Kommentar I, S. 558f.

⁴⁰⁹ Holmqvist/Leijonhufvud u.a. in BrB-Kommentar I, S. 555.

enteignet, wegen Unredlichkeit gegenüber Gläubigern zu einer Gefängnisstrafe von bis zu zwei Jahren verurteilt. Gleiches gilt für den, der sich durch solches Verhalten in Zahlungsunfähigkeit versetzt oder eine offensichtliche Gefahr dafür schafft.

Ob die Tatbestandsvoraussetzung der Zahlungsunfähigkeit vorliegt, richtet sich nach Kapitel 1, § 2 Abs. 2 des schwedischen Konkursgesetzes (schwedisch: konkurslag, KonkL)⁴¹⁰. Demzufolge darf der Schuldner nicht nur vorübergehend nicht in der Lage sein, seine Schulden ordnungsgemäß zu begleichen. Die Anforderungen an eine Zahlungsunfähigkeit nach schwedischem Recht sind dabei identisch mit denen nach deutschem Recht und hängen von einer Vielzahl von Faktoren ab, so dass hier auf eine tiefergehende Darstellung der Anforderungen an das Zahlungsunfähigkeitserfordernis verzichtet wird.

Ausreichend im Zusammenhang mit der Strafvorschrift des Kapitels 11, § 1 Abs. 1 BrB ist indes bereits, dass eine offensichtliche Gefahr des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit besteht oder sogar, dass die Zahlungsunfähigkeit oder offensichtliche Gefahr des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit erst durch die Tathandlung hervorgerufen wird.

Die Tathandlung selbst besteht darin, dass der Täter Eigentum von bedeutendem Wert zerstört oder sich dessen durch Schenkung oder eine ähnliche Maßnahme enteignet. Von großer praktischer Bedeutung im Zusammenhang mit Firmeninsolvenzen sind insbesondere in verdeckter Form ausgeführte, unzulässige Gewinnausschüttungen, die als schenkungsähnliche Maßnahmen anzusehen und damit taugliche Tathandlungen im Sinne des Kapitels 11, § 1 Abs. 1 BrB sind⁴¹¹. Da gerade die Gewährung von „upstream securities“ nicht selten als verdeckte Gewinnausschüttung vorgenommen wird⁴¹², ist die Gewährung solcher gegenleistungsfreier Sicherheiten durch den geschäftsführenden Direktor im Namen der Gesellschaft eine taugliche Tathandlung im Sinne der Vorschrift.

Wann es sich bei dem Eigentum um solches von bedeutendem Wert handelt, hängt vornehmlich von den wirtschaftlichen Verhältnissen im Einzelfall ab. Handelt es sich bei der Tathandlung um einen Vorgang, der nicht zu der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit des Täters gehört, so liegt die Grenze für die Annahme eines

⁴¹⁰ *Holmqvist/Leijonhufvud u.a.* in BrB-Kommentar I, S. 590.

⁴¹¹ *Holmqvist/Leijonhufvud u.a.* in BrB-Kommentar I, S. 588.

⁴¹² Siehe dazu die Ausführungen oben unter Punkt 2.2.1.3.2 dieser Arbeit.

bedeutenden Wertes bei einem Wert des Eigentums, der drei Vierteln der jeweiligen gesetzlich festgelegten Bemessungsgrundlage nach schwedischem Steuerrecht entspricht⁴¹³. Im Fall der „upstream securities“ ist dieser Wert also dann maßgeblich, wenn es sich bei der Gewährung der Sicherheit um einen nicht im Rahmen der üblichen Geschäftstätigkeit der Gesellschaft – denn der geschäftsführende Direktor gewährt die Sicherheit im Namen der Gesellschaft – liegenden Vorgang handelt.

Auch im Zusammenhang mit der Vorschrift des Kapitels 11, § 1 BrB ist für die Frage der strafrechtlichen Verantwortung irrelevant, ob die Möglichkeit der Rückgewinnung des verlorenen Eigentums besteht, sei es im Rahmen eines Insolvenzverfahrens oder durch Geltendmachung möglicher Schadensersatzforderungen⁴¹⁴.

Das Delikt ist gemäß Kapitel 1, § 2 Abs. 1 BrB ein Vorsatzdelikt, so dass der geschäftsführende Direktor mit Vorsatz hinsichtlich aller Tatbestandsmerkmale handeln muss, um strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden zu können. Für den Fall, dass der Täter hinsichtlich der Beurteilung der wirtschaftlichen Situation nicht vorsätzlich, sondern grob fahrlässig gehandelt hat, kann indes Kapitel 11, § 3 Abs. 1 BrB zur Anwendung kommen⁴¹⁵; dazu siehe die nachfolgenden Ausführungen.

3.1.3.2 Strafbarkeit wegen Nachlässigkeit gegenüber Gläubigern gemäß Kapitel 11, § 3 Abs. 1 BrB

Wegen Nachlässigkeit gegenüber Gläubigern wird zur Gefängnisstrafe von höchstens zwei Jahren gemäß Kapitel 11, § 3 Abs. 1 BrB derjenige verurteilt, der, wenn er zahlungsunfähig ist oder offensichtlich Gefahr läuft, es zu werden, den Geschäftsbetrieb unter dem Verbrauch von beträchtlichen Mitteln ohne einen entsprechenden Nutzen für den Betrieb fortsetzt, verschwenderisch lebt oder sich auf abenteuerliche Geschäfte oder leichtsinnige Haftungsverpflichtungen einlässt oder andere, vergleichbare Handlungen vornimmt und dadurch seine finanzielle Situation vorsätzlich oder grob fahrlässig in erheblichem Maße verschlechtert. Gleiches gilt auch dann, wenn der Täter zwar nicht

⁴¹³ Holmqvist/Leijonhufvud u.a. in BrB-Kommentar I, S. 590.

⁴¹⁴ Holmqvist/Leijonhufvud u.a. in BrB-Kommentar I, S. 589.

⁴¹⁵ Holmqvist/Leijonhufvud u.a. in BrB-Kommentar I, S. 608.

erkannt hat, aber angemessenen Grund zu der Annahme hatte, dass er zahlungsunfähig war bzw. offensichtlich die Gefahr bestand, dass er dies werden würde.

Hinsichtlich der Voraussetzungen für das Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeitssituation bzw. einer Situation, in der eine offensichtliche Gefahr für das Eintreten der Zahlungsunfähigkeit besteht, wird auf die obigen Ausführungen in diesem Zusammenhang unter Punkt 3.1.3.1 verwiesen.

Die Handlungen, die die Vorschrift des Kapitels 11, § 3 Abs. 1 BrB unter Strafe stellt, sind primär solche, die sich über einen längeren Zeitraum erstrecken. Zu dieser Gruppe von Handlungen gehört zunächst die verschwenderische Lebensweise, das heißt, eine Lebensweise, bei der der Täter für seine persönlichen Bedürfnisse einen bedeutend größeren Betrag verbraucht, als dies unter Berücksichtigung seines Berufes und der übrigen Umstände als noch hinnehmbar angesehen werden kann⁴¹⁶. Diese Tatvariante ist im Fall der „upstream securities“ denkbar fern liegend. Strafbedroht ist jedoch ferner, wenn der Täter den Geschäftsbetrieb unter Verbrauch beträchtlicher Mittel fortsetzt, ohne dass dies einen entsprechenden Nutzen für den Betrieb mit sich bringt. Damit sind in erster Linie solche Fälle gemeint, in denen ein Schuldner einen verlustbringenden Betrieb fortsetzt, indem er einen Kredit ausnutzt, den er allein deshalb erhält, weil er geschäftstätig ist⁴¹⁷. Auch diese Tatvariante bietet nur schwerlich Raum für eine Anwendung im Zusammenhang mit der Gewährung von „upstream securities“: die Gewährung einer „upstream security“ ist in aller Regel gerade nicht Gegenstand der (gewöhnlichen) Geschäftstätigkeit der Gesellschaft und kann daher nicht ohne weiteres als ein Fortsetzen des Betriebes angesehen werden.

Ferner nennt das Gesetz als Beispiel für ein Verhalten, das zu einer Strafbarkeit wegen Nachlässigkeit gegenüber Gläubigern führen kann, das Einlassen des Täters auf abenteuerliche Unternehmungen oder leichtsinnige Haftungsverpflichtungen. Es ist die Tatvariante des Einlassens auf eine leichtsinnige Haftungsverpflichtung, die im Falle der Gewährung einer „upstream security“ relevant werden kann. Denn als leichtsinnige Haftungsübernahme wird man jedenfalls die Gewährung einer „upstream security“ anzusehen haben, bei der die der Gesellschaft infolge der Gewährung der Sicherheit zustehende Rückzahlungsforderung von vornherein wertlos ist und auch sonst kein

⁴¹⁶ *Holmqvist/Leijonhufvud u.a.* in BrB-Kommentar I, S. 606.

⁴¹⁷ *Holmqvist/Leijonhufvud u.a.* in BrB-Kommentar I, S. 606.

adäquater Ausgleich für die Gewährung der Sicherheit erwartet werden kann, die Sicherheit also gegenleistungsfrei gewährt wurde⁴¹⁸. Dabei ist allein zu beachten, dass im Rahmen des Kapitels 11, § 3 Abs. 1 BrB verlangt wird, dass die Verpflichtung auch tatsächlich bindend für den Täter bzw. für denjenigen, in dessen Namen er handelt, übernommen worden ist⁴¹⁹. Im Falle des geschäftsführenden Direktors, der als Stellvertreter der Tochtergesellschaft in deren Namen eine „upstream security“ gewährt, muss diese also für die Gesellschaft tatsächlich bindend, darf also nicht rechtlich unwirksam sein.

Darüber hinaus setzt eine Strafbarkeit wegen Nachlässigkeit gegenüber Gläubigern voraus, dass sich die Vermögenssituation des Täters durch sein Tatverhalten erheblich verschlechtert hat. Inwiefern eine Verschlechterung der Vermögenssituation eingetreten ist, ist grundsätzlich nach betriebswirtschaftlichen Wertungsnormen zu beurteilen⁴²⁰. Allerdings ist hier, anders als im Falle des Kapitels 11, § 1 BrB, nicht der absolute wirtschaftliche Wert entscheidend. Vielmehr ist das Verhalten des Täters vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Verhältnisse und der Gesamtsituation des betroffenen Vermögens zu bewerten⁴²¹. Die Anforderungen an eine Vermögensverschlechterung im Sinne des Kapitels 11, § 3 Abs. 1 BrB liegen daher in aller Regel höher als die Anforderungen im Rahmen des Kapitels 11, § 1 BrB.

In subjektiver Hinsicht stellt der Straftatbestand der Nachlässigkeit gegenüber Gläubigern einen so genannten gemischten Tatbestand dar, da der Täter hinsichtlich der Tathandlung selbst gemäß Kapitel 1, § 2 BrB wenigstens mit Eventualvorsatz gehandelt haben muss, hinsichtlich der erheblichen Verschlechterung der Vermögenssituation nach dem Wortlaut der Norm jedoch grobe Fahrlässigkeit zur Strafbarkeit ausreicht. Hinsichtlich der subjektiven Seite der Tatbestandsvoraussetzung der Zahlungsunfähigkeit bzw. drohenden Zahlungsunfähigkeit gilt Satz 2 der Norm. Demnach genügt es, wenn der Täter angemessenen Anlass dazu hatte anzunehmen, dass er sich in einer solchen Situation befand. Die Formulierung „angemessenen Anlass dazu hatte, anzunehmen“ beinhaltet nach dem Willen des Justizausschusses des Schwedischen Reichstages, dass der Täter mit einem hohen Grad an Fahrlässigkeit

⁴¹⁸ Siehe zur Gegenleistungsfreiheit der Sicherheit im Einzelnen die Ausführungen oben unter Punkt 2.2.1.3.2.1 dieser Arbeit.

⁴¹⁹ *Holmqvist/Leijonhufvud u.a.* in BrB-Kommentar I, S. 608.

⁴²⁰ *Holmqvist/Leijonhufvud u.a.* in BrB-Kommentar I, S. 607.

⁴²¹ *Holmqvist/Leijonhufvud u.a.* in BrB-Kommentar I, S. 607.

gehandelt haben muss und soll so eine zurückhaltende Anwendung dieses Straftatbestandes gewährleisten⁴²².

Doch auch wenn alle sonstigen Voraussetzungen für eine Strafbarkeit vorliegen, darf gemäß Kapitel 11, § 8 BrB eine Anklage wegen Nachlässigkeit gegenüber Gläubigern nur dann erhoben werden, wenn dies aus öffentlicher Sicht erforderlich scheint. Bei der Entscheidung, ob eine Anklage aus öffentlicher Sicht erforderlich scheint, sind insbesondere die Art und Weise der Tat, der Zweck der Strafe und die Umstände bei Begehung der Tat zu berücksichtigen. Es darf dabei nicht von vornherein ausgeschlossen sein, auch in Fällen, die bedeutende Werte umfassen, eine Anklage zu unterlassen, sofern andere Faktoren zu einer Beurteilung führen, die eine Anklage aus öffentlicher Sicht nicht erforderlich erscheinen lässt⁴²³. Insgesamt ist eine Strafbarkeit wegen Nachlässigkeit gegenüber Gläubigern im Zusammenhang mit „upstream securities“ zwar denkbar, dürfte jedoch in der Praxis nahezu ausgeschlossen sein.

3.1.3.3 Keine Strafbarkeit wegen Gläubigerbegünstigung gemäß Kapitel 11, § 4 Abs. 1 BrB

Gemäß Kapitel 11, § 4 BrB wird, wer im Zustand der Zahlungsunfähigkeit einen bestimmten Gläubiger dadurch begünstigt, dass er ihm beispielsweise eine Sicherheit gewährt, die bei Entstehung der Forderung nicht bedungen war, und dies eine offensichtliche Gefahr dafür mit sich bringt, dass das Recht anderer Gläubiger geschmälert wird, wegen Gläubigerbegünstigung zu einer Gefängnisstrafe von höchstens zwei Jahren verurteilt.

Eine Strafbarkeit des geschäftsführenden Direktors nach dieser Vorschrift ist im Zusammenhang mit der Gewährung einer „upstream security“ schon tatbestandlich nicht denkbar, da eine „upstream security“ gerade nicht für eine Forderung der Muttergesellschaft gegen die Tochtergesellschaft gewährt wird, dies aber für eine Strafbarkeit wegen Gläubigerbegünstigung Voraussetzung wäre⁴²⁴.

⁴²² JuU 1985/86:12 S. 13; *Holmqvist/ Leijonhufvud u.a.* in BrB-Kommentar I, S. 609.

⁴²³ *Holmqvist/ Leijonhufvud u.a.* in BrB-Kommentar I, S. 639f.

⁴²⁴ So auch *Nerep* in *Aktiebolagsrättsliga studier*, S. 274.

3.2 „Upstream securities“ und das deutsche Strafrecht

3.2.1 Strafbarkeit wegen Untreue gemäß § 266 Abs. 1 Strafgesetzbuch (StGB)

Bis zum 31.03.1970 gab es in § 81a GmbHG einen eigenen GmbH-rechtlichen Untreuetatbestand. Dieser wurde vom Gesetzgeber jedoch als überflüssig angesehen und aus diesem Grunde aufgehoben⁴²⁵. Denselben Erwägungen folgend wurde auch der besondere aktienrechtliche Untreuetatbestand des früheren § 294 AktG 1937 nicht in das heutige AktG von 1965 übernommen⁴²⁶. Untreuehandlungen von GmbH-Geschäftsführern und AG-Vorstandsmitgliedern sind daher heute in strafrechtlicher Hinsicht allein anhand des allgemeinen Untreuetatbestandes des § 266 StGB zu beurteilen.

Gemäß § 266 Abs. 1 StGB macht sich derjenige strafbar, der die ihm eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht (1. Alternative, so genannter Missbrauchstatbestand) oder die ihm obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt (2. Alternative, so genannter Treubruchstatbestand) und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, einen Nachteil zufügt.

Nach heute herrschender Meinung in Literatur und Rechtsprechung setzen beide Tatbestandsalternativen voraus, dass der Befugnisinhaber eine Pflicht zur Vermögensbetreuung gegenüber demjenigen hat, über dessen Vermögen ihm die Befugnis eingeräumt ist⁴²⁷. Nur wer eine solche Vermögensbetreuungspflicht innehat, kann tauglicher Täter einer Untreue gemäß § 266 StGB sein⁴²⁸. Sowohl die Mitglieder des Vorstandes einer AG als auch die Geschäftsführer einer GmbH sind zur Betreuung der Vermögensinteressen ihrer Gesellschaft im Sinne des § 266 StGB verpflichtet⁴²⁹. Der Vorstand einer AG ist dabei im Verhältnis zu Dritten gemäß §§ 78 Abs. 1, 82 Abs. 1 AktG unbeschränkt befugt, Verfügungen über das Vermögen der AG zu treffen und

⁴²⁵ BT-Drucksache V/4094, S. 56; dazu: *Tiedemann* in Scholz, Vor §§ 82ff Rdnr. 11; *Schäfer* in GmbHR 1993, S. 787.

⁴²⁶ *Fuhrmann* in Geßler/Hefermehl, Vor § 399 Rdnr. 2, 7; *Meyer* in AG 1966, S. 109.

⁴²⁷ *Tröndle/Fischer*, § 266 Rdnr. 18 mit weiteren Nachweisen.

⁴²⁸ Vgl. die Ausführungen des BGH in seinem Urteil vom 13.05.2004 (Bremer Vulkan), 5 StR 73/03, Abschnitte B. I. 1. und 2., in dem er das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht verneint; siehe auch BGH in NJW 1997, S. 66ff (Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht bejaht).

⁴²⁹ Zur Vermögensbetreuungspflicht des Geschäftsführers einer GmbH vgl. BGH in wistra 1987, S. 334f; für die Vorstandsmitglieder einer AG siehe BGH in StV 1995, S. 303; *Fuhrmann* in Geßler/Hefermehl, Vor § 399 Rdnr. 7.

diese zu verpflichten. Gleiches gilt für die Geschäftsführer einer GmbH gemäß §§ 35 Abs. 1, 37 Abs. 2 GmbHG. Somit kommen diese Geschäftsleiter von AG und GmbH grundsätzlich als Täter einer Untreue gemäß § 266 StGB in Betracht.

Da die Vorstandsmitglieder einer AG gemäß § 82 Abs. 2 AktG und die Geschäftsführer einer GmbH gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG im Innenverhältnis zu ihren Gesellschaften nur zum bestimmungsgemäßen Gebrauch ihrer Vertretungsmacht befugt sind, kommt eine Erfüllung des Untreuetatbestands des § 266 StGB in der Alternative des Missbrauchstatbestandes (1. Alternative) dann in Betracht, wenn das geschäftsführende Organ seine Vertretungsmacht bestimmungswidrig gebraucht. Denn Missbrauch im Sinne des § 266 StGB ist Fehlgebrauch der Rechtsmacht⁴³⁰.

Im Rahmen der Gewährung von „upstream securities“ liegt ein den Tatbestand der Untreue in der Alternative des Missbrauchstatbestandes erfüllendes Handeln der Geschäftsführung demnach stets dann vor, wenn die Gewährung der Sicherheit rechtlich unzulässig ist und das Vorstandsmitglied einer AG dadurch gegen seine Sorgfaltspflichten gemäß § 93 Abs. 1 AktG bzw. der Geschäftsführer einer GmbH gegen seine Sorgfaltspflichten nach § 43 Abs. 1 GmbHG verstößt. Die Geschäftsführung hat dann ihre Vertretungsmacht stets im Sinne des § 266 StGB objektiv missbraucht, da sie sich nicht im Rahmen ihrer Geschäftsführungsbefugnis gehalten hat.

Da der Untreuetatbestand den Schutz des Vermögens bezweckt, das der Pflichtige zu betreuen hat, fehlt es an der Pflichtwidrigkeit der Handlung des Pflichtigen, wenn diese im Einverständnis mit dem Vermögensinhaber erfolgt⁴³¹. Geht es also um das Vermögen einer Kapitalgesellschaft, so fehlt es folglich grundsätzlich an der Pflichtwidrigkeit des Handelns des Befugten, wenn sich die Gesellschafter, die als Anteilseigner der Gesellschaft grundsätzlich zur Disposition über das Gesellschaftsvermögen befugt sind, mit dem entsprechenden Vorgehen einverstanden erklärt haben⁴³². Ist die Zustimmung der Gesellschafter gegenüber der GmbH treuwidrig, so ist sie jedoch wirkungslos⁴³³. Eine solche Treuwidrigkeit eines

⁴³⁰ *Tröndle/Fischer* § 266 Rdnr. 20.

⁴³¹ BGH in NJW 2003, S. 2998; *Vetter/Stadler* in Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 156.

⁴³² BGH in NJW 2003, S. 2998; 2000, S. 154f; dazu siehe auch *Schäfer* in GmbHR 1993, S. 788ff.

⁴³³ BGH in NJW 2003, S. 2998; 2000, S. 154f; *Vetter/Stadler* in Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 156.

entsprechenden Gesellschafterbeschlusses ist mit dem BGH regelmäßig dann anzunehmen, wenn durch die betreffende Vermögensverfügung oder –verpflichtung die Existenz der Gesellschaft konkret gefährdet wird – was strafrechtlich zu einer Verantwortlichkeit unter dem Gesichtspunkt des existenzgefährdenden Eingriffs führen kann⁴³⁴. Bei einer GmbH ist dies jedenfalls bei einem Angriff auf das durch § 30 GmbHG geschützte Stammkapital oder bei einer sonstigen Gefährdung ihrer Liquidität der Fall⁴³⁵. Ein Beschluss der Hauptversammlung der Aktionäre bzw. der Gesellschafterversammlung kann demnach in den Fällen, in denen die Gewährung der „upstream security“ die weitere rechtliche oder wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft gefährdet, eine Strafbarkeit der Geschäftsleitung nicht ausschließen. In diesen Fällen dürfte jedenfalls der Tatbestand der Untreue in der 2. Tatbestandsalternative des Treubruchstatbestandes erfüllt sein.

Damit die Gewährung der Sicherheit durch den Geschäftsleiter den Tatbestand der Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB erfüllt, muss der Gesellschaft darüber hinaus durch dieses missbräuchliche Handeln der Geschäftsführung ein Nachteil entstanden sein. Unter dem Begriff des Nachteils ist hier jede vermögensmindernde Maßnahme zu verstehen, wobei auch schadensgleiche Vermögensgefährdungen erfasst sind⁴³⁶. Die Gewährung einer „upstream security“ ist daher insofern nachteilig für die Gesellschaft, als ihr keine vollwertige Gegenleistung gegenübersteht⁴³⁷. Zur Gegenleistungsfreiheit wird grundsätzlich auf die Ausführungen oben unter Punkt 2.2.1.3.2.1 dieser Arbeit verwiesen. Ergänzend ist in diesem Zusammenhang jedoch zu bemerken, dass eine Gegenleistung im strafrechtlichen Sinn nur vorliegt, wenn sie unmittelbar mit der schädigenden Handlung zusammenhängt; ein Ausgleich durch andere, rechtlich selbständige Handlungen lassen die Gegenleistungsfreiheit und damit den Nachteil daher nicht entfallen⁴³⁸. Eine zwar im Konzerninteresse und damit mittelbar auch für die sicherungsgebende Tochtergesellschaft wirtschaftlich vorteilhafte Sicherheit ist daher im strafrechtlichen Sinn dennoch als nachteilig für die Gesellschaft anzusehen. Die Gewährung einer „upstream security“ wird daher in aller Regel mangels direkter

⁴³⁴ Vgl. die Ausführungen des 5. Strafsenats des BGH in seinem Urteil vom 13.05.2004 (Bremer Vulkan), 5 StR 73/03, unter Abschnitt B. I. 3; *Vetter/Stadler* in Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 156.

⁴³⁵ BGHSt 34, S. 379, 387; BGH in NJW 2000, S. 154f; *Schaal* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, Vor §§ 82-85 Rdnr. 17; *Vetter/Stadler* in Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Rdnr. 156; siehe dazu auch die Diskussion bei *Schäfer* in GmbHR 1993, S. 789ff.

⁴³⁶ BGHSt 35, S. 333 (336); BGH in wistra 1991, S. 218f.

⁴³⁷ *Tröndle/Fischer*, § 266 Rdnr. 68 mit weiteren Nachweisen.

⁴³⁸ *Tröndle/Fischer*, § 266 Rdnr. 73 mit weiteren Nachweisen.

Gegenleistung – die Darlehensmittel gehen an jedenfalls unmittelbar nur an die Muttergesellschaft – als Nachteil im Sinne des § 266 StGB zu werten sein.

In subjektiver Hinsicht setzt § 266 StGB gemäß § 15 StGB voraus, dass der Pflichtige mit Vorsatz hinsichtlich seiner Pflichtenstellung sowie der Innengrenzen seiner Befugnis und nicht zuletzt auch hinsichtlich des Vermögensnachteils handelt. Ein Handeln mit *dolus eventualis* genügt⁴³⁹. Der Nachweis des subjektiven Tatbestandes unterliegt dabei aufgrund des weiten objektiven Tatbestandes jedoch strengen Anforderungen⁴⁴⁰.

3.2.2 Keine Strafbarkeit wegen Bankrott gemäß §§ 283, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Strafbar wegen Bankrott gemäß § 283 StGB macht sich derjenige, der eine der katalogmäßig aufgeführten Handlungen bei Überschuldung oder bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit, ausführt (Abs. 1) oder durch eine der katalogmäßig aufgeführten Handlungen die Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit herbeiführt (Abs. 2). Abs. 6, der als objektive Bedingung der Strafbarkeit ebenfalls erfüllt sein muss, bestimmt, dass der Täter entweder seine Zahlungen eingestellt haben muss oder dass das Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet oder der Eröffnungsantrag mangels Masse abgewiesen worden ist.

Eine Strafbarkeit eines Geschäftsleiters einer AG oder einer GmbH kommt nach dem Wortlaut der Vorschrift nur in Verbindung mit § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB in Betracht. In Verbindung mit § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB kann sich ein Geschäftsführer oder ein Vorstandsmitglied gemäß § 283 StGB wegen Bankrott strafbar machen, wenn er „als“ Vertreter, also als Geschäftsführer bzw. Vorstandsmitglied einer AG bzw. einer GmbH handelt. Ein Handeln „als Vertreter“ der Gesellschaft ist dabei indes nur dann anzunehmen, wenn sein Handeln nicht nur nach den Regeln der Stellvertretung der Gesellschaft zuzurechnen ist, sondern der Geschäftsleiter auch im wirtschaftlichen Interesse der Gesellschaft handelt⁴⁴¹. Bei einem Interessenwiderstreit zwischen der Gesellschaft bzw. den Gesellschaftern und ihrem organschaftlichen Vertreter ist § 14

⁴³⁹ *Tröndle/Fischer*, § 266 Rdnr. 77.

⁴⁴⁰ So schon BGHSt 3, S. 23 (25); BGH in *wistra* 2000, S. 60f.

⁴⁴¹ BGHSt 30, S. 127ff; BGH in NJW 1992, S. 250, 252; *Fuhrmann* in Geßler/Hefermehl, Vor § 399 Rdnr. 12; dagegen: *Arloth* in NSTz 1990, S. 572ff; *Schäfer* in GmbHR 1993, S. 798.

StGB hingegen nicht erfüllt und eine Strafbarkeit des Geschäftsführers wegen Bankrott kommt nicht in Betracht⁴⁴². Als Wertungsmaßstab, ob der Geschäftsführer im Interesse der Gesellschaft handelt oder nicht, wird dabei der Eintritt eines Vermögensnachteils im Sinne des § 266 StGB seitens der Gesellschaft⁴⁴³ herangezogen⁴⁴⁴. Erleidet die Gesellschaft also infolge des Handelns des Geschäftsführers einen Vermögensnachteil, so war sein Handeln grundsätzlich nicht im Interesse der Gesellschaft – ein entsprechendes Einverständnis der Hauptversammlung der Aktionäre bzw. der Gesellschafterversammlung dürfte daher infolge des treuwidrigen Charakters des Einverständnisses strafrechtlich unwirksam sein – und er handelte daher auch nicht „als“ organschaftlicher Vertreter im Sinne des § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB, so dass eine Strafbarkeit wegen Bankrott gemäß § 283 StGB von vornherein ausgeschlossen ist⁴⁴⁵.

Im Zusammenhang mit der Gewährung von „upstream securities“ bedeutet dies, dass eine Strafbarkeit eines Geschäftsführers einer GmbH oder eines Vorstandsmitglieds einer AG mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 14 StGB in aller Regel entfällt, da diese Sicherheiten gewöhnlich im strafrechtlichen Sinne gegenleistungsfrei gewährt werden⁴⁴⁶, also der Gesellschaft ein strafrechtlich zu verstehender Nachteil entsteht, der ein Handeln des Geschäftsführers im wirtschaftlichen Interesse der Gesellschaft ausschließt und damit auch ein Handeln des Geschäftsführers „als“ organschaftlichem Vertreter im Sinne des § 14 StGB nicht mehr angenommen werden kann.

Eine Strafbarkeit von Geschäftsführern oder Vorstandsmitgliedern kommt daher im Zusammenhang mit der Gewährung von „upstream securities“ nicht in Betracht.

3.2.3 Keine Strafbarkeit wegen Gläubigerbegünstigung gemäß § 283c StGB

Wegen Gläubigerbegünstigung gemäß § 283c StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer in Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit einem

⁴⁴² *Tröndle/Fischer*, Vor § 283 Rdnr. 21.

⁴⁴³ Dazu siehe die Ausführungen oben unter Punkt 3.2.1 dieser Arbeit.

⁴⁴⁴ BGHSt 28, S. 371, 374.

⁴⁴⁵ In diesen Fällen greift jedoch § 266 StGB, so dass der Geschäftsführer in der Regel nicht gänzlich straffrei bleibt.

⁴⁴⁶ Zum Begriff der Gegenleistungsfreiheit in diesem Zusammenhang siehe die Ausführungen oben unter Punkt 3.2.1 dieser Arbeit.

Gläubiger eine Sicherheit gewährt, die dieser nicht, nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hat, und dadurch diesen Gläubiger absichtlich oder wissentlich vor den übrigen Gläubigern begünstigt. Gemäß Abs. 3 der Vorschrift ist § 283 Abs. 6 StGB entsprechend anzuwenden, so dass als objektive Strafbarkeitsvoraussetzung der Gläubigerbegünstigung die Zahlungseinstellung, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder die Abweisung des Eröffnungsantrags mangels Masse vorliegen muss.

Gewährt eine Tochtergesellschaft zugunsten ihrer Muttergesellschaft in dem hier relevanten Zeitraum einem Kreditgeber der Muttergesellschaft eine „upstream security“, so könnte darin eine Begünstigung dieses Kreditgebers gegenüber anderen Gläubigern der Tochtergesellschaft im Sinne dieser Strafnorm liegen.

Allerdings ist nach allgemeiner Ansicht schon wegen des Wortlauts der Vorschrift Voraussetzung für eine Anwendbarkeit des § 283c StGB, dass die Gläubigerstellung des durch die Tathandlung Begünstigten spätestens im Zeitpunkt der Begünstigungshandlung vorliegen muss. Sie darf also nicht erst gleichzeitig mit der Vornahme dieser Handlung entstehen⁴⁴⁷. Im Fall der „upstream securities“ besteht aber gerade keine Gläubiger-Schuldner-Beziehung zwischen der Tochtergesellschaft und dem Sicherungsnehmer aufgrund eines Darlehensvertrags – dieser besteht nämlich allein im Verhältnis des Darlehensgebers zur Muttergesellschaft. Die Gläubigerstellung des Sicherungsnehmers im Zusammenhang mit „upstream securities“ wird stets erst mit Vornahme der den Darlehensgeber begünstigenden Handlung, nämlich der Gewährung der Sicherheit, begründet. § 283c StGB ist somit auf die Fälle der „upstream securities“ schon tatbestandlich nicht anwendbar.

Eine Strafbarkeit der Geschäftsführer wegen Gläubigerbegünstigung gemäß § 283c StGB kommt im Rahmen der Gewährung von „upstream securities“ daher nicht in Betracht.

⁴⁴⁷ RGSt 35, S. 127f; Tiedemann in LK-StGB, § 283c Rdnr. 8; Tröndle/Fischer, § 283c Rdnr. 2; Vormbaum in GA 1981, S. 107.

3.3 Vergleich der Rechtslage im Zusammenhang mit „upstream securities“ nach deutschem und nach schwedischem Strafrecht

Im Gegensatz zum schwedischen Recht, das einen Verstoß gegen Kapitel 12, § 7 ABL in Kapitel 19, § 1 Nr. 4 ABL unter Strafe stellt, ist ein Verstoß gegen die im Zusammenhang mit den „upstream securities“ im deutschen Gesellschaftsrecht relevanten Normen weder im GmbHG noch im AktG spezialgesetzlich mit Strafe bedroht. Der früher in § 81a GmbHG enthaltene Tatbestand der eigenständigen GmbH-rechtlichen Untreue wurde zum 31. März 1970 aufgehoben⁴⁴⁸. Eine Strafbarkeit der geschäftsführenden Leitungsorgane einer GmbH bzw. einer Aktiengesellschaft im Zusammenhang mit der Gewährung von „upstream securities“ kann nach deutschem Recht daher allein nach den allgemeinen Strafnormen des Strafgesetzbuches in Betracht kommen. In Schweden soll die spezialgesetzlich geregelte Strafdrohung für den Verstoß gegen eines der Darlehens- und Sicherheitsverbote gemäß Kapitel 12, § 7 in Kapitel 19, § 1 Nr. 4 ABL auch nach der anstehenden ABL-Reform beibehalten werden⁴⁴⁹.

Die in Deutschland relevanten Vorschriften zum Tatbestand der Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB und der Gläubigerbegünstigung gemäß § 283c StGB sind den im schwedischen Strafgesetzbuch enthaltenen Tatbeständen der Treulosigkeit gegenüber dem Geschäftsherrn gemäß Kapitel 10, § 5 BrB und der Gläubigerbegünstigung gemäß Kapitel 11, § 4 BrB sowohl vom Wortlaut als auch vom praktischen Anwendungsbereich her sehr ähnlich.

Allerdings ist der deutsche Tatbestand der Untreue weiter gefasst als der der Treulosigkeit gegenüber dem Geschäftsherrn im schwedischen Strafrecht. Die Untreue nach deutschem Recht bietet zwei Tatbestandsalternativen: zum einen den Missbrauchs- und zum anderen den Treuebruchtatbestand. Durch den Treuebruchtatbestand können auch Fälle der Übertretung von im Außenverhältnis begrenzten Kompetenzen des Täters erfasst werden, was nach dem schwedischen Tatbestand der Treulosigkeit gegenüber dem Geschäftsherrn, der alleine die Fälle des Missbrauchs einer Vollmachtsstellung in deren Rahmen erfasst, nicht möglich ist. Eine Strafbarkeit des geschäftsführenden

⁴⁴⁸ Dazu siehe Schäfer in GmbHR 1993, S. 787.

⁴⁴⁹ Siehe den noch nicht offiziellen Vorschlag der Regierung, der unter http://www.regeringen.se/sb/d/108/a/22997;jsessionid=ag7q0Ww_ZgNc abrufbar ist.

Direktors aufgrund einer Überschreitung seiner Vertretungsbefugnis nach außen hin ist nach schwedischem Recht daher nicht möglich.

4. TEIL III: MÖGLICHKEITEN DER LEGALEN GESTALTUNG VON „UPSTREAM SECURITIES“ UNTER VERMEIDUNG HAFTUNGSRECHTLICHER FOLGEN FÜR GESCHÄFTSFÜHRER DER SICHERUNGSGEBENDEN GESELLSCHAFT

4.1 Möglichkeiten der legalen Gestaltung von „upstream securities“ nach schwedischen Recht

Für den Fall, dass mit Hilfe einer „upstream security“ der Erwerb von Aktien in einem Konzernunternehmen finanziert werden soll, besteht die Gefahr der Unzulässigkeit der Sicherheit im Hinblick auf das Erwerbsdarlehens- und Erwerbssicherheitsverbot des Kapitels 12, § 7 Abs. 3 und 6 ABL⁴⁵⁰. Wie oben bereits erwähnt, gilt dieses Verbot in zeitlicher Hinsicht indes nur für solche Darlehen und Sicherheiten, die vor der Vollendung des Aktienerwerbs gewährt werden⁴⁵¹. Nimmt also die Muttergesellschaft beispielsweise bei einer Bank einen Kredit auf, erwirbt dann mit diesen Mitteln Aktien in einem der Unternehmen ihres Konzerns und gewährt die Tochtergesellschaft erst danach eine Sicherheit für die Rückzahlungsforderung der Bank gegen die Muttergesellschaft, so ist diese Sicherheit erst nach Vollendung des Aktienerwerbs gewährt worden und das Erwerbsdarlehensverbot des Kapitels 12, § 7 Abs. 3 ABL ist nicht mehr anwendbar. Vielmehr ist in diesem Fall, in dem der Aktienerwerb zum Zeitpunkt der Gewährung der Sicherheit bereits vollendet ist, allein das allgemeine Darlehens- und Sicherheitsverbot des Kapitels 12, § 7 Abs. 1 ABL einschlägig⁴⁵². Aufgrund des Konzernverhältnisses zwischen Mutter- und sicherheitsgewährender Tochtergesellschaft greift hier dann aber die Konzernausnahme nach Abs. 2 Nr. 2 ein, so dass die „upstream security“ unter dem Aspekt der Darlehens- und Sicherheitsverbote zulässig ist.

Somit kann durch geschickte zeitliche Planung einer „upstream security“ im Zusammenhang mit der Finanzierung eines Aktienerwerbs das Erwerbsdarlehensverbot des Kapitels 12, § 7 Abs. 3 ABL auch für den Fall, dass eine Ausnahmegenehmigung

⁴⁵⁰ Siehe dazu die Ausführungen oben unter Punkt 2.2.1.2.3.1 dieser Arbeit.

⁴⁵¹ Siehe oben am angegebenen Ort mit weiteren Nachweisen.

⁴⁵² Zur Bestimmung des Zeitpunkts der Vollendung des Aktienerwerbs siehe die Ausführungen oben am angegebenen Ort mit Nachweis.

nach Kapitel 12, § 8 Abs. 1 ABL nicht erteilt wird, in der Praxis umgangen werden⁴⁵³. Allerdings wird hierbei verlangt, dass die Sicherheit frühestens eine juristische Minute nach Vollendung des Erwerbs der Aktien gewährt wird, in der für die Bank ein echtes Risiko bestehen muss, dass sie ihre Forderung gegen die Muttergesellschaft möglicherweise nicht realisieren können⁴⁵⁴.

Eine „upstream security“ auch im Zusammenhang mit einem Aktienerwerb ist folglich über das allgemeine Darlehens- und Sicherheitsverbot und dessen Konzernausnahme zulässig, wenn sie so gestaltet wird, dass sie erst nach vollendetem Erwerb der Aktien gestellt wird und die finanzierende Bank wenigstens für eine Minute ein tatsächliches finanzielles Risiko eingeht. Auf diese Weise kann auch der geschäftsführende Direktor einer Strafverfolgung aufgrund eines Verstoßes gegen Kapitel 12, § 7 ABL gemäß Kapitel 19, § 1 Nr. 4 ABL entgehen.

Auch in einem solchen Fall sind aber die Grenzen der Gewinnausschüttungsregeln des Kapitels 12, § 2 ABL zu beachten. Bei einem Verstoß hiergegen sind die „upstream securities“ stets rechtswidrig⁴⁵⁵. Die Gewinnausschüttungsregeln können als Gläubigerschutzvorschriften unter keinen Umständen, also auch nicht durch einen einstimmigen Beschluss der Hauptversammlung, umgangen werden. Sie sind also zwingend und stets einzuhalten⁴⁵⁶.

Verstößen gegen den Gleichheitsgrundsatz des Kapitels 3, § 1 ABL und die Generalklausel nach Kapitel 8, § 34 ABL hingegen kann durch einen Hauptversammlungsbeschluss vorgebeugt werden. Gleiches gilt für mögliche Verstöße gegen den Grundsatz vom Gesellschaftsgegenstand und die Übertretung der Vollmacht des geschäftsführenden Direktors im Zusammenhang mit „upstream securities“, sofern diese Beschlüsse in einer den Gesellschaftsgegenstand erweiternden Art und Weise vorgenommen werden.

⁴⁵³ Siehe *Andersson* in *Kapitalskyddet*, S. 142; *Grosskopf* in *Vinstbolag*, S. 55.

⁴⁵⁴ So genanntes Minutendarlehen (schwedisch: „minutenlån“), siehe dazu auch die Entscheidung des Höchsten Gerichts im so genannten *Framnäs*-Fall in NJA 1992, S. 717 *Andersson/ Johansson/ Skog* in ABL-Kommentar II, S. 12:53; *Grosskopf* in *Vinstbolag*, S. 36ff; *Lindskog* in JF-Kommentaren ABL, S. 174 in Fußnote 124; *Rodhe* in *Studier i bolags- och krediträtt*, S. 415f und in *Aktiebolagsrätt*, S. 116.

⁴⁵⁵ Siehe dazu die Ausführungen oben unter Punkt 2.2.1.4 dieser Arbeit.

⁴⁵⁶ Siehe dazu auch die Ausführungen oben unter Punkt 2.2.1.3.2.2.2 dieser Arbeit.

4.2 Möglichkeiten der legalen Gestaltung von „upstream securities“ nach deutschem Recht

Hinsichtlich der Gefahr eines Verstoßes gegen das Erwerbssicherheitsverbot des § 71a Abs. 1 S. 1 AktG nach deutschem Recht kann auf die Möglichkeit der geschickten zeitlichen Gestaltung der „upstream security“, wie sie soeben für das schwedische Recht dargelegt wurde, verwiesen werden.

Im qualifizierten faktischen Konzern sind „upstream securities“ wegen der §§ 57 AktG und 30 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich unzulässig. Indem jedoch das Darlehen aufgespaltet wird zwischen Tochter- und Muttergesellschaft, so dass die Tochtergesellschaft im Rahmen ihres „eigenen“ Anteils des Darlehens dem Kreditgeber eine Sicherheit gewähren kann, kann dieser Gesetzesverstoß vermieden werden⁴⁵⁷. Dieser Weg steht zwar dann nicht offen, wenn noch nicht vorherzusehen ist, wohin die Mittel aus dem Darlehen letztendlich fließen sollen, ist ansonsten aber auch im faktischen Konzern zu empfehlen, in dem eine „upstream security“ von einer Tochter-GmbH gestellt wird.

Ferner sind in diesen Situationen bei einer sicherungsgebenden Tochter-GmbH die Grenzen des § 30 Abs. 1 GmbHG einzuhalten.

Um eine Unzulässigkeit der „upstream security“ wegen eines Verstoßes gegen den Unternehmensgegenstand zu vermeiden, sollte im Vorfeld der Gewährung der Sicherheit geprüft werden, wie dieser in der Satzung bzw. dem Gesellschaftsvertrag formuliert ist und gegebenenfalls eine Änderung vorgenommen werden.

Der Geschäftsführer einer Tochter-GmbH kann der Schadensersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft nach § 43 Abs. 3 GmbHG infolge eines Verstoßes gegen § 30 Abs. 1 GmbHG unter Umständen entgehen, wenn seinem Handeln ein Beschluss der Gesamtheit der Gesellschafter zugrunde liegt. Eine Befassung der Gesellschafter mit der Frage der Gewährung einer „upstream security“ dürfte daher nicht zuletzt auch unter diesem Aspekt zu empfehlen sein.

⁴⁵⁷ Siehe dazu auch die Ausführungen von *Bastuck* in GmbHR 2000, S. 1097.

5. ABSCHLUSS

Sowohl im schwedischen als auch im deutschen Zivil- und Strafrecht gibt es zahlreiche Vorschriften, die der Zulässigkeit von „upstream securities“ entgegenstehen und eine persönliche Haftung des geschäftsführenden Direktors einer schwedischen AB sowie des Geschäftsführers einer GmbH und des Vorstandes einer AG in zivil- und strafrechtlicher Hinsicht begründen können.

„Upstream securities“ sind daher in ihren Auswirkungen weder auf das Gesellschaftsvermögen und die Gläubiger der Gesellschaft noch auf die geschäftsführenden Leitungsorgane der Gesellschaften zu unterschätzen. Allerdings ist darauf zu achten, dass eine richtige zeitliche Planung sowie die sich durch die Höhe des Stammkapitals ergebenden finanziellen Grenzen eingehalten werden und die Hauptversammlung mit der Frage der Gewährung der Sicherheit befasst wird, um einer Kollision mit dem Gesetz vorzubeugen. Unter diesen Voraussetzungen sind „upstream securities“ nicht nur aus der Sicht eines Darlehensgebers, sondern auch aus der Sicht der Führungspersonen in einem Konzern als praxistaugliche Sicherungsmittel anzusehen.

ANLAGEN

Anlage 1 - Arbeitsübersetzung der im Rahmen dieser Arbeit relevanten Bestimmungen des schwedischen Aktiengesellschaftsgesetzes Aktiebolagslag (1975:1385)

<u>Aktiebolagslag (1975:1385)</u> Utfärdad: 1975-12-15 Ändring införd: t.o.m. SFS 2004:577	<u>Aktiengesellschaftsgesetz (1975:1385)</u> Ausgefertigt: 15.12.1975 Änderungen berücksichtigt bis einschließlich Gesetz Nr. SFS 2004:577
<i>1 kap. Inledande bestämmelser</i>	<i>Kapitel 1 Einleitende Bestimmungen</i>
1 § I aktiebolag svarar delägarna ej personligen för bolagets förpliktelser. [...]	§ 1 In Aktiengesellschaften haften die Gesellschafter nicht persönlich für Verpflichtungen der Gesellschaft. [...]
2 § Aktiebolag är privat aktiebolag eller publikt aktiebolag. Denna lag gäller samtliga aktiebolag, om inte annat föreskrivs. Lag (1994:802).	§ 2 Eine Aktiengesellschaft ist eine private Aktiengesellschaft oder eine Publikumsaktiengesellschaft. Dieses Gesetz gilt für sämtliche Aktiengesellschaften, sofern nicht etwas anderes vorgeschrieben ist. Gesetz (1994:802).
5 § Ett aktiebolag är moderbolag och en annan juridisk person är dotterföretag, om aktiebolaget	§ 5 Eine Aktiengesellschaft ist Muttergesellschaft und eine andere juristische Person ist Tochtergesellschaft, wenn die Aktiengesellschaft entweder
1. innehar mer än hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar i den juridiska personen,	1. mehr als der Hälfte der Stimmen sämtlicher Aktien oder Anteile in der anderen juristischen Person innehat oder
2. äger aktier eller andelar i den juridiska personen och på grund av avtal med andra delägare i denna förfogar över mer än hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar,	2. Aktionärin oder Anteilseignerin der anderen juristischen Person ist und aufgrund eines Vertrages mit anderen Aktionären oder Anteilseignern über mehr als die Hälfte der Stimmen sämtlicher Aktien oder Anteile der anderen juristischen Person verfügt oder
3. äger aktier eller andelar i den juridiska personen och har rätt att utse eller avsätta mer än hälften av ledamöterna i dess styrelse	3. Aktionärin oder Anteilseignerin der

<p>eller motsvarande ledningsorgan, eller</p> <p>4. äger aktier eller andelar i den juridiska personen och har rätt att ensamt utöva ett bestämmande inflytande över denna på grund av avtal med den juridiska personen eller på grund av föreskrift i dess bolagsordning, bolagsavtal eller därmed jämförbara stadgar.</p> <p>Vidare är en juridisk person dotterföretag till moderbolaget, om ett annat dotterföretag till moderbolaget eller moderbolaget tillsammans med ett eller flera andra dotterföretag eller flera andra dotterföretag tillsammans</p> <p>1. innehar mer än hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar i den juridiska personen,</p> <p>2. äger aktier eller andelar i den juridiska personen och på grund av avtal med andra delägare i denna förfogar över mer än hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar, eller</p> <p>3. äger aktier eller andelar i den juridiska personen och har rätt att utse eller avsätta mer än hälften av ledamöterna i dess styrelse</p> <p>eller motsvarande ledningsorgan.</p> <p>Om ett dotterföretag äger aktier eller andelar i en juridisk person och på grund av avtal med den juridiska personen eller på grund av föreskrift i dess bolagsordning, bolagsavtal eller därmed jämförbara stadgar har rätt att ensamt utöva ett bestämmande inflytande över den juridiska personen, är även denna dotterföretag till moderbolaget.</p> <p>Moderbolag och dotterföretag utgör tillsammans en koncern.</p> <p>Med koncernföretag avses i denna lag företag i samma koncern. Lag (1995:1555).</p>	<p>anden juristischen Person ist und das Recht hat, mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungsrates oder eines anderen, dem Verwaltungsrat entsprechenden Führungorgans der anderen juristischen Person einzusetzen oder abzusetzen oder</p> <p>4. Aktionärin oder Anteilseignerin der anderen juristischen Person ist und aufgrund eines Vertrages mit der anderen juristischen Person oder aufgrund einer Vorschrift in deren Satzung, Gesellschaftsvertrag oder damit vergleichbaren Vorschriften das Recht hat, alleine einen beherrschenden Einfluss auf die andere juristische Person auszuüben.</p> <p>Ferner ist eine juristische Person Tochtergesellschaft einer Muttergesellschaft, wenn eine andere Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft oder die Muttergesellschaft zusammen mit einer oder mehreren Tochtergesellschaften oder mehrere andere Tochtergesellschaften zusammen</p> <p>1. mehr als der Hälfte der Stimmen sämtlicher Aktien oder Anteile in der anderen juristischen Person innehat oder</p> <p>2. Aktionärin oder Anteilseignerin der anderen juristischen Person ist und aufgrund eines Vertrages mit anderen Aktionären oder Anteilseignern über mehr als die Hälfte der Stimmen sämtlicher Aktien oder Anteile der anderen juristischen Person verfügt oder</p> <p>3. Aktionärin oder Anteilseignerin der anderen juristischen Person ist und das Recht hat, mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungsrates oder eines anderen, dem Verwaltungsrat entsprechenden Führungorgans der anderen juristischen Person einzusetzen oder abzusetzen.</p> <p>Wenn eine Tochtergesellschaft Aktionärin oder Anteilseignerin einer anderen juristischen Person ist und aufgrund eines</p>
--	--

	<p>Vertrages mit dieser juristischen Person oder aufgrund einer Vorschrift in deren Satzung, Gesellschaftsvertrag oder damit vergleichbaren Vorschriften das Recht hat, alleine einen beherrschenden Einfluss auf diese juristische Person auszuüben, ist auch diese Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft.</p> <p>Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft bilden zusammen einen Konzern.</p> <p>Mit Konzernunternehmen sind in diesem Gesetz Unternehmen desselben Konzerns gemeint. Gesetz (1995:1555).</p>
<p><i>2 kap. Aktiebolags bildande</i></p>	<p><i>Kapitel 2 Gründung einer Aktiengesellschaft</i></p>
<p>4 § Bolagsordningen skall ange [...] 3. föremålet för bolagets verksamhet, angivet till sin art, [...]</p>	<p>§ 4 Die Satzung der Gesellschaft hat anzugeben [...] 3. den Gegenstand der Tätigkeit der Gesellschaft, angegeben nach seiner Art, [...]</p>
<p><i>3 kap. Aktier, aktiebrev m.m. och aktiebok</i></p> <p>1 § Alla aktier har lika rätt i bolaget, om ej annat följer av denna paragraf. [...]</p>	<p><i>Kapitel 3 Aktien, Aktienbriefe u.ä. und Aktienbuch</i></p> <p>§ 1 Alle Aktien haben gleiches Recht in der Gesellschaft, wenn nichts anderes aus diesem Paragraphen folgt. [...]</p>
<p><i>8 kap. Bolagets ledning</i></p> <p>Styrelsen</p>	<p><i>Kapitel 8 Leitung der Gesellschaft</i></p> <p>Der Verwaltungsrat</p>

<p>1 § Ett aktiebolag skall ha en styrelse med minst tre ledamöter. I ett privat aktiebolag får styrelsen dock bestå av en eller två ledamöter, om det finns minst en suppleant.</p> <p>[...]</p> <p>3 § Styrelsen svarar för bolagets organisation och förvaltningen av bolagets angelägenheter.</p> <p>Styrelsen skall se till att bolagets organisation är utformad så att bokföringen, medelsförvaltningen och bolagets ekonomiska förhållanden i övrigt kontrolleras på ett betryggande sätt.</p> <p>Styrelsen skall i skriftliga instruktioner ange arbetsfördelningen mellan å ena sidan styrelsen och å andra sidan den verkställande direktören och de andra organ som styrelsen inrättar.</p> <p>Styrelsens ansvar och tillsynsskyldighet kan inte överlätas på någon annan. Lag (2001:932).</p> <p>Hur styrelsen utses</p> <p>6 § Styrelsen utses av bolagsstämman. I bolagsordningen får det föreskrivas att en eller flera styrelseledamöter, i publika aktiebolag dock mindre än hälften av samtliga, skall utses på annat sätt. Styrelsen eller en styrelseledamot får inte ges rätt att utse styrelseledamöter.</p>	<p>§ 1 Eine Aktiengesellschaft hat einen Verwaltungsrat mit mindestens drei Mitgliedern zu haben. In einer privaten Aktiengesellschaft darf der Verwaltungsrat jedoch aus einem oder zwei Mitgliedern bestehen, wenn es mindestens einen Stellvertreter gibt.</p> <p>[...]</p> <p>§ 3 Der Verwaltungsrat haftet für die Organisation der Gesellschaft und für die Verwaltung der Angelegenheiten der Gesellschaft.</p> <p>Der Verwaltungsrat hat dafür zu sorgen, dass die Organisation der Gesellschaft so gestaltet ist, dass die Buchführung, die Verwaltung der Mittel und die wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft im Übrigen auf zufriedenstellende Weise kontrolliert werden.</p> <p>Der Verwaltungsrat hat in schriftlichen Anweisungen die Arbeitsverteilung zwischen auf der einen Seite dem Verwaltungsrat und auf der anderen Seite dem geschäftsführenden Direktor und den anderen Organen, die der Verwaltungsrat einrichtet, anzugeben.</p> <p>Die Verantwortung und Aufsichtspflicht des Verwaltungsrats kann nicht auf einen anderen übertragen werden. Gesetz (2001:932).</p> <p>Wie der Verwaltungsrat berufen wird</p> <p>§ 6 Der Verwaltungsrat wird von der Hauptversammlung berufen. In der Satzung darf vorgeschrieben werden, dass eines oder mehrere der Verwaltungsratsmitglieder, in Publikumsaktiengesellschaften jedoch weniger als die Hälfte aller, auf andere Art und Weise berufen wird. Dem</p>
---	--

<p>Verkställande direktör</p> <p>23 § I ett publikt aktiebolag skall styrelsen utse en verkställande direktör. I ett privat aktiebolag får styrelsen utse en verkställande direktör. Lag (1998:760).</p> <p>Den verkställande direktörens uppgifter</p> <p>25 § Den verkställande direktören skall sköta den löpande förvaltningen enligt styrelsens riktlinjer och anvisningar. Den verkställande direktören får dessutom utan styrelsens bemyndigande vidta åtgärder som med hänsyn till omfattningen och arten av bolagets verksamhet är av ovanlig beskaffenhet eller stor betydelse, om styrelsens beslut inte kan avvaktas utan väsentlig olägenhet för bolagets verksamhet. I sådana fall skall styrelsen så snart som möjligt underrättas om åtgärden.</p> <p>Den verkställande direktören skall vidta de åtgärder som är nödvändiga för att bolagets bokföring skall fullgöras i överensstämmelse med lag och för att medelsförvaltningen skall skötas på ett betryggande sätt.</p> <p>Styrelsen som bolagets ställföreträdare</p>	<p>Verwaltungsrat oder einem Verwaltungsratsmitglied darf nicht das Recht gegeben werden, Verwaltungsratsmitglieder zu berufen.</p> <p>Geschäftsführender Direktor</p> <p>§ 23 In einer Publikumsaktiengesellschaft hat der Verwaltungsrat einen geschäftsführenden Direktor zu bestimmen. In einer privaten Aktiengesellschaft darf der Verwaltungsrat einen geschäftsführenden Direktor bestimmen. Gesetz (1998:760).</p> <p>Die Aufgaben des geschäftsführenden Direktors</p> <p>§ 25 Der geschäftsführende Direktor hat die laufenden Geschäfte nach den Richtlinien und Anweisungen des Verwaltungsrates zu betreuen. Der geschäftsführende Direktor darf darüber hinaus ohne Genehmigung des Verwaltungsrates Maßnahmen ergreifen, die im Hinblick auf Umfang und Art der Tätigkeit der Gesellschaft von ungewöhnlicher Art oder großer Bedeutung sind, wenn der Beschluss des Verwaltungsrates nicht abgewartet werden kann, ohne dass dies für die Tätigkeit der Gesellschaft wesentliche Unannehmlichkeiten mit sich bringen würde. In solchen Fällen ist der Verwaltungsrat so schnell wie möglich über die Maßnahme zu unterrichten.</p> <p>Der geschäftsführende Direktor hat diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die erforderlich sind, damit die Buchführung der Gesellschaft in Übereinstimmung mit dem Gesetz erfolgen kann und damit die Verwaltung der Mittel auf zufriedenstellende Weise geschehen kann.</p> <p>Der Verwaltungsrat als Stellvertreter der Gesellschaft</p>
---	---

<p>29 § Styrelsen företräder bolaget och tecknar dess firma.</p>	<p>§ 29 Der Verwaltungsrat vertritt die Gesellschaft und zeichnet für sie.</p>
<p>Handlingar som enligt denna lag skall undertecknas av styrelsen skall skrivas under av minst hälften av hela antalet styrelseledamöter. Lag (1998:760).</p>	<p>Unterlagen, die nach diesem Gesetz vom Verwaltungsrat zu unterzeichnen sind, sind von mindestens der Hälfte der gesamten Anzahl Verwaltungsratsmitglieder zu unterzeichnen. Gesetz (1998:760).</p>
<p>Den verkställande direktören som bolagets ställföreträdare</p>	<p>Der geschäftsführende Direktor als Stellvertreter der Gesellschaft</p>
<p>30 § Den verkställande direktören får alltid företräda bolaget och teckna dess firma beträffande uppgifter som han skall sköta enligt 25 §. Lag (1998:760).</p>	<p>§ 30 Der geschäftsführende Direktor darf die Gesellschaft jederzeit vertreten und ist zeichnungsberechtigt in Angelegenheiten, die er gemäß § 25 zu betreuen hat. Gesetz (1998: 760).</p>
<p>Generella inskränkningar i ställföreträdares kompetens</p>	<p>Generelle Einschränkungen der Kompetenzen des Stellvertreters</p>
<p>34 § Styrelsen eller någon annan ställföreträdare för bolaget får inte företa en rättshandling eller någon annan åtgärd som kan ge en otillbörlig fördel åt en aktieägare eller någon annan till nackdel för bolaget eller någon annan aktieägare.</p>	<p>§ 34 Der Verwaltungsrat oder ein anderer Stellvertreter der Gesellschaft darf keine Rechtshandlung und keine andere Maßnahme vornehmen, durch die einem Gesellschafter oder einer anderen Person zum Nachteil der Gesellschaft oder eines anderen Aktionärs ein unangemessener Vorteil zuteil werden kann.</p>
<p>En ställföreträdare får inte heller följa en anvisning av bolagsstämman eller något annat bolagsorgan, om anvisningen inte gäller därför att den strider mot denna lag, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen. Lag (1998:760).</p>	<p>Ein Stellvertreter darf auch nicht eine Anweisung der Hauptversammlung oder eines anderen Gesellschaftsorgans befolgen, wenn die Anweisung deswegen ungültig ist, weil sie gegen dieses Gesetz, gegen das anwendbare Gesetz über den Jahresabschluss oder gegen die Satzung verstößt. Gesetz (1998:760).</p>
<p>Kompetensöverskridande</p>	<p>Kompetenzüberschreitung</p>
<p>35 § Om styrelsen eller en särskild firmatecknare har företagit en</p>	<p>§ 35 Wenn der Verwaltungsrat oder ein Sonderzeichnungsberechtigter eine</p>

<p>rättshandling för bolaget och därvid har handlat i strid med bestämmelserna i denna lag om bolagsorganens behörighet, gäller rättshandlingen inte mot bolaget. Detsamma är fallet om en verkställande direktör när en rättshandling företogs överskred sin behörighet enligt 30 § och bolaget visar att motparten insåg eller bort inse behörighetsöverskridandet.</p>	<p>Rechtshandlung für die Gesellschaft vorgenommen und dabei entgegen den Bestimmungen dieses Gesetzes über die Befugnisse der Gesellschaftsorgane gehandelt hat, ist diese Rechtshandlung gegenüber der Gesellschaft nicht wirksam. Dasselbe gilt, wenn ein geschäftsführender Direktor, als eine Rechtshandlung vorgenommen wurde, seine Befugnisse gemäß § 30 überschritten hat und die Gesellschaft zeigt, dass die Gegenseite diese Kompetenzüberschreitung erkannt hat oder hätte erkennen müssen.</p>
<p>En rättshandling gäller inte heller mot bolaget om styrelsen, den verkställande direktören eller en särskild firmatecknare har överskridit sin befogenhet och bolaget visar att motparten insåg eller bort inse befogenhetsöverskridandet. Detta gäller dock inte när styrelsen eller den verkställande direktören har överträtt en föreskrift om föremålet för bolagets verksamhet eller andra föreskrifter som har meddelats i bolagsordningen eller av ett annat bolagsorgan. Lag (1998:760).</p>	<p>Eine Rechtshandlung ist auch dann gegenüber der Gesellschaft nicht wirksam, wenn der Verwaltungsrat, der geschäftsführende Direktor oder ein Sonderzeichnungsberechtigter seine Befugnisse überschritten hat und die Gesellschaft zeigt, dass die Gegenseite diese Kompetenzüberschreitung erkannt hat oder hätte erkennen müssen. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Verwaltungsrat oder der geschäftsführende Direktor eine Vorschrift über den Gegenstand der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft oder andere Vorschriften der Satzung oder solche, die von einem anderen Gesellschaftsorgan erlassen worden sind, überschritten hat. Gesetz (1998:760).</p>
<p><i>9 kap. Bolagsstämma</i></p>	<p><i>Kapitel 9 Hauptversammlung</i></p>
<p>Klander av bolagsstämmobeslut</p>	<p>Anfechtung eines Beschlusses der Hauptversammlung</p>
<p>39 § Om ett bolagsstämmobeslut inte har tillkommit i behörig ordning eller på annat sätt strider mot denna lag, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen, får en aktieägare, styrelsen, en styrelseledamot eller den verkställande direktören föra talan mot bolaget om att beslutet skall upphävas eller ändras. Även den som styrelsen obehörigen har vägrat att föra in som</p>	<p>§ 39 Wenn ein Beschluss der Hauptversammlung nicht ordnungsgemäß zustande gekommen ist oder auf andere Weise gegen dieses Gesetz, gegen das anwendbare Gesetz über den Jahresabschluss oder gegen die Satzung verstößt, darf ein Aktionär, der Verwaltungsrat, ein Mitglied des Verwaltungsrates oder der geschäftsführende Direktor gegen die</p>

<p>aktieägare i aktieboken har rätt att föra en sådan talan. Lag (1998:760).</p>	<p>Gesellschaft auf Aufhebung oder Änderung des Beschlusses klagen. Auch derjenige, den der Verwaltungsrat unzulässigerweise nicht ins Aktienbuch eingetragen hat, hat das Recht, eine solche Klage zu erheben. Gesetz (1998:760).</p>
<p>40 § Talan enligt 39 § skall väckas inom tre månader från dagen för beslutet. Om talan inte väcks inom denna tid, är rätten till talan förlorad.</p>	<p>§ 40 Die Klage gemäß § 39 ist innerhalb von drei Monaten seit dem Tag des Beschlusses zu erheben. Wenn die Klage innerhalb dieser Zeit nicht erhoben wird ist das Klagerecht verloren.</p>
<p>Talan får väckas senare än vad som anges i första stycket när</p>	<p>Die Klage darf später als in Absatz 1 angegeben erhoben werden, wenn</p>
<p>1. beslutet är sådant att det inte lagligen kan fattas ens med alla aktieägares samtycke,</p>	<p>1. der Beschluss von solcher Art ist, dass er auch mit der Zustimmung sämtlicher Aktionäre nicht rechtmäßig gefasst werden kann,</p>
<p>2. samtycke till beslutet krävs av alla eller vissa aktieägare och något sådant samtycke inte har getts, eller</p>	<p>2. der Beschluss die Zustimmung aller oder bestimmter Aktionäre verlangt und eine solche Zustimmung nicht gegeben worden ist, oder</p>
<p>3. kallelse till bolagsstämman inte har skett eller de för bolaget gällande bestämmelserna om kallelse väsentligen har eftersatts.</p>	<p>3. Einberufung zur Hauptversammlung nicht erfolgt ist oder die für die Gesellschaft geltenden Bestimmungen über die Einberufung wesentlich missachtet wurden.</p>
<p>Bestämmelserna i andra stycket om tiden för att väcka talan gäller inte i fall som avses i 14 kap. 30 § första stycket. Lag (1998:760).</p>	<p>Die Bestimmungen in Absatz 2 über die Zeit der Klageerhebung gelten nicht in den Fällen, die in Kap. 14, § 30 Abs. 1 gemeint sind. Gesetz (1998:760).</p>
<p><i>10 kap. Revision</i></p>	<p><i>Kapitel 10 Revision</i></p>
<p>Antalet revisorer</p>	<p>Die Anzahl der Revisoren</p>
<p>1 § Ett aktiebolag skall ha minst en revisor. Lag (1998:760).</p>	<p>§ 1 Eine Aktiengesellschaft muss mindestens einen Revisor haben. Gesetz (1998:760).</p>
<p>Revisorns uppgifter</p>	<p>Aufgaben des Revisors</p>

<p>3 § Revisorn skall granska bolagets årsredovisning och bokföring samt styrelsens och den verkställande direktörens förvaltning. Granskningen skall vara så ingående och omfattande som god revisionssed kräver.</p> <p>Om bolaget är moderbolag, skall revisorn även granska koncernredovisningen och koncernföretagens inbördes förhållanden. Lag (1998:760).</p> <p>4 § Revisorn skall följa anvisningar som meddelas av bolagsstämman, om de inte strider mot lag, bolagsordningen eller god revisionssed. Lag (1998:760).</p> <p><i>12 kap. Vinstutdelning och annan användning av bolagets egendom</i></p> <p>1 § Utbetalning till aktieägarna av bolagets medel får ske endast enligt bestämmelserna i denna lag om vinstutdelning, förvärv av egna aktier, utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet, reservfonden eller överkursfonden och utskiftning vid bolagets likvidation.</p> <p>En aktie som innehas av bolaget självt medför inte rätt till utbetalning enligt första stycket.</p> <p>Om bolagets verksamhet helt eller delvis skall ha annat syfte än att bereda vinst åt aktieägarna, skall bolagsordningen innehålla bestämmelse om användning av vinst och behållna tillgångar vid bolagets likvidation. Lag (2000:66).</p>	<p>§ 3 Der Revisor hat den Jahresabschluss und die Buchführung der Gesellschaft sowie die Verwaltung des Verwaltungsrates und des geschäftsführenden Direktors zu prüfen. Die Prüfung hat so eingehend und umfassend zu erfolgen, wie es die gute Revisorensitte verlangt.</p> <p>Ist die Gesellschaft eine Muttergesellschaft, hat der Revisor auch die Konzernabrechnung und die Verhältnisse der Konzernunternehmen untereinander zu prüfen. Gesetz (1998:760).</p> <p>§ 4 Der Revisor hat Anweisungen, die von der Hauptversammlung erteilt werden, zu befolgen, sofern diese nicht gegen Gesetz, die Satzung oder die gute Revisorensitte verstoßen. Gesetz (1998:760).</p> <p><i>Kapitel 12 Gewinnausschüttung und andere Verwendung des Eigentums der Gesellschaft</i></p> <p>§ 1 Eine Auszahlung an die Aktionäre aus Mitteln der Gesellschaft darf nur nach den Bestimmungen dieses Gesetzes über Gewinnausschüttung, über den Erwerb eigener Aktien, über Auszahlungen im Zusammenhang mit der Herabsetzung des Stammkapitals, des Reservefonds oder des Überkursfonds und über Auszahlungen im Rahmen der Auflösung der Gesellschaft erfolgen.</p> <p>Eine Aktie, die die Gesellschaft selbst hält, berechtigt nicht zu einer Auszahlung nach Absatz 1.</p> <p>Wenn die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft ganz oder teilweise einen anderen Zweck verfolgen soll, als den Aktionären Gewinn zu verschaffen, muss die Satzung eine Bestimmung über die Verwendung des Gewinns und über</p>
---	--

<p>2 § Vinstutdelning till aktieägarna får inte överstiga vad som i fastställd balansräkning och, i fråga om moderbolag som skall upprätta koncernredovisning, i fastställd koncernbalansräkning för det senaste räkenskapsåret redovisas som bolagets eller koncernens nettovinst för året, balanserad vinst och fria fonder med avdrag för</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. redovisad förlust, 2. belopp som enligt lag eller bolagsordning skall avsättas till bundet eget kapital eller, i fråga om moderbolag, belopp som av det fria egna kapitalet i koncernen enligt årsredovisningarna för företag inom denna skall överföras till bundet eget kapital, 3. belopp som enligt bolagsordning annars skall användas för något annat ändamål än utdelning till aktieägarna. <p>Vinstutdelning får inte ske med så stort belopp att utdelningen med hänsyn till bolagets eller koncernens konsolideringsbehov, likviditet eller ställning i övrigt står i strid mot god affärssed. Förbud mot vinstutdelning i visst fall föreskrivs i 6 kap. 5 §. Lag (1995:1555).</p> <p>3 § Beslut om vinstutdelning fattas av bolagsstämman. Stämman får endast i den mån skyldighet därtill föreligger enligt andra stycket eller enligt bolagsordningen besluta om utdelning av större belopp än styrelsen föreslagit eller godkänt.</p>	<p>einbehaltene Einkünfte im Rahmen der Auflösung der Gesellschaft beinhalten. Gesetz (2000:66).</p> <p>§ 2 Eine Gewinnausschüttung darf den Betrag nicht übersteigen, der in einer festgestellten Bilanz und, im Falle einer Muttergesellschaft, die eine Konzernabrechnung zu erstellen hat, in einer festgestellten Konzernbilanz für das letzte Geschäftsjahr als Nettogewinn der Gesellschaft oder des Konzerns, als bilanzierter Gewinn und freie Fonds für dieses Jahr abgerechnet wurde, unter Abzug für</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. abgerechneten Verlust, 2. den Betrag, der nach Gesetz oder Satzung dem gebundenen eigenen Kapital zugeführt werden soll, oder, im Falle einer Muttergesellschaft, den Betrag, der von dem freien eigenen Kapital des Konzerns gemäß den Jahresabschlüssen für die Unternehmen dieses Konzerns zum gebundenen eigenen Kapital übertragen werden soll, 3. den Betrag, der nach der Satzung sonst für einen anderen Zweck als zur Austeilung an die Aktionäre verwendet werden soll. <p>Eine Gewinnausschüttung darf nicht einen so großen Betrag umfassen, dass sie im Hinblick auf einen eventuellen Konsolidierungsbedarf der Gesellschaft oder des Konzerns, ihrer bzw. seiner Liquidität oder Stellung im übrigen gegen die so genannte gute Geschäftssitte verstößt. Ein Verbot der Gewinnausschüttung in bestimmten Fällen ist in Kapitel 6, § 5 vorgesehen. Gesetz (1995:1555).</p> <p>§ 3 Der Beschluss über die Gewinnausschüttung wird von der Hauptversammlung gefasst. Die Versammlung darf nur in dem Umfang, wie dazu gemäß Absatz 2 oder gemäß der Satzung die Pflicht besteht, über einen größeren Austeilungsbetrag beschließen, als</p>
--	---

<p>Bolagsstämman skall på yrkande av ägare till minst en tiondel av samtliga aktier besluta utdelning av åtminstone ett belopp motsvarande hälften av vad som återstår av nettovinsten för året, sedan avdrag skett för balanserad förlust, som överstiger fria fonder, reservfond och överkursfond, och för belopp, som enligt lag eller bolagsordning skall avsättas till bundet eget kapital eller enligt bolagsordning annars skall användas för något annat ändamål än utdelning till aktieägarna. Ett sådant yrkande skall framställas på ordinarie stämma innan beslut om användning av vinsten fattas. Utdelning får inte ske i strid med 2 §. Stämman är inte skyldig att besluta högre utdelning än fem procent av bolagets egna kapital.</p> <p>[...]</p>	<p>ihn der Verwaltungsrat vorgeschlagen oder genehmigt hat.</p> <p>Die Hauptversammlung hat auf Verlangen der bzw. des Eigentümer(s) von mindestens einem Zehntel sämtlicher Aktien die Austeilung eines Betrages zu beschließen, der mindestens der Hälfte dessen entspricht, was vom Nettogewinn des Jahres übrig ist, nachdem ein Abzug vorgenommen worden ist für den bilanzierten Verlust, der freie Fonds, den Reservefond und den Überkursfond übersteigt, und für einen Betrag, der nach dem Gesetz oder der Satzung dem gebundenen eigenen Kapital zugeführt werden oder nach der Satzung sonst zu einem anderen Zweck als zur Austeilung an die Gesellschafter verwendet werden soll. Ein solches Verlangen ist auf einer ordentlichen Versammlung vorzubringen, bevor ein Beschluss über die Verwendung des Gewinns gefasst wird. Eine Austeilung darf nicht entgegen § 2 erfolgen. Sie Versammlung ist nicht verpflichtet, eine höhere Austeilung als 5 % des eigenen Kapitals der Gesellschaft zu beschließen.</p> <p>[...]</p>
<p>4 § Till reservfond skall avsättas belopp som</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. om reservfonden och överkursfonden tillsammans inte uppgår till tjugo procent av aktiekapitalet, motsvarar minst tio procent av den del av nettovinsten för året som inte går åt för att täcka balanserad förlust, 2. den för vilken aktie förverkats betalat till bolaget, 3. enligt 4 kap. 17 § skall tillfalla bolaget, 4. vid utbyte av fordran enligt skuldebrev mot aktie, motsvarar skillnaden mellan fordringsbeloppet och aktiens nominella belopp, 	<p>§ 4 An den Reservefond ist ein Betrag abzusetzen, der</p> <ol style="list-style-type: none"> 1., wenn der Reservefond und der Überkursfond zusammen nicht zwanzig Prozent des Stammkapitals ausmachen, mindestens zehn Prozent des Teils des Nettogewinns für das Jahr entspricht, der nicht zur Deckung des bilanzierten Verlusts benötigt wird, 2. von demjenigen, der der Aktienmitgliedschaft verlustig gegangen ist, an die Gesellschaft gezahlt worden ist, 3. gemäß Kapitel 4, § 17 der Gesellschaft zusteht, 4., bei einem Austausch einer Forderung aus einem Schuldschein gegen eine Aktie,

<p>5. enligt bolagsordningen skall avsättas till reservfonden,</p> <p>6. enligt beslut av bolagsstämman eljest skall överföras från det i balansräkningen redovisade fria egna kapitalet till reservfond.</p> <p>Vid beräkning av det belopp, som enligt första stycket 1 minst skall avsättas till reservfond, skall nettovinsten ökas med vad som kan ha tillerkänts styrelseledamot, verkställande direktör eller annan som tantiem.</p> <p>Nedsättning av reservfond eller överkursfond får enligt beslut av bolagsstämman endast ske för</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. täckande av sådan förlust enligt fastställd balansräkning som ej kan täckas av fritt eget kapital, 2. ökning av aktiekapitalet genom nyemission eller fondemission, eller 3. annat ändamål, om rätten med motsvarande tillämpning av 6 kap. 6 § ger tillstånd till nedsättningen. Lag (1995:1555). <p>5 § Sker utbetalning till aktieägare i strid mot denna lag, skall mottagaren återbära vad han har uppburit med ränta beräknad enligt 5 § räntelagen (1975:635) från det att utdelningen uppburits till dess att ränta skall betalas enligt 6 § räntelagen till följd av 3 eller 4 § samma lag. Om utbetalningen har skett i form av vinstutdelning, är dock mottagaren återbäringsskyldig endast om bolaget</p>	<p>der Differenz zwischen dem Forderungsbetrag und dem Nominalwert der Aktie entspricht,</p> <p>5. gemäß der Satzung an den Reservefond abzusetzen ist,</p> <p>6. gemäß einem Beschluss der Hauptversammlung auf andere Weise von dem in der Bilanz abgerechneten freien eigenen Kapital zum Reservefond übertragen werden soll.</p> <p>Bei Berechnung des Betrages, der gemäß Absatz 1 mindestens an den Reservefond abzusetzen ist, ist der Nettogewinn um den Betrag zu erhöhen, der einem Verwaltungsratsmitglied, dem geschäftsführenden Direktor oder einer anderen Person als Tantieme zuerkannt worden sein kann.</p> <p>Eine Herabsetzung des Reservefonds oder des Überkursfonds darf nach einem Beschluss der Hauptversammlung nur geschehen</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. zur Deckung eines solchen Verlustes gemäß einer festgestellten Bilanz, der nicht durch freies eigenes Kapital gedeckt werden kann, 2. zur Erhöhung des Stammkapitals durch Neuemission oder Fondemission, oder 3. zu einem anderen Zweck, wenn das Gericht unter entsprechender Anwendung von Kapitel 6, § 6 die Genehmigung zur Herabsetzung erteilt. Gesetz (1995:1555). <p>§ 5 Geschieht eine Auszahlung an Aktionäre entgegen diesem Gesetz, hat der Empfänger dasjenige zurückzugewähren, das er erlangt hat, und zwar mit Zinsen gemäß § 5 des Zinsgesetzes (1975:635) seit dem Zeitpunkt, da die Auszahlung vorgenommen wurde, bis zur Zahlung der Zinsen gemäß § 6 des Zinsgesetzes infolge von § 3 oder 4 desselben Gesetzes. Wurde die Auszahlung in Form einer</p>
--	--

<p>visar att han insåg eller bort inse att utbetalningen stred mot denna lag.</p> <p>För brist som uppkommer vid återbäringen är de som medverkat till beslutet om utbetalningen eller verkställande därav eller till upprättande eller fastställande av en till grund för beslutet liggande oriktig balansräkning ansvariga enligt 15 kap. 1-6 §§. Lag (1998:760).</p> <p>6 § Bolagsstämman äger besluta om gåva till allmännyttigt eller därmed jämförligt ändamål, om det med hänsyn till ändamålets beskaffenhet, bolagets ställning och omständigheterna i övrigt får anses skäligt. Styrelsen äger till sådant ändamål använda tillgång som med hänsyn till bolagets ställning är av ringa betydelse.</p> <p>7 § Aktiebolag får ej lämna penninglån till den som äger aktier i eller är styrelseledamot eller verkställande direktör i bolaget eller annat bolag i samma koncern. Detsamma gäller i fråga om penninglån till</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. den som är gift med eller är syskon eller släkting i rätt upp- eller nedstigande led till aktieägare, styrelseledamot eller verkställande direktör, 2. den som är besvägrad med sådan person i rätt upp- eller nedstigande led eller så att den ene är gift med den andres syskon, eller 3. juridisk person över vars verksamhet person som nämnts ovan har ett bestämmande inflytande. 	<p>Gewinnausschüttung vorgenommen, ist jedoch der Empfänger nur rückgewährpflichtig, wenn die Gesellschaft zeigt, dass er erkannt hat oder hätte erkennen müssen, dass die Auszahlung gegen dieses Gesetz verstieß.</p> <p>Für ein Defizit, das bei der Rückzahlung entsteht, haften diejenigen, die an dem Beschluss über die Auszahlung oder an dessen Umsetzung oder an der Erstellung oder Festsetzung einer dem Beschluss zugrunde liegenden Bilanz mitgewirkt haben, gemäß Kapitel 15, §§ 1-6. Gesetz (1998:760).</p> <p>§ 6 Die Hauptversammlung darf über eine Schenkung zu einem wohltätigen oder damit vergleichbaren Zweck beschließen, sofern dies unter Berücksichtigung der Beschaffenheit des Zwecks, der Stellung der Gesellschaft und den übrigen Umständen als angemessen anzusehen ist. Der Verwaltungsrat darf Einkünfte, die unter Berücksichtigung der Stellung der Gesellschaft von geringfügiger Bedeutung sind, zu solchen Zwecken verwenden.</p> <p>§ 7 Eine Aktiengesellschaft darf ihren eigenen Gesellschaftern, Verwaltungsratsmitgliedern oder geschäftsführenden Direktoren sowie Personen, die in einem Unternehmen desselben Konzerns eine der genannten Positionen innehaben, kein Darlehen gewähren. Dasselbe gilt für Darlehen an</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. denjenigen, der mit einem Aktionär, Verwaltungsratsmitglied oder geschäftsführenden Direktor verheiratet, verschwistert oder in gerade auf- oder absteigender Ordnung verwandt ist, 2. denjenigen, der mit einer solchen Person in gerade auf- oder absteigender Ordnung oder derart verschwägert ist, dass der eine mit den Geschwistern des anderen verheiratet ist, oder
---	--

<p>Bestämmelserna i första stycket gäller ej om</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. gäldenären är kommun eller landstingskommun, 2. gäldenären är företag i koncern i vilken det långivande bolaget ingår, 3. gäldenären driver rörelse och lånet betingas av affärsmässiga skäl samt är avsett uteslutande för gäldenärens rörelse, eller 4. gäldenären eller honom närstående fysisk eller juridisk person som avses i första stycket 1--3 är aktieägare samt det sammanlagda aktieinnehavet ej uppgår till en procent av aktiekapitalet i bolaget och ej heller, om bolaget ingår i koncern, till en procent av de sammanlagda aktiekapitalen i koncernbolagen. Första stycket tillämpas dock, om gäldenären eller juridisk person över vars verksamhet han har ett bestämmande inflytande eller båda tillsammans äger mer än 500 aktier i bolaget eller, om bolaget ingår i koncern, i koncernbolagen. <p>Aktiebolag får icke lämna penninglån i syfte att gäldenären eller honom närstående fysisk eller juridisk person som avses i första stycket 1--3 skall förvärva aktier i bolaget eller annat bolag i samma koncern.</p> <p>Är gäldenären anställd i bolaget eller i ett annat bolag i samma koncern gäller inte förbudet mot penninglån i tredje stycket, om</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. lånebeloppet jämte tidigare lån enligt detta stycke från bolaget eller annat bolag i samma koncern inte överstiger ett belopp som motsvarar två gånger gällande basbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring, 2. låneerbjudandet riktar sig till minst hälften av de anställda i bolaget och lånet skall återbetalas inom fem år genom 	<ol style="list-style-type: none"> 3. eine juristische Person, auf deren Geschäftstätigkeit eine der oben genannten Personen einen bestimmenden Einfluss hat. <p>Die Bestimmungen in Absatz 1 gelten nicht, wenn</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. der Schuldner eine Gemeinde oder eine Provinz ist, 2. der Schuldner ein Unternehmen in dem Konzern ist, dem die darlehensgebende Gesellschaft angehört, 3. der Schuldner in der Produktion tätig ist, das Darlehen geschäftsmäßig bedingt ist und der Schuldner das Darlehen ausschließlich für seinen Betrieb zu verwenden beabsichtigt, oder 4. der Schuldner oder eine ihm nahestehende natürliche oder juristische Person, die in Absatz 1, Ziffer 1 – 3 genannt ist, Gesellschafter ist und Aktien im Wert von insgesamt nicht mehr als einem Prozent des Stammkapitals der Gesellschaft und, wenn die Gesellschaft einem Konzern angehört, Aktien im Wert von insgesamt nicht mehr als einem Prozent des gesamten Stammkapitals der Konzerngesellschaften hält. Absatz 1 ist jedoch anzuwenden, wenn der Schuldner oder eine juristische Person, auf deren Geschäftstätigkeit er einen bestimmenden Einfluss hat, oder beide zusammen mehr als 500 Aktien der Gesellschaft, oder, falls die Gesellschaft einem Konzern angehört, der Konzerngesellschaften, halten. <p>Eine Aktiengesellschaft darf kein Darlehen zu dem Zwecke vergeben, dass der Schuldner oder eine ihm nahestehende natürliche oder juristische Person, die in Absatz 1, Ziffer 1 – 3 genannt ist, Aktien der Gesellschaft oder einer anderen Gesellschaft innerhalb desselben Konzerns erwerben wird.</p> <p>Ist der Schuldner in der Gesellschaft oder in einer anderen Gesellschaft innerhalb desselben Konzerns angestellt, gilt das</p>
--	--

<p>regelbundna amorteringar samt</p> <p>3. hinder mot lån inte föreligger vid en tillämpning av första och andra styckena, även om de aktier som skall förvärfas räknas med. Därvid skall dock det i första stycket angivna förbudet mot att lämna lån till styrelseledamot inte gälla i fråga om den som är styrelseledamot enligt bestämmelserna i lagen (1987:1245) om styrelserepresentation för de privatanställda.</p> <p>Lån enligt fjärde stycket får inte lämnas, om det sammanlagda beloppet av sådana lån därefter skulle överstiga bolagets fria egna kapital.</p> <p>Bestämmelserna i denna paragraf om förbud mot penninglån äger motsvarande tillämpning i fråga om ställande av säkerhet.</p> <p>Vid tillämpningen av denna paragraf likställes äktenskapsliknande samlevnad med äktenskap, om de sammanlevande tidigare har varit gifta med varandra eller har eller har haft barn gemensamt.</p> <p>Som aktieinnehav eller aktieförvärv enligt bestämmelserna i denna paragraf räknas inte innehav eller förvärv av andelar i en aktiefond eller i en aktiesparfond eller kapitalsparfond som inte är företagsanknuten. Lag (1994:802).</p>	<p>Darlehensverbot des Absatzes 3 nicht, wenn</p> <p>1. der Darlehensbetrag neben früher nach diesem Absatz von der Gesellschaft oder einer anderen Gesellschaft innerhalb desselben Konzerns gewährten Darlehen einen Betrag, der dem Zweifachen der Bemessungsgrundlage nach dem Gesetz (1962:381) über die Allgemeine Versicherung (lagen (1962:381) om allmän försäkring) entspricht, nicht übersteigt,</p> <p>2. sich das Darlehensangebot an mindestens die Hälfte der Angestellten der Gesellschaft richtet und das Darlehen innerhalb von fünf Jahren durch regelmäßige Tilgung zurückzuzahlen ist, sowie</p> <p>3. bei Anwendung der Absätze 1 und 2 ein Hindernis, das gegen das Darlehen spricht, nicht vorliegt, auch wenn die Aktien, die erworben werden sollen, mit einberechnet werden. Dabei ist jedoch das in Absatz 1 angegebene Verbot, einem Verwaltungsratsmitglied ein Darlehen zu gewähren, nicht auf solche Personen anzuwenden, die nach den Bestimmungen des Gesetzes (1987:1245) über die Verwaltungsratsrepräsentation privat Angestellter Verwaltungsratsmitglied sind.</p> <p>Darlehen nach Absatz vier dürfen nicht gewährt werden, wenn der Gesamtbetrag solcher Darlehen anschließend das freie eigene Kapital der Gesellschaft übersteigen würde.</p> <p>Die Bestimmungen dieses Paragraphen über Darlehensverbote sind auf die Gewährung von Sicherheiten entsprechend anzuwenden.</p> <p>Bei der Anwendung dieses Paragraphen wird ein eheähnliches Zusammenleben der Ehe gleichgestellt, sofern die Zusammenlebenden zuvor miteinander verheiratet waren oder gemeinsame Kinder haben oder hatten.</p> <p>Der Besitz oder Erwerb von Anteilen eines Aktienfonds oder eines Aktiensparfonds oder Kapitalsparfonds, der nicht</p>
---	---

<p>8 § I fråga om lån eller säkerhet för förvärv av aktier i bolaget eller annat bolag i samma koncern får Skatteverket medge undantag från 7 § om det behövs på grund av särskilda omständigheter. Vid förvärv av aktier i det bolag som lämnar lån eller ställer säkerhet får dock sådant undantag medges endast om bolaget är ett privat aktiebolag.</p> <p>I andra fall än som avses i första stycket får Skatteverket medge undantag från 7 § om det finns synnerliga skäl.</p> <p>När det gäller aktiebolag som står under Finansinspektionens tillsyn prövas frågor om undantag av Finansinspektionen.</p> <p>Bolagets kända borgenärer skall höras över ansökningen. Det behöver dock ej ske, om borgenärernas ställning uppenbarligen icke påverkas av att ansökningen bifalles. Om borgenär begär det, skall hans fordran betalas eller betryggande säkerhet ställas för den innan ansökningen får bifallas. Lag (2003:685).</p> <p><i>13 kap. Likvidation och konkurs</i></p> <p>17 § Om styrelsen har underlåtit att</p> <p>1. i enlighet med 12 § upprätta och låta</p>	<p>unternehmensgebunden ist, ist nicht als Aktienbesitz oder Aktienerwerb nach den Bestimmungen dieses Paragraphen anzusehen. Gesetz (1994:802).</p> <p>§ 8 Die Finanzbehörde darf in Bezug auf ein Darlehen oder ein Sicherheit zum Erwerb von Aktien der Gesellschaft oder einer anderen Gesellschaft innerhalb desselben Konzerns eine Ausnahmegenehmigung von § 7 erteilen, wenn dies aufgrund besonderer Umstände erforderlich ist. Bei einem Erwerb von Aktien der Gesellschaft, die das Darlehen oder die Sicherheit gewährt, darf eine solche Ausnahmegenehmigung nur erteilt werden, wenn die Gesellschaft eine private Aktiengesellschaft ist.</p> <p>In anderen als den in Absatz 1 genannten Fällen darf die Finanzbehörde eine Ausnahmegenehmigung von § 7 erteilen, sofern besondere Gründe vorliegen.</p> <p>Bei Aktiengesellschaften, die der Aufsicht durch die Finanzaufsichtsbehörde unterliegen, werden Ausnahmegenehmigungsangelegenheiten von der Finanzaufsichtsbehörde geprüft.</p> <p>Die bekannten Gläubiger der Gesellschaft sind zu dem Antrag zu hören. Dies braucht jedoch nicht zu geschehen, wenn die Stellung der Gläubiger dadurch, dass dem Antrag stattgegeben wird, offensichtlich nicht beeinträchtigt wird. Wenn ein Gläubiger dies verlangt, ist seine Forderung zu begleichen oder es ist eine zufriedenstellende Sicherheit zu gewähren, bevor dem Antrag stattgegeben wird. Gesetz (2003:685).</p> <p><i>Kapitel 13 Liquidation und Insolvenz</i></p> <p>§ 17 Hat es der Verwaltungsrat unterlassen,</p>
--	---

<p>bolagets revisor granska en kontrollbalansräkning enligt 13 §,</p> <p>2. i enlighet med 14 § sammankalla en första kontrollstämma,</p> <p>3. i enlighet med 16 § ansöka hos rätten om att bolaget skall gå i likvidation,</p> <p>svarar styrelsens ledamöter solidariskt för de förpliktelser som uppkommer för bolaget under den tid som underlåtenheten består.</p> <p>Den som med vetskap om styrelsens underlåtenhet handlar på bolagets vägnar svarar solidariskt med styrelsens ledamöter för de förpliktelser som därigenom uppkommer för bolaget.</p> <p>Ansvar enligt första och andra styckena gäller inte för den som visar att han eller hon inte har varit försumlig.</p> <p>I fall som avses i 12 § 1 gäller ansvaret enligt första stycket 1 endast om bolagets eget kapital, beräknat enligt 13 §, understeg hälften av bolagets registrerade aktiekapital vid den tidpunkt då styrelsens skyldighet att upprätta kontrollbalansräkning uppkom. Ansvaret gäller inte om bolagets eget kapital hade stigit över denna gräns efter den angivna tidpunkten men innan kontrollbalansräkningen senast skulle vara upprättad. Lag (2001:932).</p> <p><i>15 kap. Skadestånd m.m.</i></p> <p>Stiftares, styrelseledamots och</p>	<p>1. in Übereinstimmung mit § 12 eine Kontrollbilanz gemäß § 13 zu erstellen und von einem Revisor der Gesellschaft prüfen zu lassen,</p> <p>2. in Übereinstimmung mit § 14 eine erste Kontrollversammlung einzuberufen,</p> <p>3. in Übereinstimmung mit § 16 bei dem Gericht einen Antrag auf Eröffnung des Liquidationsverfahrens für die Gesellschaft zu stellen,</p> <p>haften die Mitglieder des Verwaltungsrates solidarisch für die Verpflichtungen, die der Gesellschaft in der Zeit entstehen, während der das Unterlassen andauert.</p> <p>Derjenige, der in Kenntnis des Unterlassens des Verwaltungsrates in Stellvertretung für die Gesellschaft handelt, haftet solidarisch mit den Verwaltungsratsmitgliedern für die Verpflichtungen, die der Gesellschaft dadurch entstehen.</p> <p>Die Haftung gemäß dem ersten und zweiten Absatz trifft nicht denjenigen, der zeigen kann, dass er oder sie nicht nachlässig gehandelt hat.</p> <p>In den Fällen des § 12, Ziffer 1 greift die Haftung gemäß Absatz 1 nur, wenn das eigene Kapital der Gesellschaft, berechnet nach § 13, zu dem Zeitpunkt, da die Pflicht des Verwaltungsrates, die Kontrollbilanz zu erstellen, entstanden ist weniger als die Hälfte des registrierten Stammkapitals der Gesellschaft ausmachte. Die Haftung greift nicht, wenn das eigene Kapital der Gesellschaft nach dem angegebenen Zeitpunkt, jedoch vor dem Zeitpunkt, zu dem die Kontrollbilanz spätestens errichtet gewesen sein sollte, diese Grenze überstiegen hätte. Gesetz (2001:932).</p> <p><i>Kapitel 15 Schadensersatz u.ä.</i></p> <p>Die Haftung eines Gründers,</p>
---	---

<p>verkställande direktörs skadeståndsansvar</p> <p>1 § En stiftare, styrelseledamot eller verkställande direktör som när han fullgör sitt uppdrag uppsåtligen eller av oaktsamhet skadar bolaget, skall ersätta skadan. Detsamma gäller när skadan tillfogas en aktieägare eller någon annan genom överträdelse av denna lag, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen. Lag (1998:760).</p>	<p>Verwaltungsratsmitglieds und geschäftsführenden Direktors für Schadensersatz</p> <p>§ 1 Ein Gründer, Verwaltungsratsmitglied oder geschäftsführender Direktor, der, wenn er seinem Auftrag nachkommt, vorsätzlich oder fahrlässig der Gesellschaft Schaden zufügt, hat diesen Schaden zu ersetzen. Dasselbe gilt, wenn der Schaden einem Aktionär oder einer anderen Person durch Übertretung dieses Gesetzes, des anzuwendenden Gesetzes über den Jahresabschluss oder der Satzung zugefügt wird. Gesetz (1998:760).</p>
<p>Talan om skadestånd till bolaget</p> <p>7 § Talan om skadestånd till bolaget enligt 1-3 §§ får väckas, om majoriteten eller en minoritet bestående av ägare till minst en tiondel av samtliga aktier vid bolagsstämma har biträtt ett förslag om att väcka en skadeståndstalan eller, när det gäller en styrelseledamot eller den verkställande direktören, har röstat mot ett förslag om ansvarsfrihet. Lag (1998:760).</p>	<p>Klage auf Schadensersatz an die Gesellschaft</p> <p>§ 7 Die Klage auf Schadensersatz an die Gesellschaft gemäß §§ 1 – 3 darf erhoben werden, wenn die Mehrheit oder eine Minderheit, die aus den Inhabern von mindestens einem Zehntel sämtlicher Aktien besteht, im Rahmen einer Hauptversammlung einem Vorschlag zur Erhebung einer Schadensersatzklage zugestimmt hat oder, wenn es ein Verwaltungsratsmitglied oder den geschäftsführenden Direktor betrifft, gegen einen Vorschlag zur Entlastung gestimmt hat. Gesetz (1998:760).</p>
<p>Tiden för väckande av talan</p> <p>10 § Talan för bolagets räkning mot en styrelseledamot eller den verkställande direktören om skadestånd på grund av beslut eller åtgärd under ett räkenskapsår skall väckas senast ett år från det att årsredovisningen och revisionsberättelsen för räkenskapsåret lades fram på bolagsstämman. Lag (1998:760).</p>	<p>Die Zeit zur Erhebung der Klage</p> <p>§ 10 Die Klage im Namen der Gesellschaft gegen ein Verwaltungsratsmitglied oder den geschäftsführenden Direktor auf Schadensersatz wegen eines Beschlusses oder einer Maßnahme während eines Geschäftsjahres ist spätestens ein Jahr nach dem Zeitpunkt zu erheben, zu dem der Jahresabschluss und der Abschlussprüfungsbericht für das Geschäftsjahr auf der Hauptversammlung vorgelegt wurde. Gesetz (1998:760).</p>

<p>13 § Talan för bolagets räkning enligt 1-3 §§ som inte grundas på brott får inte väckas mot</p> <p>[...]</p> <p>2. en styrelseledamot eller den verkställande direktören sedan fem år har förflutit från utgången av det räkenskapsår då beslut eller åtgärder som talan grundas på, fattades eller vidtogs,</p> <p>[...]</p> <p><i>19 kap. Straff och vite</i></p> <p>1 § Till böter eller fängelse i högst ett år döms den som</p> <p>[...]</p> <p>4. uppsåtligen eller av grov oaktsamhet bryter mot 12 kap. 7 eller 9 §.</p> <p>[...]</p> <p>Utän hinder av 35 kap. 1 § brottsbalken får påföljd för brott enligt första stycket 4 mot 12 kap. 7 § ådömas, om den misstänkte häktats eller erhållit del av åtal för brottet inom fem år från brottet.</p> <p>[...]</p>	<p>§ 13 Die Klage im Namen der Gesellschaft gemäß §§ 1 – 3, die nicht auf einer Straftat beruht, darf nicht erhoben werden gegen</p> <p>[...]</p> <p>2. ein Verwaltungsratsmitglied oder den geschäftsführenden Direktor, wenn fünf Jahre vergangen sind seit Ende des Geschäftsjahres, in dem der Beschluss oder die Maßnahme, auf dem bzw. der die Klage beruht, gefasst oder vorgenommen wurde,</p> <p>[...]</p> <p><i>Kapitel 19 Strafe und Geldstrafe</i></p> <p>§ 1 Zu einer Geldstrafe oder Gefängnisstrafe von höchstens einem Jahr wird verurteilt, wer</p> <p>[...]</p> <p>4. vorsätzlich oder grob fahrlässig gegen Kapitel 12, § 7 oder § 9 verstößt.</p> <p>[...]</p> <p>Ungeachtet Kapitel 35, § 1 Strafgesetzbuch darf eine Rechtsfolge für eine Straftat gemäß Absatz 1, Ziffer 4 gegen Kapitel 12, § 7 ausgeurteilt werden, wenn der Tatverdächtige verhaftet wurde oder innerhalb von fünf Jahren von der Anklage für diese Straftat Kenntnis erlangt hat.</p> <p>[...]</p>
---	---

Anlage 2 - Arbeitsübersetzung der im Rahmen dieser Arbeit relevanten Bestimmungen des schwedischen Jahresabschlussgesetzes Årsredovisningslag (1995:1554)

<p><u>Årsredovisningslag (1995:1554)</u> Utfärdad: 1995-12-14 Ändring införd: t.o.m. SFS 2004:583</p> <p><i>1 kap. Inledande bestämmelser</i></p> <p>Allmänna definitioner</p> <p>4 § Ett företag är moderföretag och en juridisk person är dotterföretag, om företaget</p> <p>1. innehar mer än hälften av rösterna för samtliga andelar i den juridiska personen,</p> <p>2. äger andelar i den juridiska personen och på grund av avtal med andra delägare i denna förfogar över mer än hälften av rösterna för samtliga andelar,</p> <p>3. äger andelar i den juridiska personen och har rätt att utse eller avsätta mer än hälften av ledamöterna i dess styrelse eller motsvarande ledningsorgan, eller</p> <p>4. äger andelar i den juridiska personen och har rätt att ensamt utöva ett bestämmande inflytande över denna på grund av avtal med den juridiska personen eller på grund av föreskrift i dess bolagsordning, bolagsavtal eller därmed jämförbara stadgar.</p> <p>Vidare är en juridisk person dotterföretag till moderföretaget, om ett annat dotterföretag till moderföretaget eller moderföretaget tillsammans med ett eller flera andra dotterföretag eller flera andra dotterföretag tillsammans</p> <p>1. innehar mer än hälften av rösterna för</p>	<p><u>Jahresabschlussgesetz (1995:1554)</u> Ausgefertigt: 14.12.1995 Änderungen berücksichtigt bis einschließlich Gesetz Nr. SFS 2004:583</p> <p><i>Kapitel 1 Einleitende Bestimmungen</i></p> <p>Allgemeine Definitionen</p> <p>§ 4 Ein Unternehmen ist Mutterunternehmen und eine juristische Person ist Tochterunternehmen, wenn das Unternehmen</p> <p>1. mehr als der Hälfte der Stimmen sämtlicher Anteile in der anderen juristischen Person innehat,</p> <p>2. Anteilseigner der juristischen Person ist und aufgrund eines Vertrages mit anderen Anteilseignern über mehr als die Hälfte der Stimmen sämtlicher Anteile verfügt,</p> <p>3. Anteilseigner der juristischen Person ist und das Recht hat, mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungsrates oder eines anderen, dem entsprechenden Führungsorgan der anderen Person einzusetzen oder abzusetzen oder</p> <p>4. Anteilseigner der anderen juristischen Person ist und aufgrund eines Vertrages mit der juristischen Person oder aufgrund einer Vorschrift in deren Satzung, Gesellschaftsvertrag oder damit vergleichbaren Vorschriften das Recht hat, alleine einen beherrschenden Einfluss auf die juristische Person auszuüben.</p> <p>Ferner ist eine juristische Person Tochterunternehmen eines Mutterunternehmens, wenn ein anderes</p>
--	---

<p>samtliga andelar i den juridiska personen,</p> <p>2. äger andelar i den juridiska personen och på grund av avtal med andra delägare i denna förfogar över mer än hälften av rösterna för samtliga andelar, eller</p> <p>3. äger andelar i den juridiska personen och har rätt att utse eller avsätta mer än hälften av ledamöterna i dess styrelse eller motsvarande ledningsorgan.</p> <p>Om ett dotterföretag äger andelar i en juridisk person och på grund av avtal med den juridiska personen eller på grund av föreskrift i dess bolagsordning, bolagsavtal eller därmed jämförbara stadgar har rätt att ensamt utöva ett bestämmande inflytande över den juridiska personen, är även denna dotterföretag till moderföretaget.</p> <p>Moderföretag och dotterföretag utgör tillsammans en koncern.</p> <p>Med koncernföretag avses i denna lag företag i samma koncern. Lag (1999:1112).</p> <p><i>5 kap. Tilläggsupplysningar</i></p> <p>Aktiebolags eget kapital</p>	<p>Tochterunternehmen des Mutterunternehmens oder das Mutterunternehmen zusammen mit einem oder mehreren Tochterunternehmen oder mehrere andere Tochterunternehmen zusammen</p> <p>1. mehr als der Hälfte der Stimmen sämtlicher Anteile in der juristischen Person innehat oder</p> <p>2. Anteilseigner der juristischen Person ist und aufgrund eines Vertrages mit anderen Anteilseignern über mehr als die Hälfte der Stimmen sämtlicher Anteile der juristischen Person verfügt oder</p> <p>3. Anteilseigner der juristischen Person ist und das Recht hat, mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungsrates oder eines diesem entsprechenden Führungsorgan der juristischen Person einzusetzen oder abzusetzen.</p> <p>Wenn ein Tochterunternehmen Anteilseigner einer juristischen Person ist und aufgrund eines Vertrages mit dieser juristischen Person oder aufgrund einer Vorschrift in deren Satzung, Gesellschaftsvertrag oder damit vergleichbaren Vorschriften das Recht hat, alleine einen beherrschenden Einfluss auf diese juristische Person auszuüben, ist auch dieses ein Tochterunternehmen des Mutterunternehmens.</p> <p>Mutterunternehmen und Tochterunternehmen bilden zusammen einen Konzern.</p> <p>Mit Konzernunternehmen sind in diesem Gesetz Unternehmen desselben Konzerns gemeint. Gesetz (1999:1112).</p> <p><i>Kapitel 5 Zusatzauskünfte</i></p> <p>Das eigene Kapital der Aktiengesellschaft</p>
---	--

<p>14 § Ett aktiebolags eget kapital skall delas upp i bundet eget kapital och fritt eget kapital eller ansamlad förlust. Under bundet eget kapital skall tas upp aktiekapital, överkursfond, uppskrivningsfond och reservfond. Under fritt eget kapital eller ansamlad förlust skall tas upp fria fonder, var för sig, balanserad vinst eller förlust samt vinst eller förlust för räkenskapsåret. Balanserad förlust och förlust för räkenskapsåret tas därvid upp som avdragsposter.</p> <p>Förändringar i eget kapital jämfört med föregående års balansräkning skall specificeras. Vid förvärv av egna aktier skall fritt eget kapital minska med utgiften för förvärvet. Vid överlåtelse av egna aktier skall fritt eget kapital öka med inkomsten från överlåtelsen.</p> <p>Vid aktiekapitalet skall antalet aktier anges. Består aktiekapitalet av aktier av olika slag, skall motsvarande uppgift lämnas för varje aktieslag. Lag (2000:73).</p>	<p>§ 14 Das eigene Kapital einer Aktiengesellschaft ist in gebundenes eigenes Kapital und freies eigenes Kapital oder angesammelten Verlust aufzuteilen. Unter dem gebundenen eigenen Kapital sind das Aktienkapital, der Überkursfond, der Höherbewertungsfond und der Reservefond aufzunehmen. Unter dem freien eigenen Kapital oder dem angesammelten Verlust sind freie Fonds, jeder für sich genommen, der bilanzierte Gewinn oder Verlust sowie Gewinn oder Verlust des Geschäftsjahres aufzunehmen. Bilanzierter Verlust und Verlust des Geschäftsjahres werden dabei als Abzugsposten aufgenommen.</p> <p>Veränderungen im eigenen Kapital im Vergleich zum Vorjahr sind zu spezifizieren. Bei einem Erwerb eigener Aktien ist das freie eigene Kapital um die Ausgaben für den Erwerb zu kürzen. Bei einer Übertragung eigener Aktien ist das freie eigene Kapital um die Einkünfte aus der Übertragung zu erhöhen.</p> <p>Bei dem Stammkapital ist die Anzahl Aktien anzugeben. Besteht das Stammkapital aus Aktien verschiedener Arten, ist eine entsprechende Auskunft zu jeder Aktienart zu geben. Gesetz (2000:73).</p>
---	---

Anlage 3 - Arbeitsübersetzung der im Rahmen dieser Arbeit relevanten Bestimmungen des schwedischen Strafgesetzbuches Brottsbalk (1962:700)

<p><u>Brottsbalk (1962:700)</u> Utfärdad: 1962-12-21 Ändring införd: t.o.m. SFS 2004:406</p> <p>FÖRSTA AVDELNINGEN</p> <p>Allmänna bestämmelser</p> <p><i>1 kap. Om brott och brottspåföljder</i></p> <p>2 § En gärning skall, om inte annat är särskilt föreskrivet, anses som brott endast då den begås uppsåtligen.</p> <p>[...]</p> <p>ANDRA AVDELNINGEN</p> <p>Om brotten</p> <p><i>10 kap. Om förskingring och annan trolöshet</i></p> <p>5 § Om någon, som på grund av förtroendeställning fått till uppgift att för någon annan sköta ekonomisk angelägenhet eller självständigt handha kvalificerad teknisk uppgift eller övervaka skötseln av sådan angelägenhet eller uppgift, missbrukar sin förtroendeställning och därigenom skadar huvudmannen, döms han för trolöshet mot huvudman till böter eller fängelse i högst två år. Vad som har sagts nu gäller inte, om gärningen är belagd med straff enligt 1--3 §§.</p>	<p><u>Strafgesetzbuch (1962:700)</u> Ausgefertigt: 21.12.1962 Änderungen berücksichtigt bis einschließlich Gesetz Nr. SFS 2004:406</p> <p>ERSTE ABTEILUNG</p> <p>Allgemeine Bestimmungen</p> <p><i>Kapitel 1 Über Straftaten und Rechtsfolgen bei Straftaten</i></p> <p>§ 2 Eine Tat ist, sofern nichts anderes speziell vorgeschrieben ist, nur dann als Straftat anzusehen, wenn sie vorsätzlich begangen wird.</p> <p>[...]</p> <p>ZWEITE ABTEILUNG</p> <p>Über die Straftaten</p> <p><i>Kapitel 10 Über Unterschlagung und andere Treulosigkeit</i></p> <p>§ 5 Wenn jemand, der aufgrund einer Vertrauensstellung die Aufgabe erhalten hat, für einen anderen eine finanzielle Angelegenheit zu betreuen oder selbständig eine qualifizierte technische Aufgabe zu besorgen oder die Verwaltung einer solchen Angelegenheit oder Aufgabe zu überwachen, diese Vertrauensstellung missbraucht und dadurch dem Geschäftsherrn Schaden zufügt, wird er wegen Treulosigkeit gegenüber dem Geschäftsherrn zu einer Geldstrafe oder zu einer Gefängnisstrafe von höchstens zwei</p>
---	--

<p>Är brottet grovt, skall dömas till fängelse, lägst sex månader och högst sex år. Vid bedömande huruvida brottet är grovt skall särskilt beaktas, om gärningsmannen begagnat falsk handling eller vilseledande bokföring eller tillfogat huvudmannen betydande eller synnerligen kännbar skada.</p> <p>Missbrukar någon, som fått till uppgift att sköta rättslig angelägenhet för någon annan, till förfång för huvudmannen sin förtroendeställning, döms han enligt första stycket, även om angelägenheten inte är av ekonomisk eller teknisk art. Lag (1986:123).</p>	<p>Jahren verurteilt. Was soeben gesagt wurde, gilt nicht, wenn die Tat nach §§ 1 – 3 mit Strafe bewehrt ist.</p> <p>Ist die Straftat grob, wird zu Gefängnis verurteilt, wenigstens sechs Monate und höchstens sechs Jahre. Bei der Beurteilung, inwiefern die Straftat grob ist, ist insbesondere zu beachten, ob sich der Täter gefälschter Unterlagen oder irreführender Buchführung bedient hat oder ob er dem Geschäftsherrn bedeutenden oder besonders fühlbaren Schaden zugefügt hat.</p> <p>Missbraucht jemand, der es zur Aufgabe bekommen hat, eine rechtliche Angelegenheit für einen anderen zu besorgen, zum Nachteil für den Geschäftsherrn seine Vertrauensstellung, wird er nach Absatz 1 bestraft, auch wenn die Angelegenheit nicht finanzieller oder technischer Art ist. Gesetz (1986:123).</p>
<p><i>11 kap. Om brott mot borgenärer m.m.</i></p>	<p><i>Kapitel 11 Über Straftaten gegen Gläubiger u.ä.</i></p>
<p>1 § Den som, när han är på obestånd eller när påtaglig fara föreligger för att han skall komma på obestånd, förstör eller genom gåva eller någon annan liknande åtgärd avhänder sig egendom av betydande värde, döms för oredlighet mot borgenärer till fängelse i högst två år. Detsamma skall gälla om någon genom sådant förfarande försätter sig på obestånd eller framkallar påtaglig fara för att han skall komma på obestånd.</p> <p>[...]</p>	<p>§ 1 Derjenige, der, wenn er zahlungsunfähig ist oder wenn eine offensichtliche Gefahr vorliegt, dass er zahlungsunfähig wird, Eigentum von bedeutendem Wert zerstört oder sich dessen durch Schenkung oder eine ähnliche Maßnahme enteignet, wird wegen Unredlichkeit gegenüber Gläubigern zu einer Gefängnisstrafe von höchstens zwei Jahren verurteilt. Dasselbe gilt, wenn sich jemand durch ein solches Vorgehen in Zahlungsunfähigkeit versetzt oder eine offensichtliche Gefahr dafür schafft, dass er zahlungsunfähig werden wird.</p> <p>[...]</p>
<p>3 § Den som, när han är på obestånd eller när påtaglig fara föreligger för att han skall komma på obestånd, fortsätter rörelse</p>	<p>§ 3 Derjenige, der, wenn er zahlungsunfähig ist oder wenn eine offensichtliche Gefahr vorliegt, dass er</p>

<p>under förbrukande av avsevärda medel utan motsvarande nytta för rörelsen eller lever slösaktigt eller inlåter sig på äventyrligt företag eller lättsinnig ansvarsförbindelse eller vidtar annan sådan åtgärd och därigenom uppsåtligen eller av grov oaktsamhet försämrar sin förmögenhetsställning i avsevärd mån, döms för vårdslöshet mot borgenärer till fängelse i högst två år. Vad som nu sagts skall gälla även om gärningsmannen inte insåg men hade skälig anledning anta att han var på obestånd eller att påtaglig fara förelåg för att han skulle komma på obestånd.</p>	<p>zahlungsunfähig wird, den Betrieb unter Verbrauch von erheblichen Mitteln ohne einen entsprechenden Nutzen für den Betrieb weiter betreibt oder verschwenderisch lebt oder sich auf abenteuerliche Unternehmungen oder leichtsinnige Haftungsverpflichtungen einlässt oder eine andere solche Maßnahme vornimmt und dadurch seine Vermögenssituation vorsätzlich oder grob fahrlässig erheblich verschlechtert, wird wegen Nachlässigkeit gegenüber Gläubigern zu einer Gefängnisstrafe von höchstens zwei Jahren verurteilt. Was soeben gesagt wurde, gilt auch, wenn der Täter nicht erkannt hat, aber angemessenen Anlass dazu hatte, anzunehmen, dass er zahlungsunfähig war oder dass eine offensichtliche Gefahr vorlag, dass er zahlungsunfähig werden würde.</p>
<p>[...]</p>	<p>[...]</p>
<p>4 § Den som, då han är på obestånd, gynnar viss borgenär genom att betala skuld som ej är förfallen, betala med annat än sedvanliga betalningsmedel eller överlämna säkerhet som ej var betingad vid skuldens tillkomst eller genom att vidta annan sådan åtgärd, döms, om åtgärden medför påtaglig fara för att andra borgenärs rätt skall förringas avsevärt, för mannamån mot borgenärer till fängelse i högst två år. Detsamma skall gälla om någon som är på obestånd i otillbörligt syfte gynnar viss borgenär på annat sätt än som nyss sagts och detta medför påtaglig fara för att andra borgenärs rätt skall förringas avsevärt.</p>	<p>§ 4 Derjenige, der, wenn er zahlungsunfähig ist, einen bestimmten Gläubiger dadurch begünstigt, dass er eine Forderung begleicht, die nicht fällig ist, mit anderen als den üblichen Zahlungsmitteln zahlt oder eine Sicherheit gewährt, die bei Entstehung der Forderung nicht bedungen war oder indem er eine andere solche Maßnahme vornimmt, wird, wenn die Maßnahme eine offensichtliche Gefahr dafür mit sich bringt, dass das Recht anderer Gläubiger bedeutend geschmälert wird, wegen Gläubigerbegünstigung zu einer Gefängnisstrafe von höchstens zwei Jahren verurteilt. Dasselbe gilt, wenn jemand, der zahlungsunfähig ist, in ungebührlicher Absicht einen bestimmten Gläubiger auf andere Weise als soeben gesagt wurde begünstigt und dies eine offensichtliche Gefahr dafür mit sich bringt, dass das Recht anderer Gläubiger bedeutend geschmälert wird.</p>
<p>[...]</p>	<p>[...]</p>
<p>8 § Vårdslöshet mot borgenärer enligt 3 §</p>	<p>§ 8 Nachlässigkeit gegenüber Gläubigern</p>

<p>första stycket må åtalas av åklagare endast om åtal finnes påkallat ur allmän synpunkt. Lag (1982:150).</p>	<p>gemäß § 3 Absatz 1 darf von der Staatsanwaltschaft nur angeklagt werden, wenn eine Anklage aus öffentlicher Sicht erforderlich erscheint. Gesetz (1982:150).</p>
<p><i>24 kap. Om allmänna grunder för ansvarsfrihet</i></p>	<p><i>Kapitel 24 Über allgemeine Gründe für Strafflosigkeit</i></p>
<p>7 § En gärning som någon begår med samtycke från den mot vilken den riktas utgör brott endast om gärningen, med hänsyn till den skada, kränkning eller fara som den medför, dess syfte och övriga omständigheter, är oförsvarlig. Lag (1994:458).</p>	<p>§ 7 Eine Tat, die jemand mit dem Einverständnis desjenigen begeht, gegen den sie gerichtet ist, ist nur dann eine Straftat, wenn die Tat unter Berücksichtigung des Schadens, der Kränkung oder Gefahr, die sie mit sich bringt, ihrem Zweck und übrigen Umständen, unverantwortlich ist. Gesetz (1994:458).</p>

Anlage 4 - Arbeitsübersetzung der im Rahmen dieser Arbeit relevanten Bestimmungen des schwedischen Schadensersatzgesetzes Skadeståndslag (1972:207)

<p><u>Skadeståndslag (1972:207)</u> Utfärdad: 1972-06-02 Ändring införd: t.o.m. SFS 2000:126 Omtryck: SFS 2001:732</p> <p><i>1 kap. Inledande bestämmelser</i></p> <p>1 § I denna lag meddelade bestämmelser om skadestånd tillämpas, om ej annat är särskilt föreskrivet eller föranledes av avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden.</p> <p>2 § Med ren förmögenhetsskada förstås i denna lag sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada.</p> <p><i>2 kap. Skadeståndsansvar på grund av eget vållande</i></p> <p>2 § Den som vållar ren förmögenhetsskada genom brott skall ersätta skadan. Lag (2001:732).</p>	<p><u>Schadensersatzgesetz (1972:207)</u> Ausgefertigt: 02.06.1972 Änderungen berücksichtigt bis einschließlich Gesetz Nr. SFS 2001:126 Neudruck: SFS 2001:732</p> <p><i>Kapitel 1 Einleitende Bestimmungen</i></p> <p>§ 1 In diesem Gesetz mitgeteilte Bestimmungen über Schadensersatz werden angewandt, wenn nichts anderes gesondert vorgeschrieben ist oder sich aus einem Vertrag ergibt oder im Übrigen aus den Regeln über Schadensersatz in Vertragsverhältnissen folgt.</p> <p>§ 2 Unter reinem Vermögensschaden wird in diesem Gesetz ein solcher finanzieller Schaden verstanden, der unabhängig davon entsteht, dass jemand einen Personen- oder Sachschaden erleidet.</p> <p><i>Kapitel 2 Schadensersatzhaftung aufgrund von eigenem Verschulden</i></p> <p>§ 2 Wer durch eine Straftat einen reinen Vermögensschaden verschuldet, hat diesen Schaden zu ersetzen. Gesetz (2001:732).</p>
---	--

Anlage 5 - Arbeitsübersetzung der im Rahmen dieser Arbeit relevanten Bestimmungen des schwedischen Vertragsgesetzes Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (avtalslag)

<p><u>Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (avtalslag)</u> Utfärdad: 1915-06-11 Ändring införd: t.o.m. SFS 1994:1513</p> <p><i>3 kap. Om rättshandlingars ogiltighet</i></p> <p>33 § Rättshandling, som eljest vore att såsom giltig anse, må ej göras gällande, där omständigheterna vid dess tillkomst voro sådana, att det skulle strida mot tro och heder att med vetskap om dem åberopa rättshandlingen, och den, gentemot vilken rättshandlingen företogs, måste antagas hava ägt sådan vetskap.</p>	<p><u>Gesetz (1915:218) über Verträge und andere Rechtshandlungen auf dem Gebiet des Vermögensrechts (Vertragsgesetz)</u> Ausgefertigt: 11.06.1915 Änderungen berücksichtigt bis einschließlich Gesetz Nr. SFS 1994:1513</p> <p><i>Kapitel 3 Über die Unwirksamkeit von Rechtshandlungen</i></p> <p>§ 33 Auf eine Rechtshandlung, die sonst als wirksam anzusehen wäre, kann sich nicht berufen werden, wenn die Umstände bei ihrer Entstehung derart waren, dass es gegen Treu und Glauben verstoßen würde, mit dem Wissen um sie sich auf diese Rechtshandlung zu berufen, und anzunehmen ist, dass derjenige, gegenüber dem die Handlung vorgenommen wurde, solche Kenntnis hatte.</p>
--	--

Anlage 6 - Arbeitsübersetzung der im Rahmen dieser Arbeit relevanten Bestimmungen des schwedischen Konkursgesetzes Konkurslag (1987:672)

<p><u>Konkurslag (1987:672)</u> Utfärdad: 1987-06-11 Ändring införd: t.o.m. SFS 2004:431</p> <p><i>1 kap. Inledande bestämmelser</i></p> <p>2 § [...]</p> <p>Med obestånd (insolvens) avses att gäldenären inte kan rätteligen betala sina skulder och att denna oförmåga inte är endast tillfällig.</p>	<p><u>Konkursgesetz (1987:672)</u> Ausgefertigt: 11.06.1987 Änderungen berücksichtigt bis einschließlich Gesetz Nr. SFS 2004:431</p> <p><i>Kapitel 1 Einleitende Bestimmungen</i></p> <p>§ 2 [...]</p> <p>Mit Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz) ist gemeint, dass der Schuldner seine Schulden nicht ordnungsgemäß begleichen kann und dass dieses Unvermögen nicht nur vorübergehend ist.</p>
---	---

Anlage 7 - Arbeitsübersetzung der im Rahmen dieser Arbeit relevanten Bestimmungen des schwedischen Verjährungsgesetzes Preskriptionslag (1981:130)

<p><u>Preskriptionslag (1981:130)</u> Utfärdad: 1981-01-29 Oförändrad</p> <p>2 § En fordran preskriberas tio år efter tillkomsten, om inte preskriptionen avbryts dessförinnan.</p> <p>[...]</p> <p>3 § En fordran på skadestånd i anledning av brott preskriberas ej före utgången av tiden för åtalspreskription, om inte frågan om ansvar för brottet har avgjorts dessförinnan. Har så skett, preskriberas fordringen ett år efter den dag dom eller slutligt beslut meddelas, om inte preskriptionstiden går ut senare enligt 2 §. Om någon har häktats eller erhållit del av åtal för brott före utgången av tiden för åtalspreskription men ansvarsfrågan inte har avgjorts dessförinnan, preskriberas en fordran på skadestånd i anledning av brottet tidigast ett år efter den dag dom eller slutligt beslut meddelas.</p>	<p><u>Verjährungsgesetz (1981:130)</u> Ausgefertigt: 29.01.1981 Unverändert</p> <p>§ 2 Eine Forderung verjährt zehn Jahre nach ihrer Entstehung, wenn die Verjährung nicht vorher abgebrochen wird.</p> <p>[...]</p> <p>§ 3 Eine Forderung auf Schadensersatz in Folge einer Straftat verjährt nicht vor Ende der Zeit der Anklageverjährung, sofern nicht die Frage der Verantwortung für die Straftat zuvor entschieden worden ist. Ist dies geschehen, verjährt die Forderung ein Jahr nach dem Tag, an dem das Urteil oder der verfahrensbeendende Beschluss verkündet wird, sofern die Verjährungszeit nicht gemäß § 2 später endet. Ist jemand in Untersuchungshaft genommen worden oder hat von der Anklageerhebung Kenntnis erlangt, bevor die Zeit der Anklageverjährung ausläuft, aber ist die Frage der Verantwortung zuvor nicht entschieden worden, verjährt eine Forderung auf Schadensersatz in Folge der Straftat frühestens ein Jahr nach dem Tag, an dem das Urteil oder der verfahrensbeendende Beschluss verkündet wird.</p>
--	---

LITERATURVERZEICHNIS

Kommentare und Handbücher:

- Andersson, Sten;
Johansson, Svante;
Skog, Rolf** Aktiebolagslagen, en kommentar, del I, 1-9 kap.,
Stockholm 2000
- Andersson, Sten;
Johansson, Svante;
Skog, Rolf** Aktiebolagslagen, en kommentar, del II, 10-19 kap.,
Stockholm 2000
- Baumbach, Adolf;
Hueck, Alfred** GmbH-Gesetz, 17. Auflage, München 2000
- Centrale für GmbH Dr.
Otto Schmidt** GmbH-Handbuch I: Gesellschaftsrecht, Rechnungswesen,
Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Verträge und
Formulare, 15. Auflage, Köln 1998
- Creifelds, Carl** Rechtswörterbuch, 13. Auflage, München 1995
- Emmerich, Volker;
Habersack, Mathias** Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 3. Auflage, München
2003
- Geßler, Ernst;
Hefermehl, Wolfgang** Aktiengesetz, Band VI, §§ 291-410, 18. Lieferung,
München 1994
- Holmqvist, Lena;
Leijonhufvud, Madeleine;
Träskman, Per Ole;
Wennberg, Suzanne** Brottsbalken, en kommentar, Del I (1-12 kap.), Brotten
mot person och förmogenhetsbrotten m.m., 7. Auflage,
Stockholm 1998
- Henn, Günter** Handbuch des Aktienrechts, 6. Auflage, Heidelberg 1998
- Hoffmann-Becking,
Michael** Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4,
Aktiengesellschaft, 2. Auflage, München 1999
- Hölters, Wolfgang (Hrsg.)** Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs,
4. Auflage, Köln 1996
- Hüffer, Uwe** Aktiengesetz, 5. Auflage, München 2002
- Jähnke, Burkhard;
Laufhütte, Heinrich
Wilhelm;
Odersky, Walter** StGB, Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11.
Auflage, 21. Lieferung: §§ 283-283 d, Berlin Neuwied
1996
- Kropff, Bruno;
Semler, Johannes** Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, §§ 1 -
53, 2. Auflage, München 2000

- Kropff, Bruno;
Semler, Johannes** Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, §§ 53a – 75, 2. Auflage, München 2003
- Kropff, Bruno;
Semler, Johannes** Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 8, §§ 278 – 328, 2. Auflage, München 2000
- Lindskog, Stefan** JF-Kommentaren Aktiebolagslagen 12:e och 13:e kapitlet, Kapitalskydd och likvidation, 2. Auflage, Stockholm 1995
- Lutter, Marcus
Hommelhoff, Peter** GmbH-Gesetz, Kommentar, 15. Auflage, Köln 2000
- Lutter, Marcus;
Scheffler, Eberhard;
Schneider, Uwe H.** Handbuch der Konzernfinanzierung, Köln 1998
- Priester, Hans-Joachim;
Mayer, Dieter** Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, München 1996
- Raiser, Thomas** Recht der Kapitalgesellschaften: ein Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 3. Auflage, München 2001
- Römermann, Volker** Münchener Anwalts-Handbuch GmbH-Recht, München 2002
- Roth, Günter H.;
Altmeppen, Holger** GmbHG, Kommentar, 4. Auflage, München 2003
- Rowedder, Heinz;
Schmidt-Leithoff,
Christian** Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, 4. Auflage, München 2002
- Schimansky, Herbert;
Bunte, Hermann-Josef;
Lwowski, Hans-Jürgen** Bankrechts-Handbuch, Band II, 2. Auflage, München 2001
- Scholz, Franz** Kommentar zum GmbHG: mit Nebengesetzen und den Anhängen Konzernrecht sowie Umwandlung und Verschmelzung, I. Band, §§ 1-44, Anh. Konzernrecht, 9. Auflage, Köln 2000
- Scholz, Franz** Kommentar zum GmbHG: mit Nebengesetzen und den Anhängen Konzernrecht sowie Umwandlung und Verschmelzung, II. Band, §§ 45-87, Anh. Konzernrecht, 9. Auflage, Köln 2002
- Svensson, Bo;
Danelius, Johan
Tröndle, Herbert;
Fischer, Thomas** Aktiebolagslagen, Lagkommentar, 15. Auflage, Göteborg 2002
Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 51. Auflage, München 2003

- Ulmer, Peter (Hrsg.)** GmbHG, Großkommentar/Hachenburg, Zweiter Band, §§ 35-52, 8. Auflage, Berlin, New York 1997
- Ulmer, Peter (Hrsg.)** GmbHG, Großkommentar/Hachenburg, Dritter Band, §§ 53-85, Register, 8. Auflage, Berlin, New York 1997
- Ulmer, Peter** Probleme des Konzernrechts: Symposion zum 80. Geburtstag von Wolfgang Schilling, Heidelberg 1989
- Zöllner, Wolfgang** Kölner Kommentar zum AktG, Band 1, §§ 1-75 AktG, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1988
- Zöllner, Wolfgang** Kölner Kommentar zum AktG, Band 2, §§ 76-117 AktG, und Mitbestimmung im Aufsichtsrat, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1996

Lehrbücher, Monografien etc.:

- Altmeyden, Holger** Die Haftung des Managers im Konzern, München 1998
- Andersson, Jan** Om vinstutdelning från aktiebolag, en studie av aktiebolagsrättsliga skyddsregler, Uppsala 1995
- Andersson, Jan** Kapitalskyddet i aktiebolag, en lärobok, 4. Auflage, Uppsala 2002
- Åhman, Ola** Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten, om aktiebolags ställföreträdare och gränserna för deras representationsrätt, Uppsala 1997
- Ballerstedt, Kurt** Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften- Eine gesellschaftsrechtliche Betrachtung, Tübingen 1949
- Bergström, Clas; Samuelsson, Per** Aktiebolagets grundproblem, En rättsekonomisk analys, Malmö 1997
- Brockfeld, Eckart** Darlehen der AG und der GmbH an ihre Gesellschafter, Rheinfelden 1987
- Cahn, Andreas** Kapitalerhaltung im Konzern, Köln, Berlin, Bonn, München 1998
- Danielsson, Erik** Aktiekapitalet, Kristianstad 1952
- Dotevall, Rolf** Bolagsledningens skadeståndsansvar, Stockholm 1999

Drücke, Heiner	Die Haftung der Muttergesellschaft für Schulden der Tochtergesellschaft: eine Untersuchung nach deutschem und US-amerikanischem Recht, Köln 1990
Emmerich, Volker; Sonnenschein, Jürgen; Habersack, Mathias	Konzernrecht, Das Recht der verbundenen Unternehmen bei Aktiengesellschaft, GmbH, Personengesellschaften, Genossenschaft, Verein und Stiftung, 7. Auflage, München 2001
Forster, Karl-Heinz; Grunewald, Barbara; Lutter, Marcus; Semler, Johannes	Aktien- und Bilanzrecht: Festschrift für Bruno Kropff, Düsseldorf 1997
Grosskopf, Göran	Vinstbolag, aktiebolags- och skatterättsliga frågor, 2. Auflage, Malmö 1989
Grunewald, Barbara	Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Tübingen 1999
Harbers, Nicolas K.	Zivilrechtliche Probleme beim Management Buy-Out, München 1992
Hemström, Carl	Bolagens rättsliga ställning, Om enkla bolag, handelsbolag, kommanditbolag och aktiebolag, 5. Auflage, Stockholm 2002
Hormuth, Mark W.	Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, Berlin 1998
Hüffer, Uwe	Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, München 1996
Johansson, Svante	Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag, 8. Auflage, Stockholm 2002
Jula, Rocco	Die Haftung von GmbH-Geschäftsführern und Aufsichtsräten, Berlin, Heidelberg 1998
Kleffner, Thomas	Erhaltung des Stammkapitals und Haftung nach §§ 30, 31 GmbHG, Berlin 1994
Knobbe-Keuk, Brigitte (Hrsg.)	Festschrift für Dr. Dr. h.c. Georg Döllerer, Düsseldorf 1988
Kühbacher, Uli	Darlehen an Konzernunternehmen- Besicherung und Vertragsanpassung, Berlin 1993
Löfmarck, Madeleine	Brotten mot borgenärer – tolkning och tillämpning av straffbestämmelserna i 11 kap. Brottsbalken, 2. Auflage, Stockholm 1988
Lutter, Marcus (Hrsg.)	Festschrift für Robert Fischer, Berlin, New York 1979

- Lutter, Marcus (Hrsg.)** Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Köln 1992
- Lwowski, Hans-Jürgen** Das Recht der Kreditsicherung, 8. Auflage, Berlin 2000
- Medicus, Dieter** Bürgerliches Recht, 19. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2002
- Mülbert, Peter** Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt: die Aktionärsrechte bei Bildung und Umbildung einer Unternehmensgruppe zwischen Verbands- und Anlegerschutzrecht, 2. Auflage, München 1996
- Müllern, Mats;
Lindskog, Stefan;
Unger, Sven** Festschrift till Sveriges Advokatsamfund, Stockholm 1987
- Nerep, Erik** Aktiebolagsrättsliga studier- särskilt om kapitalskyddet, Stockholm 1994
- Nial, Håkan** Aktiebolags och andra företags borgensförbindesler, Förutsättningarna för deras rättsliga giltighet, 3. Auflage, Stockholm 1979
- Posselius, Elisabet;
Grosskopf, Göran;
Gometz, Ulf; Huldén,
Lennart** Skyddet för aktiebolagets egna kapital, 4. Auflage, Stockholm 2000
- Rodhe, Knut; Skog, Rolf** Aktiebolagsrätt, 20. Auflage, Stockholm 2002
- Rodhe, Knut** Förtäckt vinstutdelning från aktiebolag, Stockholm 1973
- Rodhe, Knut** Studier i bolags- och krediträtt, skrifter i urval 1944-1989, Stockholm 1989
- Schmidt, Karsten** Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1997
- Schneider, Uwe Helmut** Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag: deutsches und europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht, Köln 2000
- Schön, Wolfgang (Hrsg.)** Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997
- Shin, Hyun-Yoon** Die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder im Konzernverhältnis: ein Beitrag zum Rechtsvergleich zwischen Korea, Deutschland und der EG sowie Anregungen für ein künftiges koreanisches Konzernrecht, Pfaffenweiler 1989

Sotiropoulos, Georgios	Kredite und Kreditsicherheiten der GmbH zugunsten ihrer Gesellschafter und nahestehender Dritter, eine Studie zu §§ 30, 43a GmbHG, Heidelberg 1996
Taxell, Lars Erik	Bolagsledningens ansvar, några riktlinjer, 4. Auflage, Åbo 2001
Tieves, Johannes	Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, Köln 1998
Vetter, Jochen; Stadler, Christoph	Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, Köln 2003
Walin, Gösta	Borgen och tredjemanspant, Stockholm 1984

Aufsätze:

Abramenko, Andrik	Die Sicherheitsleistung einer GmbH für Gesellschafter und der Kapitalerhaltungsgrundsatz (§§ 30, 31 GmbHG), GmbHR 1997, S. 875
Altmeppen, Holger	Gesellschafterhaftung und „Konzernhaftung“ bei der GmbH, NJW 2002, S. 321
Andersson, Jan	Utomstående ersättningskyldighet jämte vindikation vid olovlig vinstutdelning- ett avgörande från Högsta domstolen, SvJT 1998, S. 52
Arloth, Frank	Zur Abgrenzung von Untreue und Bankrott bei der GmbH, NStZ 1990, S. 570
Bastuck, Burkhard	Kreditbesicherung im Konzern- Geklärte Fragen, offene Fragen und Vertragsgestaltung, WM 2000, S. 1091
Bayer, Walter	Zentrale Konzernfinanzierung, Cash Management und Kapitalerhaltung, Festschrift für Lutter, S. 1011
Bitter, Georg	Der Anfang vom Ende des „qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns“ – Ansätze einer allgemeinen Missbrauchshaftung in der Rechtsprechung des BGH -, WM 2001, S. 2133
Bruns, Patrick	Existenz- und Gläubigerschutz in der GmbH – das Vulkan-Konzept, WM 2003, S. 815
Canaris, Claus-Wilhelm	Die Rückgewähr von Gesellschaftereinlagen durch Zuwendungen an Dritte, Festschrift für Fischer, S. 31

Eckardt, Dietrich	Kurzkommentar zum Urteil des BGH vom 19.3.1998, EWiR 1998, S. 699
Fleck, Hans-Joachim	Der Grundsatz der Kapitalerhaltung – seine Ausweitung und seine Grenzen, Festschrift 100 Jahre GmbHG, S. 391
Fleischer, Holger	Finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbs und Leveraged-Buyout; § 71a Abs. 1 AktG im Lichte italienischer Erfahrungen, AG 1996, S. 494
Flume, Werner	Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers bei Geschäften nach Konkursreife der GmbH, ZIP 1994, S. 337
Freitag, Robert	§§ 30, 31 GmbHG, „Bremer Vulkan-Urteil“ und „Limitation Language“ – (Ab-)Wege in der GmbH-Konzernfinanzierung? - , WM 2003, S. 805
Früh, Andreas	Kreditsicherung und Mithaftung bei Krediten an Konzernunternehmen, GmbHR 2000, S. 105
Grosskopf, Göran	Olovlig vinstutdelning – bolagsrättsliga och skatterättsliga synpunkter, SN 1993, S. 109
Henn, Günter	Die Gleichbehandlung der Aktionäre in Theorie und Praxis, AG 1985, S. 240
Hommelhoff, Peter	Eigenkapital-Ersatz im Konzern und in Beteiligungsverhältnissen, WM 1984, S. 1105
Joost, Detlev	Grundlagen und Rechtsfolgen der Kapitalerhaltungsregeln in der GmbH, ZHR 148 (1984), S. 27
Kleineman, Jan	Påföljder vid brott mot det så kallade aktiebolagsrättsliga låneförbudet – med särskilt beaktande av kreditgivaransvaret, JT 1997/98, S. 707
Koppensteiner, Hans-Georg	GmbH-rechtliche Probleme des Management Buy-Out, ZHR 155 (1991), S. 97
Koppensteiner, Hans-Georg	Über die Verlustausgleichspflicht im qualifizierten AG-Konzern, Probleme des Konzernrechts, S. 87
Lutter, Marcus; Wahlers, Henning W.	Der Buy-Out: Amerikanische Fälle und die Regeln des deutschen Rechts, AG 1989, S. 1
Maier-Reimer, Georg	Das Recht der konzernexternen Fremdfinanzierung, Handbuch der Konzernfinanzierung, S. 484
Meister, Burkhardt W.	Die Sicherheitsleistung der GmbH für Gesellschafterverbindlichkeiten, WM 1980, S. 390

Messer, Herbert	Kreditbesicherung im Konzern, ZHR 159 (1995), S. 375
Meyer, Fritz	Die Strafvorschriften des neuen Aktiengesetzes, AG 1966, S. 109
Michalski, Lutz	Missbrauch der Vertretungsmacht bei Überschreiten der Geschäftsführungsbefugnis, GmbHR 1991, S. 349
Mülbert, Peter O.	Sicherheiten einer Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihres Gesellschafters, ZGR 4/1995, S. 578
Müllern, Mats	Vederlagsfri pantsättning som förtäckt utdelning från aktiebolag, TSA 1981, S. 34
Müllern, Mats	Lån från dotterbolag till moderbolag har med hänsyn till låntagarens ekonomi ansetts som förtäckt vinstutdelning, JT 1990/91, S. 86
Oetker, Hartmut	Rückzahlungsverbot (§ 30 I GmbHG) und Sicherheitsleistungen konzernabhängiger GmbH's für Verbindlichkeiten anderer Konzerngesellschaften – am Beispiel der Bürgschaft, KTS 1991, S. 521
Pehrson, Lars	Generalklausuler i aktiebolagslagen, Festskrift till Sveriges Advokatsamfund, S. 483
Peltzer, Martin	Besicherte Darlehen von Dritten an Konzerngesellschaften und Kapitalerhaltungsvorschriften, GmbHR 1995, S. 15
Peltzer, Martin; Bell, Martin	Besicherung von Gesellschafterkrediten mit dem GmbH-Vermögen?, ZIP 1993, S. 1757
Raiser, Thomas	Pflicht und Ermessen von Aufsichtsratsmitgliedern, Zum Urteil des OLG Düsseldorf im Fall ARAG/Garmenbeck, NJW 1996, S. 552
Rodhe, Knut	Vederlagsfri pantsättning för tredje mans gäld, Balans 1981, Nr. 1, S. 4
Schäfer, Carsten	Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers (II), GmbHR 1993, S. 780
Schmidt, Karsten	Zum Stand des Konzernhaftungsrechts bei der GmbH; Bemerkungen zum „Video“-Urteil des Bundesgerichtshofs vom 23. September 1991, ZIP 1991, S. 1325
Schmidt, Karsten	Gesellschafterhaftung und „Konzernhaftung“ bei der GmbH, Bemerkungen zum „Bremer Vulkan“-Urteil des BGH vom 17. 9. 2001, NJW 2001, S. 3577

Schneider, Uwe Helmut	Das Recht der Konzernfinanzierung, ZGR 1984, S. 497
Schneider, Uwe Helmut	Mittelbare verdeckte Gewinnausschüttungen im GmbH-Konzern, ZGR 1985, S. 279
Schneider, Uwe Helmut	„Kapitalmindernde Darlehen“ der GmbH an ihre Gesellschafter – Zugleich ein Beitrag zu den rechtlichen Grenzen der Finanzierung des Leveraged/ Management Buy out, Festschrift für Georg Döllerer, S. 537
Schön, Wolfgang	Kreditbesicherung durch abhängige Kapitalgesellschaften, ZHR 159 (1995), S. 351
Schön, Wolfgang	Deutsches Konzernprivileg und europäischer Kapitalschutz – ein Widerspruch?, Festschrift für Kropff, S. 285
Sieger, Jürgen J.; Hasselbach, Kai	Konzernfinanzierung durch Cash Pools und Kapitalerhöhung; Im Blickpunkt: Probleme der Kapitalaufbringung im Lichte internationaler betrieblicher Liquiditäts-Management-Systeme, BB 1999, S. 645
Sina, Peter	Geschäftstätigkeit und Unternehmensgegenstand der GmbH, GmbHR 2001, S. 661
Skog, Rolf	Nya aktiebolagslagen – regeringens förslag tar form, Balans 2004, Nr. 3, S. 36
Sonnenhol, Jürgen; Groß, Wolfgang	Besicherung von Krediten Dritter an Konzernunternehmen, ZHR 159 (1995), S. 387
Steinbeck, Anja	Besicherung von Gesellschafterverbindlichkeiten durch die GmbH – Mißbrauch der Vertretungsmacht durch den Geschäftsführer? -, WM 1999, S. 885
Stimpel, Walter	Zum Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG, Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 335
Timm, Wolfram	Pro GmbH – Analysen und Perspektiven des Gesellschafts- und Steuerrechts der GmbH – Besprechung des gleichnamigen Buches –, AG 1981, S. 133
Tropp Ellerås, S.; Folkesson, E.	Så testar man om transaktioner mellan koncernbolag är giltiga, Balans 1986, Nr. 2, S. 36
Vormbaum, Thomas	Probleme der Gläubigerbegünstigung, Zur Auslegung des § 283c StGB, GA 1981, S. 101
Wallner, Rainer	Der Unternehmensgegenstand der GmbH als Ausdruck der Unternehmensfreiheit, JZ 1986, S. 721

Wehlen, Erhard

Das Cash-Management im Konzern, Handbuch der
Konzernfinanzierung, S. 745

Zöllner, Peter

Qualifizierte Konzernierung im Aktienrecht,
Gedächtnisschrift für Knobbe-Keuk, S. 369