**Dieses Dokument ist eine Zweitveröffentlichung (Verlagsversion) /
This is a self-archiving document (published version):**

Falk Mylich

Die atypisch stille Beteiligung als ergänzender Geschäftsanteil

Erstveröffentlichung in / First published in:

Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht. 2018, 47(6), S. 867 – 899 {Zugriff am: 22.01.2020}. De Gruyter. ISSN 1612-7048.

DOI: <https://doi.org/10.1515/zgr-2018-0035>

Diese Version ist verfügbar / This version is available on:

<https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:bsz:14-qucosa2-714156>

„Dieser Beitrag ist mit Zustimmung des Rechteinhabers aufgrund einer (DFGgeförderten) Allianz- bzw. Nationallizenz frei zugänglich.“

This publication is openly accessible with the permission of the copyright owner. The permission is granted within a nationwide license, supported by the German Research Foundation (abbr. in German DFG).
www.nationallizenzen.de/

Die atypisch stille Beteiligung als ergänzender Geschäftsanteil

PD Dr. FALK MYLICH, Berlin*

Inhaltsübersicht

ZGR 2018, 867–899

I. Einleitung	868
II. Varianten der stillen Beteiligung	869
1. Das gesetzliche Modell der typisch stillen Beteiligung	869
2. Die atypisch stille Beteiligung	871
3. Zwischenfazit	873
III. Die eigene These: Die atypisch stille Beteiligung als ergänzender Geschäftsanteil	873
1. Die Probleme von Wissenschaft und Praxis mit einem atypisch still beteiligten Gesellschafter	874
2. Der spezielle Fall des „stillen Verbandes“	874
3. Die Idee des ergänzenden Geschäftsanteils	875
4. Die Abgrenzung und Nähe zu anderen Beteiligungsverhältnissen	875
5. Kein Widerspruch zur These der Innengesellschaft	878
6. Die Voraussetzungen zur Annahme eines ergänzenden Geschäftsanteils	879
7. Konsequenzen für die folgenden Untersuchungen	879
IV. Die Unzulässigkeit der atypisch stillen Beteiligung an einer AG	879
1. § 23 Abs. 5 AktG	880
2. Kompetenzfragen	880
3. Keine Legitimation durch einen anderen Unternehmensvertrag	881
4. Ergebnis	881
V. Die Kardinalprobleme bei atypisch stiller Beteiligung an einer GmbH	882
1. Die Schaffung atypisch stiller Anteile	882
2. Teilnahme am Kapitalschutz	883
3. Die Nichtanwendung von § 236 HGB im Insolvenzverfahren	885
4. Teilnahme an der Gesellschafterversammlung	885
5. Treuepflichten	886
6. Keine freie Übertragbarkeit und Vererblichkeit	886
7. Die Stellung des atypisch still Beteiligten bei einer Kapitalerhöhung	887
8. Die Rechte bei mittelbarer Beeinträchtigung der stillen Beteiligung	888

* Der Autor wurde im Jahr 2016 an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg habilitiert. Er hat die Lehrbefugnis für Bürgerliches Recht, Handelsrecht, Unternehmensrecht und Steuerrecht. Derzeit vertritt er einen Lehrstuhl an der TU Dresden.

VI. Die atypisch stille Beteiligung an einer Personengesellschaft	890
1. Die Gleichsetzung mit dem Kommanditisten	891
2. Die Haftung wie ein nicht eingetragener Kommanditist	892
3. Haftung für Altverbindlichkeiten bei späterem Beitritt?	893
4. Die Haftung bei atypisch stiller Beteiligung an einer OHG	893
5. Abschließende Überlegungen	893
6. Fazit und Zwischenergebnis	894
7. Ergänzung: Atypisch stille Beteiligung am einzelkaufmännischen Unternehmen	894
VII. Fazit und Perspektiven	895
1. Die Bedeutung der Dogmatik für die Ergebnisfindung	895
2. Offene Fragen	896
VIII. Zusammenfassung der Ergebnisse	898
1. Die Einordnung der atypisch stillen Beteiligung als ergänzender Geschäftsanteil	898
2. Die Unzulässigkeit der atypisch stillen Beteiligung an einer AG	898
3. Die atypisch stille Beteiligung an einer GmbH	898
4. Die atypisch stille Beteiligung an einer Personengesellschaft	899
5. Perspektiven	899

Der Beitrag ordnet die atypisch stille Beteiligung als ergänzenden Geschäftsanteil ein. Im Anschluss werden die Konsequenzen für die einzelnen Gesellschaftsformen herausgearbeitet. Das betrifft vor allem die Unzulässigkeit der atypisch stillen Beteiligung an einer AG, die Teilnahme des atypisch stillen Gesellschafters am Kapitalschutz der GmbH und seine Haftung gegenüber den Gläubigern einer Personengesellschaft. Mit der vorliegenden Sichtweise wird auch eine Basis geschaffen, um im Steuerrecht das hergebrachte Prinzip zur Einordnung des atypisch still Beteiligten als Mitunternehmer zu überdenken und ihn stattdessen wie einen Gesellschafter nach der jeweiligen Gesellschaftsform zu behandeln.

This paper qualifies the atypical silent partnership interest (atypisch stille Beteiligung) as an additional company share (ergänzender Geschäftsanteil). Following this, the consequences of such a qualification for the different types of companies and partnerships are presented in detail. The consequences entail in particular the illegality of an atypical silent partnership interest in a public limited company (AG), the application of the rules on capital preservation in a private limited company (GmbH) and the liability towards creditors in a partnership. This approach also lays the foundation to rethink the longstanding tax law principle of treating the atypical silent partner in a body corporate (Körperschaft) as a partner for tax purposes (Mitunternehmer) and not as a shareholder.

I. Einleitung

Gem. § 230 HGB ist es möglich, sich am Handelsgewerbe eines anderen mit einer Einlage zu beteiligen, die in das Vermögen des Inhabers des Handelsgewerbes übergeht¹. Mangels Außenwirkung einer derartigen unternehmeri-

1 Zum Begriff KOENIGS, Die stille Gesellschaft, 1961, S. 3 ff; WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht II, 2004, § 10 I 1, S. 876.

schen Beteiligung handelt es sich um eine „stille Gesellschaft“². Die §§ 230 ff HGB regeln fragmentarisch die Rechte und Pflichten des still Beteiligten³. Prämisse dabei ist, dass der stille Gesellschafter sich eines unternehmerischen Einflusses enthält. Wegen der bloßen Innenwirkungen einer stillen Gesellschaft kann sie in der Praxis beliebig ausgestaltet werden⁴. Wird vertraglich ein stärkerer unternehmerischer Einfluss vereinbart, ist die Beteiligung als *atypisch still* einzuordnen. Nach *Karsten Schmidt*⁵ und *Tim Florstedt*⁶ soll es einen stillen Verband zwischen den still beteiligten Gesellschaftern geben, wenn der Rechtsträger lediglich die Geschäfte für Rechnung der stillen Gesellschafter führt. Dieses Modell ist ein Spezialfall und klärt nicht die vorliegend interessierende Konstellation, in der neben mehreren Gesellschaftern der betreffenden Gesellschaftsform auch stille Gesellschafter existieren, die in etwa diesen Gesellschaftern gleichgestellt sind. Die grundlegenden Fragen lauten: Sind derart stille Beteiligungen überhaupt möglich bzw. inwieweit sind atypisch stille Gesellschafter hinsichtlich des Pflichtenprogramms, d.h. Haftung, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, einem Gesellschafter der entsprechenden Gesellschaftsform gleichgestellt? Um diese Fragen zu beantworten, muss die atypisch stille Beteiligung zunächst dogmatisch eingeordnet werden. Die These in diesem Beitrag lautet: Die atypisch stille Beteiligung ist wie ein ergänzender Geschäftsanteil einzuordnen, wenn der atypisch still beteiligte Gesellschafter Rechte eingeräumt bekommt, die über jene hinausgehen, die vom Gesetz vorgesehen sind und er am gesamten Gewinn und Verlust teilnimmt. Zunächst werden die Varianten der stillen Beteiligung vorgestellt (II.). Dann wird die These von der atypisch stillen Beteiligung als ergänzenden Geschäftsanteil entwickelt (III.). Im Anschluss werden einige grundlegende Wirkungen dieser Einordnung für die einzelnen Rechtsträger diskutiert (IV.-VI.). Es folgt ein Fazit, in dem offene Fragen und Perspektiven der vorliegenden These erläutert werden (VII.). Der Beitrag schließt mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse (VIII.).

II. Varianten der stillen Beteiligung

1. Das gesetzliche Modell der typisch stillen Beteiligung

Der stille Gesellschafter steht in einer kreditähnlichen Beziehung zum Geschäftsinhaber⁷. Er gibt Kapital, das in das Vermögen des Geschäftsinhabers

2 BLAUROCK, in: *Blaurock, Handbuch Stille Gesellschaft*, 8. Aufl., 2016, Rdn. 4.4.

3 K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl., 2002, § 62 I 1a), S. 1837.

4 BLAUROCK, aaO (Fn. 2), Rdn. 1.28.

5 K. SCHMIDT, ZHR 178 (2014), 10 ff.

6 FLORSTEDT, *Der stille Verband*, 2007.

7 K. SCHMIDT, aaO (Fn. 3), § 62 I 2a) und c), S. 1839 f; DERS., ZGR 1976, 475 ff, insb. 479 f.

gelangt und daher auch dessen Gläubigern zur Verfügung steht⁸. Im Unterschied zur Kommanditgesellschaft wird kein eigenständiger Rechtsträger gegründet⁹. Der stille Gesellschafter wird gem. § 232 HGB am Gewinn und Verlust der Geschäfte des Geschäftsinhabers beteiligt. Gemeint ist der Betriebsgewinn, sodass Wertänderungen im Anlagevermögen unberücksichtigt bleiben¹⁰. Hier ähnelt die stille Beteiligung einem partiarischen Darlehen, doch gibt es darüber hinaus einen gemeinsamen Zweck¹¹. Dadurch ist dem still Beteiligten in der Krise des Geschäftsinhabers die außerordentliche Kündigung versagt; § 490 BGB regelt das beim Darlehen anders¹². Wegen der bloß schuldrechtlichen Beziehung zum Geschäftsinhaber nimmt der stille Gesellschafter nicht an der Feststellung des Jahresabschlusses teil¹³. Sein Informationsrecht ergibt sich aus § 233 HGB und ist deckungsgleich mit dem des Kommanditisten (§ 166 HGB)¹⁴. Jedoch kann er ungewöhnlichen Geschäften nicht gem. § 164 HGB widersprechen¹⁵. Allenfalls zweckwidrige Geschäfte bzw. Geschäfte außerhalb des Unternehmensgegenstandes muss er billigen¹⁶. Über die Strukturänderungen der KG entscheiden die Kommanditisten mit

8 JUNG, in: Blaurock, Handbuch Stille Gesellschaft, 8. Aufl., 2016, Rdn. 7.8.

9 Ausführlich dazu KOENIGS, aaO (Fn. 1), S. 17 ff; zur Stellung des verbliebenen Kommanditisten nach Ausscheiden des letzten Komplementärs (z. B. bei dessen Insolvenz) siehe BGHZ 113, 132, 133 f; CASPER, Großkomm. z. HGB, Bd. 4, 5. Aufl., 2015, § 161 Rdn. 61.

10 Ganz h. M. RGZ 120, 410, 411; RGZ 126, 386, 393; BGH BB 1960, 14, 15; OLG Frankfurt NZG 2001, 696; HARBARTH, Großkomm. z. HGB, Bd. 4, 5. Aufl., 2015, § 230 Rdn. 4; MOCK, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl., 2013, § 232 Rdn. 4; ROTH, in: Baumbach/Hopt, Komm. z. HGB, 38. Aufl., 2018, § 232 Rdn. 1; K. SCHMIDT, Münchener Komm. z. HGB, Bd. 3, 3. Aufl., 2012, § 232 Rdn. 9; WEDEMANN, in: Oetker, HGB, 5. Aufl., 2017, § 232 Rdn. 12 f; a. A. LASA, Der Gewinnanteil des stillen Gesellschafters, 2006, S. 11 ff, S. 57 ff (zu laufenden Wertsteigerungen und Verlusten im Anlagevermögen), S. 69 ff (i. E. aber wie die h. M. zu vorvertraglichen stillen Reserven); WEIMAR, Die Gewinnermittlung und Gewinnverteilung in der stillen Gesellschaft, 1996, S. 82 ff; kritisch auch HUBER, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, 1969, S. 318 Fn. 4 a. E.; siehe auch SCHULZE-OSTERLOH, FS Kruse, 2001, S. 377, 383 f.

11 BLAUROCK, aaO (Fn. 2), Rdn. 4.6 f; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 3), § 62 I 1 c), S. 1842 f.

12 Weitere Unterschiede bei BLAUROCK, aaO (Fn. 2), Rdn. 5.21; KOENIGS, aaO (Fn. 1), S. 28 ff.

13 KAUFFELD, in: Blaurock, Handbuch Stille Gesellschaft, 8. Aufl., 2016, Rdn. 14.49; a. A. LASA, aaO (Fn. 10), S. 49 ff.

14 GRUNEWALD, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., 2017, § 4 Rdn. 24.

15 KOENIGS, aaO (Fn. 1), S. 153; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 178; HARBARTH, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 207 m. w. N. in Fn. 498; aus der Perspektive steuerrechtlicher Gestaltung LEVEDAG, in: Blaurock, Handbuch Stille Gesellschaft, 8. Aufl., 2016, Rdn. 20.73.

16 K. SCHMIDT, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 178.

Außenwirkung, während der stille Gesellschafter allenfalls im Innenverhältnis ein derartiges Recht hat¹⁷.

2. Die atypisch stille Beteiligung

Von einer atypisch stillen Beteiligung spricht man, wenn dem stillen Gesellschafter über das vom Gesetz vorgesehene Maß hinaus Beteiligungsrechte eingeräumt werden¹⁸. Das ist in der Praxis häufig der Fall.

a) Gründe für die atypische Ausgestaltung der stillen Beteiligung

Stille Beteiligungen werden gewählt, um eine Publizität des Teilhabers zu vermeiden, denn der still Beteiligte wird nicht im Handelsregister eingetragen. Dabei gibt es den Wunsch, durch zusätzliche Teilhabe- und Vermögensrechte seine Stellung zu stärken¹⁹. Die freie Ausgestaltung der Position des stillen Gesellschafters ist möglich, denn es handelt sich um eine Innengesellschaft²⁰. Hinzu kommen steuerrechtliche Motive. Während der typisch still Beteiligte Kapitaleinkünfte gem. § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG bezieht, wird der atypisch still Beteiligte als Mitunternehmer gem. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG eingeordnet²¹. Die Verrechnung von Verlusten mit anderen Einkünften wird durch § 20 Abs. 6 EStG ausgeschlossen, ist hingegen für den Mitunternehmer in den durch § 15 a Abs. 1 Satz 1 EStG gezogenen Grenzen möglich²².

17 Siehe nur §§ 13, 193 UmwG für Gesellschafter; zur allenfalls internen Wirkung der Zustimmung des stillen Gesellschafters siehe ERKENS, Die mittelbaren Unternehmensbeteiligungen bei der Unternehmensübertragung und Unternehmensumwandlung, 2000, S. 83 ff.

18 So bereits AULINGER, Die atypisch stille Gesellschaft, 1955, S. 16; HARBARTH, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 68; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 77.

19 Mit Verweis auf Familiengesellschaften OEHLISCHLÄGER, Die typische und die atypische stille Beteiligung an einer Aktiengesellschaft, 2004, S. 41 und weitere Motive auf S. 41 ff.

20 Zur Innengesellschaft BLAUROCK, aaO (Fn. 2), Rdn. 4.10 ff; KOENIGS, aaO (Fn. 1), S. 16 ff; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 7 ff.

21 LEVEDAG, aaO (Fn. 15), Rdn. 20.59.

22 Etwas ausführlicher MYLICH, FS Blaurock, 2013, S. 355, 356. Das Verrechnungsverbot von Verlusten aus atypisch stiller Beteiligung mit anderen Einkünften gem. § 15 Abs. 4 S. 6 EStG gilt gem. § 15 Abs. 4 S. 8 EStG nicht zu Lasten von natürlichen Personen als atypisch still Beteiligte.

b) Voraussetzungen zur Einordnung einer stillen Beteiligung als atypisch im Gesellschaftsrecht

Nicht jede Änderung gegenüber dem gesetzlichen Modell zur Gewinnverteilung bzw. Verlustteilnahme führt zu einer Einordnung als atypisch, denn die Regelung ist so dürftig, dass letztlich eine präzisierende Vertragsgestaltung immer notwendig ist²³. Anders wird dies, wenn Zustimmungsvorbehalte oder Geschäftsführungsbefugnisse hinzutreten und dem stillen Gesellschafter die Rechte eines Kommanditisten zustehen²⁴. Er wird „atypisch“, wenn er seine Rolle als „Stiller“ aufgibt und sich aktiv am Erreichen des Gesellschaftszwecks beteiligt²⁵.

c) Das Problem: Fehlende Regelungen für die atypisch stille Gesellschaft

Es fehlt an rechtlichen Regelungen für die atypisch stille Gesellschaft. Aus einzelnen Phänomenen der Atypizität wird nur hergeleitet, dass die §§ 230 ff HGB nicht immer gelten können bzw. andere Vorschriften anzuwenden sind. Aus der Teilnahme am Gewinn und Verlust wird eine Leistung in das Kapital hergeleitet, was zur Teilnahme des stillen Gesellschafters am Kapitalschutz der Gesellschaft führt²⁶. Im Insolvenzverfahren gilt § 236 HGB nicht²⁷.

d) Die Einordnung einer stillen Beteiligung als atypisch im Steuerrecht

Zur Einordnung des stillen Gesellschafters als Mitunternehmer kommt es darauf an, dass der stille Gesellschafter Mitunternehmerinitiative und Mitunternehmerisiko trägt²⁸. Mitunternehmerinitiative liegt vor, wenn der atypisch still Beteiligte an unternehmerischen Entscheidungen teilnimmt wie ein Gesellschafter. Es genügt, dass die Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechte

23 K. SCHMIDT, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 74; WESTERMANN, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970, S. 310 f.

24 WESTERMANN, aaO (Fn. 23), S. 311.

25 So sehr plastisch WESTERMANN, aaO (Fn. 23), S. 314.

26 Ausführlich zu den Problemfragen unter V. 2.

27 MOCK, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 67, 70, § 236 HGB Rdn. 2; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 6.

28 Es verbleiben nur geringe Unterschiede zu anderen Mitunternehmerschaften. Weil es an einer Außengesellschaft fehlt, kann die atypisch stille Gesellschaft weder Schuldnerin der Gewerbesteuer (BFH DStRE 2003, 969, 970) noch Verfahrensbeteiligte im Sinne von § 352 AO bzw. §§ 48 Abs. 1 Nr. 1, 57 FGO sein; siehe dazu LEVEDAG, aaO (Fn. 15), Rdn. 20.69 m. w. N.

denen eines Kommanditisten angenähert sind²⁹. Für das Mitunternehmerisiko genügt eine Teilnahme am gesamten Gewinn und Verlust³⁰. Ein eingeschränktes Mitunternehmerisiko kann durch ein erhöhtes Maß an Mitunternehmerinitiative ausgeglichen werden³¹. Wenn der atypisch still Beteiligte über die (zusätzlichen) Kontrollrechte hinaus Aufgaben der Geschäftsführung mit nicht unerheblichem Entscheidungsspielraum übernehmen darf, dann wird das als Kompensation von der Rechtsprechung akzeptiert³².

3. Zwischenfazit

Es wird zwischen typisch und atypisch stiller Beteiligung unterschieden. Ohne dogmatische Einordnung gibt es im Steuerrecht ein klares Rechtsfolgenregime: Der typisch still Beteiligte bezieht Kapitaleinkünfte (§ 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG), der atypisch still Beteiligte bezieht Einkünfte aus Gewerbebetrieb (§ 15 Abs. 1 EStG). Im Gesellschaftsrecht fehlt ein derartiges Rechtsfolgenregime. Hier ist nur klar: Der atypisch still Beteiligte kann nicht in jedem Fall auf die §§ 230 ff HGB zurückgreifen.

III. Die eigene These: Die atypisch stille Beteiligung als ergänzender Geschäftsanteil

In den folgenden Ausführungen soll die eigene These entwickelt werden, die lautet: Tritt neben die Gesellschafter des Rechtsträgers ein weiterer Gesellschafter mit einer stillen Beteiligung und hat dieser stille Gesellschafter mehr Rechte, als vom Gesetz vorgesehen sind, und ist er vollständig am Gewinn und Verlust beteiligt, dann ist seine atypisch stille Beteiligung als ergänzender Geschäftsanteil einzuordnen³³.

29 Grundlegend BFH BStBl. II 1984, S. 751, 769 unter V.3.c.cc(1); siehe auch BFH BStBl. II 1982, S. 59 zum atypisch stillen Gesellschafter.

30 LEVEDAG, aaO (Fn. 15), Rdn. 20.72.

31 LEVEDAG, aaO (Fn. 15), Rdn. 20.75.

32 BFHE 163, 346, 350; BFH/NV 2007, 906 unter II.3.a.

33 Ähnlich bereits MOCK, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 69 („faktische Stellung eines regulären Gesellschafters“); WILHELM, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, 2016, S. 115.

1. Die Probleme von Wissenschaft und Praxis mit einem atypisch still beteiligten Gesellschafter

Wissenschaft und Praxis begnügen sich damit, das Phänomen des atypisch still beteiligten Gesellschafters zu benennen und ggf. mit Rechtsfolgen zu versehen, die vom Vorbild der §§ 230ff HGB abweichen, weil sie ggf. besser geeignet sind³⁴. Es fehlt der dogmatische Unterbau. Genügt allein die Teilnahme am Verlust und Liquidationsgewinn für die Anwendung von Kapitalschutzregeln? Welche sind in diesem Fall die richtigen? Darf ein (atypisch) stiller Gesellschafter dem Vorstand der AG Weisungen erteilen bzw. diesen kontrollieren? Unklarheiten bestehen hinsichtlich der Auswirkungen von Kapitalerhöhungen und Strukturmaßnahmen auf atypisch stille Beteiligungen. Ebenso kann mangels dogmatischer Einordnung keine plausible Antwort auf die Frage gegeben werden, ob ein atypisch stiller Gesellschafter der persönlichen Haftung des Gesellschafters unterworfen ist. Dass die Beteiligten derartiges nicht gewollt haben³⁵, ist kein Argument. Das Problem der fehlenden dogmatischen Fundierung gibt es auch im Steuerrecht, weil die stille Beteiligung ohne dogmatische Einordnung entweder zu Einkünften aus Kapitalvermögen oder solchen als Mitunternehmer führen soll. § 20 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 Halbsatz 2 EStG legt dieses Ausschließlichkeitsverhältnis nicht zwingend fest³⁶. Die Einordnung der atypisch stillen Beteiligung als Mitunternehmerschaft hat in der Diskussion mittlerweile ein Eigenleben angenommen, das mit gesellschaftsrechtlichen Wertungen nicht mehr vereinbar ist³⁷.

2. Der spezielle Fall des „stillen Verbandes“

Nach einem Ansatz von K. Schmidt können stille Gesellschafter untereinander als Innengesellschaft verbunden sein³⁸. Dieser Typus einer stillen Gesellschaft kann sowohl bei der typisch als auch bei der atypisch stillen Beteiligung auftreten³⁹. Während das Einlageverhältnis zweigliedrig sein muss, kann das Gesellschaftsverhältnis mehrgliedrig sein⁴⁰. Das gebildete Vermögen soll virtuelles Treuhandvermögen sein, das vom Eigenvermögen des Rechtsträgers (zumeist

34 MOCK, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 65.

35 So aber HARBARTH, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 266; K. SCHMIDT, ZHR 178 (2014), 10, 51; ausführlich unter VI. 1.

36 Ausführlicher MYLICH, FS Blaurock, S. 355, 360.

37 Siehe nur die Beispiele bei BRANDENBURG, FS Crezelius, 2018, S. 275 ff, insb. S. 286 ff.

38 Grundlegend K. SCHMIDT, ZHR 178 (2014), 10 ff.

39 K. SCHMIDT, FS G. BEZZENBERGER, 2000, S. 401, 403.

40 FLORSTEDT, aaO (Fn. 6), S. 30 ff; K. SCHMIDT, FS G. BEZZENBERGER, S. 401, 403; DERS., ZHR 178 (2014), 10, 25.

GmbH) zu trennen ist⁴¹. Die These vom stillen Verband ist nicht verallgemeinerungsfähig. Sie setzt vielmehr voraus, dass ein Kaufmann bzw. Rechtsträger stille Einlagen einsammelt, die Geschäfte betreibt und Gewinn und Verlust den still Beteiligten zuweist. Er hat den Charakter eines Treuhänders⁴². Dieses Modell scheitert bereits dann, wenn die Gesellschafter des Rechtsträgers selbst an den Erträgen interessiert sind und atypisch still Beteiligte nur neben sich treten lassen wollen⁴³.

3. Die Idee des ergänzenden Geschäftsanteils

Die Idee der atypisch stillen Beteiligung als ergänzenden Geschäftsanteil besteht darin, dass ein weiterer Gesellschafter neben die bisherigen hinzutritt, nach außen als ein solcher nicht ausgewiesen wird, intern jedoch wie ein solcher behandelt wird. Neben der Einflussmöglichkeit setzt diese Sichtweise auch voraus, dass der still Beteiligte wie die anderen Gesellschafter am Ergebnis beteiligt wird.

4. Die Abgrenzung und Nähe zu anderen Beteiligungsverhältnissen

a) Das Verhältnis von Kommanditist und stillem Gesellschafter

Die stille Gesellschaft ist älter als die Kommanditgesellschaft, doch haben beide eine gemeinsame Wurzel⁴⁴. Letztere wurde bei Schaffung des ADHGB als Alternative zur bekannten „alten stillen Gesellschaft“ entwickelt⁴⁵. Das zeigt sich an den Mitverwaltungsrechten: Der Komplementär ist gem. §§ 161 Abs. 2, 114, 125ff HGB zur (organschaftlichen) Vertretung berechtigt und verpflichtet und hat gem. § 118 HGB selbst beim Ausschluss von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ein umfassendes Informationsrecht. Weder Kommanditist noch stiller Gesellschafter haben Geschäftsführungs- und

41 K. SCHMIDT, FS G. BEZZENBERGER, S. 401, 406; i.E. auch DERS., ZHR 178 (2014), 10, 52.

42 K. SCHMIDT, ZHR 178 (2014), 10, 29; differenzierend FLORSTEDT, aaO (Fn. 6), S. 58ff.

43 Beispiel aus der Rechtsprechung des BFH (BStBl. II 1998, S. 328): Nur einige Kommanditisten wollten weiteres Kapital zuschießen. Deshalb bekamen sie keine Kommanditanteile, sondern atypisch stille Beteiligungen.

44 JANDER, Komplementär und Kommanditist in der verbandsrechtlich verselbständigten Kommanditgesellschaft, 2010, S. 14ff; WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), § 9 I 2, S. 760.

45 „Veröffentlichte stille Gesellschaft“ – dazu JANDER, aaO (Fn. 44), S. 17ff; K. SCHMIDT, ZHR 178 (2014), 10, 20; zur Entwicklung der Gesetzgebung siehe ENGLER, Die Kommanditgesellschaft (KG) und die stille Gesellschaft im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch von 1861, 1999, insbesondere S. 85ff („alte stille Gesellschaft“), S. 92ff („neue stille Gesellschaft“), S. 110ff.

Vertretungsbefugnis kraft Gesetz. Die Informationsrechte stehen gem. §§ 166, 233 HGB hinter jenen des Komplementärs zurück⁴⁶. Im Gegensatz zum stillen Gesellschafter hat der Kommanditist aber gem. 164 HGB erweiterte Kontroll- und Zustimmungsbefugnisse und ist an der Entwicklung des gesamten Gesellschaftsvermögens beteiligt⁴⁷. Anders als der stille Gesellschafter⁴⁸ wird er sowohl bei der Entscheidung über die Bestellung des Abschlussprüfers⁴⁹ als auch bei der Feststellung des Jahresabschlusses beteiligt⁵⁰. Diese geminderten Rechte des still Beteiligten können vertraglich dadurch beseitigt werden, dass ihm erweiterte Kontroll-, Informations- und Zustimmungsbefugnisse zugestanden werden. Durch diese atypische Ausgestaltung erhält er letztlich die (nicht im Handelsregister verlaubliche) Position eines Kommanditisten⁵¹.

b) Das Verhältnis zum stimmrechtslosen Gesellschafter

§ 12 Abs. 1 Satz 2 AktG lässt die Einrichtung stimmrechtsloser Vorzugsaktien zu. Deren Ausgestaltung ist in den §§ 139 ff AktG geregelt. Daraus ergibt sich, dass der Entzug des Stimmrechts grundsätzlich für jede Gesellschaftsform möglich ist⁵². Im GmbH-Recht ist das Verhältnis zwischen Einfluss und Kapitalbeteiligung generell loser, sodass die Schranken und Grenzen des § 139 AktG dort nicht gelten⁵³. Als Rechte verbleiben dem stimmrechtslosen GmbH-Mitglied zwingend die Teilnahme an der Gesellschafterversammlung einschließlich des Einberufungsrechts (§ 50 GmbHG, § 122 AktG), das Informationsrecht (§ 51 a GmbHG, § 131 AktG) sowie die Befugnis zur Beschlussmängelklage⁵⁴. An grundlegenden Strukturänderungen nimmt der stimmrechtslose Gesellschafter teil. Bei Umwandlungen hat er zwar weder als GmbH-Gesellschafter⁵⁵ noch als Aktionär⁵⁶ ein Stimmrecht, doch ist ihm gem. § 23 UmwG ein vergleichbares Recht am übernehmenden Rechtsträger zu gewähren. Der stimmrechtslose Gesellschafter ist ein typischer Gesellschafter, nur ohne Stimmrecht. Der atypisch still Beteiligte hat auch kein Stimmrecht, aber er leitet seine Ver-

46 JANDER, aaO (Fn. 44), S. 24.

47 Siehe oben unter II. 1.; JANDER, aaO (Fn. 44), S. 33 ff.

48 Siehe oben unter II. 1. und Fn. 13.

49 BGHZ 76, 338, 340 ff.

50 BGHZ 132, 263, 266.

51 So auch MOCK, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 67.

52 BGHZ 14, 264, 270 f; SCHÄFER, Der stimmrechtslose GmbH-Anteil, 1997, S. 68.

53 Ausführlich SCHÄFER, aaO (Fn. 52), S. 111 ff.

54 SCHÄFER, aaO (Fn. 52), S. 274 ff, insb. S. 288 ff, 307 ff; WILHELM, aaO (Fn. 33), S. 23 f.

55 REICHERT, in: Semler/Stengel, UmwG, 4. Aufl., 2017, § 50 Rdn. 14; WINTER/VETTER, in: Lutter, UmwG, 5. Aufl., 2014, § 50 Rdn. 22.

56 DIEKMANN, in: Semler/Stengel, UmwG, 4. Aufl., 2017, § 65 Rdn. 24; GRUNEWALD, in: Lutter, UmwG, 5. Aufl., 2014, § 65 Rdn. 9.

waltungsrechte nicht aus der Mitgliedschaft, sondern aus dem Vertrag zur stillen Gesellschaft her. Dadurch können ihm mehr, weniger oder andere Verwaltungsrechte als dem stimmrechtslosen Gesellschafter zugebilligt werden.

c) Das Verhältnis zum Genussrechtsinhaber

Genussrechte sind in § 221 Abs. 3 AktG bzw. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG erwähnt, aber nicht definiert. Es handelt sich um schuldrechtliche Ansprüche auf aktionärstypische Vermögensrechte, ohne dass eine Wandel- oder Gewinnschuldverschreibung oder ein Teilgewinnabführungsvertrag vorliegen⁵⁷. Sie können hinsichtlich der Teilnahme am Verlust und der Nachrangigkeit in der Insolvenz obligationsähnlich, aktiengleich oder aktienähnlich ausgestaltet sein⁵⁸. In jedem Fall fehlt dem Genussrecht ein mitgliedschaftliche Element, sodass der Genussrechtsinhaber der Gesellschaft ausschließlich schuldrechtlich gegenübersteht⁵⁹. Daher ist der Genussrechtsinhaber ausschließlich auf Vermögensrechte beschränkt und weder kraft Gesetzes noch kraft Vertrags können ihm mitgliedschaftliche Befugnisse verliehen werden⁶⁰. Im Gegensatz zum stillen Gesellschafter fehlt es am gemeinsamen Zweck⁶¹. Der fehlende gemeinsame Zweck berechtigt den Genussrechtsinhaber im Gegensatz zum stillen Gesellschafter zur freien Kündigung und Übertragung⁶². Anders als dem stillen Gesellschafter werden dem Genussrechtsinhaber in keinem Fall Zustimmungsvorbehalte eingeräumt. Auch erhält der Genussrechtsinhaber nur eingeschränkte Kontrollrechte (§§ 242, 259 BGB); § 233 HGB wird nicht zu seinen Gunsten angewendet⁶³.

57 FLORSTEDT, Kölner Komm. z. AktG, 3. Aufl., 2017, § 221 Rdn. 74; HABERSACK, Münchener Komm. z. AktG, 4. Aufl., 2016, § 221 Rdn. 64; MERKT, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., 2015, § 221 Rdn. 43; SCHÖN, JZ 1993, 925, 926.

58 Ausführlich HABERSACK, aaO (Fn. 57), § 221 AktG Rdn. 76 ff.

59 BGHZ 119, 305, 309; 120, 141, 146 f; 197, 284 Rdn. 20; BLAUROCK, aaO (Fn. 2), Rdn. 5.38; FEST, in: Hopt/Seibt, Schuldverschreibungsrecht, 2017, § 221 AktG Rdn. 359; FLORSTEDT, ZIP 2017, 49, 51; HABERSACK, ZHR 155 (1991), 378, 384; MOCK, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 53; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 53; kritisch SCHÖN, JZ 1993, 925, 929.

60 Das äußert sich z. B. auch im fehlenden Anfechtungsrecht von Aktionärsbeschlüssen, siehe BGHZ 119, 305, 315 f; FEST, aaO (Fn. 59), § 221 AktG Rdn. 463 ff; anders zuvor VOLLMER, ZGR 1983, 445, 469; kritisch auch SCHÖN, JZ 1993, 925, 929.

61 BLAUROCK, aaO (Fn. 2), Rdn. 5.38; FEST, aaO (Fn. 59), § 221 AktG Rdn. 389.

62 BLAUROCK, aaO (Fn. 2), Rdn. 5.38; das ist zwingend, siehe HABERSACK, aaO (Fn. 57), § 221 AktG Rdn. 90; MERKT, aaO (Fn. 57), § 221 AktG Rdn. 47.

63 BGH ZIP 2016, 1529 Rdn. 10; Analyse der Rspr. bei FLORSTEDT, ZIP 2017, 49 ff.

d) Fazit

Letztlich hat der atypisch stille Gesellschafter eine Rechtsposition zwischen jener eines stimmrechtslosen Gesellschafters und jener eines Genussrechtsinhabers. Während der typisch stille Gesellschafter dem Genussrechtsinhaber in etwa gleichgesetzt werden kann⁶⁴, hat der atypisch still Beteiligte mit seinen Einflussmöglichkeiten darüber hinausgehende Rechte. Er ist einem stimmrechtslosen Gesellschafter angenähert. Jedoch beruhen seine Kontroll-, Informations- und Beteiligungsrechte auf individueller vertraglicher Ausgestaltung, während der stimmrechtslose Gesellschafter diese aus seiner Mitgliedschaft im Verband herleitet. Die Vermögensrechte sind deckungsgleich. Außerdem passt der Vergleich zum Kommanditisten. Der atypisch stille Gesellschafter ist dem Kommanditisten angenähert, wenn nicht sogar gleichgesetzt. Er verfügt in etwa über dessen Beteiligungs- und Vermögensrechte, insbesondere über jenes aus § 164 HGB⁶⁵. Im Unterschied zum Kommanditisten ist er nicht im Handelsregister eingetragen und kann nicht in Höhe des dort ausgewiesenen Einlagebetrags haften. Die Nähe zur Kommanditbeteiligung als auch die Stellung zwischen stimmrechtslosem Gesellschafter und Genussrechtsinhaber lassen es gerechtfertigt sein, sowohl im Recht der Personengesellschaften als auch im Recht der Kapitalgesellschaften von einem ergänzenden Geschäftsanteil zu sprechen⁶⁶.

5. Kein Widerspruch zur These der Innengesellschaft

Die stille Gesellschaft wird als typische Form der Innengesellschaft angesehen⁶⁷. Der typisch stille Gesellschafter wird nicht in das Gefüge der anderen Gesellschafter aufgenommen, sondern bildet mit dem Rechtsträger eine stille Gesellschaft⁶⁸. Daraus wird der Schluss gezogen, dass der Typenzwang des Gesellschaftsrechts neben dem Komplementär und dem Kommanditisten auch für den atypisch still Beteiligten keine dritte Form der Beteiligung an einer Kommanditgesellschaft zulasse⁶⁹. Mit der Einordnung der atypisch stillen Beteiligung als ergänzender Geschäftsanteil kommt es nicht zu einem Verstoß gegen den Typenzwang. Auch die atypisch stille Gesellschaft ist eine Innengesellschaft. Jedoch wird der atypisch stille Gesellschafter dem Gesellschafter der

64 So z. B. HABERSACK, aaO (Fn. 57), § 221 AktG Rdn. 89; WINTER, FS Peltzer, 2001, S. 645, 651.

65 K. SCHMIDT, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 179, 282.

66 So auch MOCK, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 67, 69.

67 Zur Innengesellschaft siehe die Nachweise in Fn. 20.

68 RGZ 153, 371, 373 f.; A. HUECK, FS Lehmann, 1937, S. 239, 246, 251; SCHÖN, ZGR 1990, 220, 225.

69 SCHÖN, ZGR 1990, 220, 226.

unternehmerisch tätigen Rechtsform gleichgesetzt, aber es kommt in Einzelfragen zu Modifikationen.

6. Die Voraussetzungen zur Annahme eines ergänzenden Geschäftsanteils

Nicht jede minimale Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des stillen Gesellschafters in den §§ 230ff HGB kann zu einem ergänzenden Geschäftsanteil führen. Erste Voraussetzung ist die interne Einflussnahme. Diese kann entweder durch eine Geschäftsführungsbefugnis oder durch Zustimmungsvorbehalte gelingen. Neben die erweiterten Mitverwaltungsrechte müssen erweiterte Vermögensrechte treten. Der stille Gesellschafter muss am gesamten Unternehmensergebnis beteiligt sein.

7. Konsequenzen für die folgenden Untersuchungen

Gem. § 140 Abs. 1 AktG gewähren stimmrechtslose Vorzugsaktien mit Ausnahme des Stimmrechts alle dem Aktionär gebührenden Rechte⁷⁰. Das gilt auch für stimmrechtslose GmbH-Anteile⁷¹. Für die atypisch stille Beteiligung besteht ein fundamentaler Unterschied: Stimmrechtslose Aktien bzw. GmbH-Geschäftsanteile verkörpern mitgliedschaftliche Rechte – nur eben ohne Stimmrecht. Der atypisch still Beteiligte leitet seine Kontroll-, Informations- und Beteiligungsrechte aus dem Vertrag zur stillen Gesellschaft her. Es können mehrere atypisch still Beteiligte mit unterschiedlichen Zustimmungs-, Informations- und Kontrollrechten existieren. Dadurch steht bei den einzelnen Untersuchungsgegenständen stets infrage, inwieweit atypisch still Beteiligten die gleichen Rechte und Pflichten wie stimmrechtslosen Gesellschaftern einzuräumen sind.

IV. Die Unzulässigkeit der atypisch stillen Beteiligung an einer AG

Bei der AG steht infrage, ob eine atypisch stille Beteiligung überhaupt möglich ist. Vereinzelte Rechtsprechung bejaht das ohne nähere Begründung⁷². Die stille Beteiligung an einer AG ist im AktG nicht ausdrücklich zugelassen.

70 Ausführlich dazu T. BEZZENBERGER, Vorzugsaktien ohne Stimmrecht, 1991, S. 104ff.

71 Ausführlich dazu SCHÄFER, aaO (Fn. 52), S. 149ff.

72 Eine atypisch stille Beteiligung an einer AG hat der Entscheidung BGH NZG 2004, 961 zugrunde gelegen; aus dem Steuerrecht siehe BFH BStBl. II 1998, S. 401; BFH GmbHR 2010, 1223.

1. § 23 Abs. 5 AktG

Gem. § 23 Abs. 5 Satz 1 AktG darf von einer Regelung des AktG nur abgewichen werden, wenn das ausdrücklich zugelassen ist. Ergänzende Bestimmungen sind nach § 23 Abs. 5 Satz 2 AktG zulässig, soweit der Sachverhalt vom Gesetz nicht abschließend geregelt ist. Im Vordergrund steht dabei die Frage, ob eine vorhandene Regelung abschließend ist⁷³. Das wird hinsichtlich der Ausgestaltung von Aktien anzunehmen sein⁷⁴. Die Aktie verkörpert u. a. auch die Mitgliedschaft und damit einen Geschäftsanteil⁷⁵, sodass § 23 Abs. 5 Satz 1 AktG einschlägig ist: Weitere Arten von Geschäftsanteilen sind unzulässig. Neben der Einlageleistung gegen Ausgabe junger Aktien sind in begrenztem Umfang auch stimmrechtslose Vorzugsaktien und ohne die Grenzen von § 139 AktG Genussrechte zulässig, wenn sie nicht aktiengleich ausgestaltet sind. In der Klöckner-Entscheidung enthält sich der Bundesgerichtshof zur Sperrwirkung von § 139 AktG gegenüber weiteren einflusslosen Vermögensbeteiligungen an der AG⁷⁶, weil die Genussscheine anders als stimmrechtslose Aktien kündbar und zum Nominalbetrag rückzahlbar waren⁷⁷. Die einflusslose typisch stille Gesellschaft mag daher als Teilgewinnabführungsvertrag⁷⁸ noch zulässig sein. Die Schaffung eines ergänzenden Geschäftsanteils durch Kreation einer atypisch stillen Beteiligung an einer AG verstößt aber gegen § 23 Abs. 5 AktG, weil nicht nur ein Teil des Gewinns abgeführt, sondern erweiterter Einfluss gewährt wird.

2. Kompetenzfragen

Der atypisch stille Gesellschafter grenzt sich dadurch vom Genussrechtsinhaber ab, dass er Einflussrechte erhält, insbesondere in Form von Zustimmungsvorbehalten⁷⁹. Jedoch muss die Gewaltenteilung in der AG beachtet werden; (Eigen-)Kapitalgeber haben keinen Einfluss auf die Geschäftsführung⁸⁰. Aus vertraglichen Beziehungen bestehende Einflussmöglichkeiten sind punktuell und bleiben auf die Zielerreichung des Vertrags beschränkt⁸¹. So lassen sich die

73 GEßLER, FS Luther, 1976, S. 69, 74.

74 T. BEZZENBERGER, aaO (Fn. 70), S. 88.

75 RAISER/VEIL, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl., 2015, § 9 Rdn. 40 ff, § 11 Rdn. 1 ff.

76 Zur Sperrwirkung siehe HABERSACK, ZHR 155 (1991), 378, 386 f; REUTER, FS Fischer, 1979, S. 605, 611; SCHÄFER, aaO (Fn. 52), S. 143; a. A. SCHÖN, JZ 1993, 925, 931.

77 BGHZ 119, 305, 310 f.

78 Dazu BGHZ 156, 38, 43.

79 Siehe oben unter III. 4. d).

80 BACHMANN/VEIL, ZIP 1999, 348, 350.

81 BACHMANN/VEIL, ZIP 1999, 348, 351.

Kreditgeber durch Covenants erweiterte Einflussrechte auf die AG geben, jedoch geschieht das nicht zwecks unternehmerischer Einflussnahme, sondern zur Absicherung des Kreditengagements⁸². Bei der typisch stillen Beteiligung ist zu überlegen, ob die Kreditähnlichkeit neben dem gemeinsamen Zweck ausreichend bestehen bleibt, sodass ggf. eine Verwendungsbestimmung vertraglich vereinbart werden kann⁸³. Wird hingegen einem stillen Gesellschafter ein überschießendes Kontroll- und Weisungsrecht gewährt, wird die in § 76 AktG verankerte Weisungsfreiheit des Vorstandes ebenso ausgehebelt⁸⁴ wie die alleinige Kontroll- und Vetobefugnis des Aufsichtsrats⁸⁵. Soweit Zivil- und Finanzgerichte atypisch stille Beteiligungen an einer Aktiengesellschaft für zulässig halten⁸⁶, kann dem nicht gefolgt werden.

3. Keine Legitimation durch einen anderen Unternehmensvertrag

Erhält der atypisch still Beteiligte ein dominierendes Recht zur Geschäftsführung, kommt auch nicht die Einordnung als Betriebsüberlassungsvertrag⁸⁷ oder Betriebsführungsvertrag in Betracht. Die atypisch stille Beteiligung ist auf Finanzierung der AG gerichtet und führt nicht zur Schaffung einer die AG beherrschenden Unternehmensform⁸⁸.

4. Ergebnis

Eine atypisch stille Beteiligung an einer AG ist unzulässig. Die Finanzierung durch stimmrechtslose Anteile und Vermögensbeteiligungen ohne Mitgliedschaftsrecht ist abschließend geregelt. Außerdem untergraben die dem atypisch still Beteiligten gewährten Einflussrechte auf den Vorstand das zwingende System der Eigenverantwortlichkeit des Vorstands und Überwachung durch den Aufsichtsrat.

82 BOCHMANN, Covenants und die Verfassung der Aktiengesellschaft, 2012, S. 173 ff.

83 Unter dieser Perspektive kann den Überlegungen von OEHLISCHLÄGER, aaO (Fn. 19), S. 133 ff, insb. S. 139 f zugestimmt werden.

84 A. A. OEHLISCHLÄGER, aaO (Fn. 19), S. 140, der § 76 AktG im Lichte des Teilgewinnabführungsvertrags anders interpretieren will.

85 A. A. OEHLISCHLÄGER, aaO (Fn. 19), S. 132.

86 Siehe oben Fn. 72.

87 So aber SCHULZE-OSTERLOH, ZGR 1974, 427, 450 ff, der bereits Widerspruchs- und Zustimmungsrechte genügen lässt (aaO, S. 455 f); dagegen OEHLISCHLÄGER, aaO (Fn. 19), S. 149 ff.

88 So aber OEHLISCHLÄGER, aaO (Fn. 19), S. 153 ff.

V. Die Kardinalprobleme bei atypisch stiller Beteiligung an einer GmbH

Das Binnenrecht der GmbH kann von den Gesellschaftern nach Belieben ausgestaltet werden. Lediglich die gläubigerschützenden Regelungen wie jene zur Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung oder zu Zahlungsverboten bei Insolvenzsreife sind zwingend⁸⁹. Somit steht einer atypisch stillen Beteiligung und ihrer Einordnung als ergänzender Geschäftsanteil grundsätzlich nichts im Wege.

1. Die Schaffung atypisch stiller Anteile

Die Aufnahme (typisch) stiller Gesellschafter ist von der Vertretungsmacht des Geschäftsführers der GmbH umfasst, allerdings bedarf sie im Innenverhältnis der Zustimmung der Gesellschafterversammlung⁹⁰. Ein konzernrechtliches Zustimmungserfordernis wird im Gegensatz zur AG⁹¹ von der h.M. abgelehnt, weil § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG nur für den Teilgewinnabführungsvertrag einer AG gelte⁹². Hingegen wird mit unterschiedlicher Begründung bei Abschluss einer atypisch stillen Gesellschaft die besondere Zulassung im Gesellschaftsvertrag oder die Zustimmung aller Gesellschafter verlangt⁹³. Durch die Einordnung der atypisch stillen Beteiligung als ergänzender Geschäftsanteil handelt es sich um eine besondere Form der Kapitalerhöhung, sodass § 53 Abs. 2 GmbHG anzuwenden ist⁹⁴. Damit verbunden ist auch das Bezugsrecht der Altgesellschafter⁹⁵. Dieses kann nur mit einem sachlichen Grund aus-

89 FLEISCHER, Münchener Komm. z. GmbHG, 3. Aufl., 2018, Einl. Rdn. 21–24; MYLICH, ZHR 182 (2018), 414, 423; ZÖLLNER, FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 85, 89 f.

90 JUNG, aaO (Fn. 8), Rdn. 9.61; HARBARTH, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 151; KOENIGS, aaO (Fn. 1), S. 88 f; MOCK, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 24; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 114; WEDEMANN, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 52.

91 Zur Rechtslage ber der AG BGHZ 156, 38, 43.

92 HARBARTH, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 152; MOCK, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 24; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 114; a.A. EMMERICH, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 8. Aufl., 2016, § 292 Rdn. 37.

93 JUNG, aaO (Fn. 8), Rdn. 9.62; MOCK, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 24; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 115; WEDEMANN, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 52; i.E. auch HARBARTH, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 153; unklar SCHÖN, ZGR 1990, 220, 226 – der ggf. auch hier nur Innenwirkung annehmen will.

94 Zutreffend WEDEMANN, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 52.

95 Der vorgeschlagene Weg hat zwei Unterschiede zur h.M., die eine Zustimmung aller Gesellschafter annimmt, weil es sich letztlich um eine Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss handele (siehe K. SCHMIDT, aaO [Fn. 10], § 230 HGB Rdn. 115). Wird ein Bezugsrecht gewährt, genügt eine Mehrheit gem. § 53 Abs. 2 GmbHG. Außerdem genügt diese Mehrheit auch bei einem Bezugsrechtsausschluss, wenn dieser gerechtfertigt werden kann.

geschlossen werden⁹⁶. Der Bundesgerichtshof will einen Ausschluss von Altgesellschaftern auf den Bezug von Genussrechten auch einer inhaltlichen Überprüfung unterwerfen⁹⁷, macht die Notwendigkeit einer sachlichen Rechtfertigung aber davon abhängig, dass die Genussrechte aktiengleich ausgestaltet sind und am Liquidationserlös teilnehmen⁹⁸. Unter diesen Prämissen genügt eine Mehrheit von 75 % zur Schaffung einer atypisch stillen Beteiligung, jedoch können Altgesellschafter von der Zeichnung derartiger Beteiligungen wegen deren Nähe zum Geschäftsanteil nur bei einer sachlichen Rechtfertigung ausgeschlossen werden.

2. Teilnahme am Kapitalschutz

a) Teilnahme an der Kapitalerhaltung

Die Einordnung der atypisch stillen Beteiligung als ergänzender Geschäftsanteil lässt es angezeigt sein, den stillen Gesellschafter wie einen Gesellschafter der entsprechenden Rechtsform am Kapitalschutz zu beteiligen⁹⁹. Nach h.M. ist seine Einlage als Eigenkapital einzuordnen und entsprechend zu verbuchen¹⁰⁰. Die Einordnung der atypisch stillen Beteiligung als ergänzender Geschäftsanteil rechtfertigt eine Verbuchung als sonstige Leistung in das Kapital; § 272 Abs. 2 Nr. 4, § 266 Abs. 3 A) III) 4) HGB¹⁰¹. Rücklagen nehmen am Kapitalschutz teil und sind nach dem auch im GmbH-Recht anwendbaren Konzept des § 158 AktG¹⁰² aufzulösen, ehe ausschüttungsfähiger Bilanzgewinn ausgewiesen werden kann¹⁰³. Das bedeutet für die GmbH, dass der atypisch still Beteiligte nur dann Dividenden kassiert bzw. bei Ausscheiden abgefunden werden kann, wenn nach der Auszahlung bzw. Rückzahlung das

96 BGHZ 71, 40, 45 f; BGHZ 120, 141, 145 f; BGHZ 125, 239, 241.

97 BGHZ 120, 141, 146.

98 BGHZ 120, 141, 149.

99 BGHZ 106, 7, 9 ff; MOCK, aaO (Fn. 10), § 232 HGB Rdn. 29; i.E. auch WILHELM, aaO (Fn. 33), S. 115 f.

100 So pauschal auch KNOBBE-KEUK, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Aufl., 1993, § 4 V 3c), S. 110. Umstritten ist, ob § 266 Abs. 3 A) HGB einen weiteren Unterpunkt erhalten muss oder ein Sonderposten nach § 266 Abs. 3 A) für eigenkapitalähnliche Beträge zu bilden ist; zum Streit siehe MYLICH, in: Merkt/Probst/Fink, Rechnungslegung nach HGB und IFRS, 2017, Kapitel 7 Rdn. 72 ff.

101 MYLICH, aaO (Fn. 100), Kapitel 7 Rdn. 73.

102 Zur Anwendung von § 158 AktG auf die GmbH siehe W. MÜLLER, in: Ulmer/Haber-sack/Löbbe, Großkomm. z. GmbHG, Bd. II, 2. Aufl., 2014, § 29 Rdn. 55; SCHMIDT/PEUN, in: Beck'scher Bilanzkomm., 11. Aufl., 2018, § 275 Rdn. 310; WP HANDBUCH, Bd. I, 14. Aufl., 2012, F 609.

103 HERCHEN, Agio und verdecktes Agio im Recht der Kapitalgesellschaften, 2004, S. 165; MYLICH, ZHR 182 (2018), 414, 432.

bilanzierte Aktivvermögen die Stammkapitalziffer noch deckt. Das entsprach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹⁰⁴. Entgegen dem vorgestellten Modell will neuere Rechtsprechung auf die Regeln zu den Gesellschafterdarlehen zurückgreifen¹⁰⁵. Das bedeutet, dass offene Ansprüche im Insolvenzverfahren (nur) nachrangig behandelt werden und Auszahlungen allenfalls gem. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO angefochten werden können, wenn innerhalb eines Jahres nach Auszahlung ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt wird. Diese Sichtweise verkennt den Unterschied zwischen einer zusätzlichen typisch stillen Beteiligung neben der eigentlichen gesellschaftsrechtlichen Beteiligung und der atypischen stillen Beteiligung¹⁰⁶. Ordnet man wegen des Eigenkapitalzuschusses und der Zustimmungsvorbehalte die atypisch stille Gesellschaft als ergänzenden Geschäftsanteil ein, darf dem still Beteiligten Gewinn und Abfindung nur bei ausgeglichener Bilanz zukommen. Bei Unterbilanz bezogene Zahlungen muss er gem. § 31 GmbHG erstatten, und den Geschäftsführer trifft eine verschuldensabhängige Haftung aus § 43 Abs. 3 GmbHG¹⁰⁷. Auch die Anwendung des Kleinbeteiligungsprivilegs auf Eigenkapitalgeber erscheint wenig sachgerecht¹⁰⁸.

b) Teilnahme an der Kapitalaufbringung

Anders als den stimmrechtslosen Gesellschafter treffen den stillen Gesellschafter keine Pflichten zur Kapitalaufbringung aus Gründen des Gläubigerschutzes. Er hat keine korporative Einlage versprochen und seine stille Einlage unterfällt nicht dem strengen Regime des § 19 GmbHG. Es wird kein gezeichnetes Kapital ausgegeben¹⁰⁹. Allerdings kann sich aus der Teilnahme an der Kapitalerhaltung gleichwohl eine (mittelbare) Einlagepflicht ergeben. Wenn bei einer Unterbilanz keine Mittel an den atypisch still Beteiligten ausgeschüttet werden dürfen, darf auch nicht auf die Einforderung seiner Einlage verzichtet werden. Andernfalls würde gegen § 30 GmbHG verstoßen.

104 Für die GmbH: BGHZ 106, 7, 12; BGH NZG 2006, 341 Rdn. 24.

105 BGHZ 193, 378 Rdn. 27; BGH NZG 2016, 1380 Rdn. 20; BGH NZG 2017, 907 Rdn. 13; FLORSTEDT, ZIP 2017, 2433, 2438 ff.

106 Das Problem wird aber von FLORSTEDT, ZIP 2017, 2433, 2440 angesprochen.

107 Weitere unterschiedliche Konsequenzen bei MYLICH, WM 2013, 1010, 1013 ff und WILHELM, aaO (Fn. 33), S. 115.

108 Zutreffend WILHELM, aaO (Fn. 33), S. 154; so schon früher die Rechtsprechung, BGH NZG 2006, 341 Rdn. 32.

109 Etwas anders WILHELM, aaO (Fn. 33), S. 129 f.

c) Ausfallhaftung des atypisch stillen Gesellschafters

Fraglich ist, ob der atypisch stille Gesellschafter der Ausfallhaftung gem. § 24 GmbHG für Ausfälle von Gesellschaftern bei der Kapitalaufbringung und gem. § 31 Abs. 3 GmbHG bei unzulässigen Ausschüttungen an Gesellschafter unterworfen ist. Gegen die Anwendung von § 24 GmbHG spricht nicht, dass ihn selbst keine Kapitalaufbringungspflichten treffen. Bei einer Kapitalerhöhung unter Ausschluss des Bezugsrechts trifft alle Mitgesellschafter die Ausfallhaftung des § 24 GmbHG – auch jene, die abweichend abgestimmt haben¹¹⁰. Auch der stimmrechtslose GmbH-Gesellschafter ist § 24 GmbHG unterworfen¹¹¹. Letztlich hängt die Entscheidung für oder gegen die Ausfallhaftung davon ab, ob man dem Inhaber eines ergänzenden Geschäftsanteils genügend Nähe zu den „richtigen“ Gesellschaftern zubilligt.

3. Die Nichtanwendung von § 236 HGB im Insolvenzverfahren

Ein stiller Gesellschafter kann seine Forderung auf Rückzahlung der Einlage gem. § 236 Abs. 1 HGB als Insolvenzgläubiger geltend machen. Bei atypisch stiller Beteiligung wendet die h.M. § 236 Abs. 1 HGB nicht an¹¹². Das ist problemlos mit der Einordnung der atypisch stillen Beteiligung als ergänzender Geschäftsanteil zu begründen.

4. Teilnahme an der Gesellschafterversammlung

Zur Teilnahme an der Gesellschafterversammlung ist der stimmrechtslose Gesellschafter berechtigt¹¹³. Genussrechtsinhaber sind wegen des schuldrechtlichen Fundaments auch bei aktienähnlicher Ausgestaltung von der Teilnahme an der Hauptversammlung ausgeschlossen¹¹⁴. Dieser Vergleich spricht dafür, eine Teilnahme an der Gesellschafterversammlung nur zuzulassen, wenn sie im Vertrag zur atypisch stillen Beteiligung vereinbart war. Für eine zwingende

110 RGZ 82, 116, 118 ff; RGZ 93, 251, 252 f; RGZ 132, 392, 394 ff; EMMERICH, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, 12. Aufl., 2018, § 24 Rdn. 16.

111 In den Kommentierungen wird auf den Eintrag in die Gesellschafterliste abgestellt, siehe W. MÜLLER, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, Großkomm. z. GmbHG, Bd. I, 2. Aufl., 2013, § 24 Rdn. 31; SCHÜTZ, Münchener Komm. z. GmbHG, 3. Aufl., 2018, § 24 Rdn. 31.

112 Siehe nur KAUFFELD, aaO (Fn. 13), Rdn. 17.55; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 10), § 236 HGB Rdn. 6.

113 SCHÄFER, aaO (Fn. 52), S. 288 ff; zum Aktienrecht siehe nur § 140 Abs. 1 AktG.

114 FEST, aaO (Fn. 59), § 221 AktG Rdn. 468.

Zulassung spricht hingegen, dass nur auf diese Weise die vertraglich vereinbarten Kontroll- und Informationsrechte effektiv ausgeübt werden können. Das ist auch nötig, um die Vermögensrechte und damit verbundenen Haftungsrisiken zu kontrollieren. Darüber hinausgehende Befugnisse, z.B. Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen, sind entbehrlich.

5. Treuepflichten

Treuepflichten resultieren aus dem Gesellschaftsvertrag¹¹⁵. Bei einer typisch stillen Beteiligung bestehen sie zwischen der Gesellschaft und dem stillen Gesellschafter¹¹⁶. Nicht einbezogen sind die Gesellschafter der Gesellschaft. Das ändert sich, wenn die atypisch stille Gesellschaft als ergänzender Geschäftsanteil eingeordnet wird. In diesem Fall muss der atypisch still Beteiligte auch auf die Gesellschafter Rücksicht nehmen¹¹⁷.

6. Keine freie Übertragbarkeit und Vererblichkeit

Wegen der personenrechtlichen Verbundenheit kann die stille Beteiligung unter Lebenden nur mit Zustimmung des Geschäftsinhabers übertragen werden¹¹⁸. Hingegen lässt § 234 Abs. 2 HGB beim Tod des still Beteiligten die stille Gesellschaft fortbestehen. Ein GmbH-Anteil ist gem. § 15 Abs. 1 GmbHG frei übertragbar und vererblich. Das gilt auch für Genussrechte¹¹⁹. Die Einordnung der atypisch stillen Beteiligung als ergänzender Geschäftsanteil spricht zunächst für die Anwendung der freien Übertragbarkeit wie bei GmbH-Anteilen. Jedoch leiten die atypisch still Beteiligten ihre Mitspracherechte aus dem Vertrag zur stillen Gesellschaft ab. Dieser kann gegenüber dem GmbH-Gesellschafter erweiterte Befugnisse vorsehen. Daher trifft die

115 K. SCHMIDT, aaO (Fn. 3), § 20 IV 1 b), S. 588; WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), § 3 II 3 a) bb), S. 194.

116 Siehe oben unter III. 5. und Fn. 68.

117 Beispiel: Der atypisch still Beteiligte lässt sich ein Zustimmungsrecht beim Verkauf bestimmter Vermögensgegenstände einräumen. Wirtschaftet die Gesellschaft vorläufig ohne Bilanzgewinn und fehlt auch Ausschüttungspotential, dann belastet das die Beziehung des stillen Gesellschafters zur Gesellschaft nicht. Werden dadurch aber Mitgesellschafter „ausgehungert“, die auf eine kontinuierliche Dividende angewiesen sind, gelingt es nur bei der Annahme von Treuepflichten auch gegenüber den Gesellschaftern, eine Zustimmungspflicht des still Beteiligten kraft Treuepflicht herzuleiten, um auf diesem Wege z.B. stille Reserven zu mobilisieren.

118 BLAUROCK, aaO (Fn. 2), Rdn. 10.29; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 174.

119 FLORSTEDT, aaO (Fn. 57), § 221 AktG Rdn. 574; HABERSACK, aaO (Fn. 57), § 221 AktG Rdn. 210.

h.M. zu¹²⁰, wenn der Rechtsträger nach dem Tod des atypisch stillen Gesellschafters ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund haben soll und die freie Übertragbarkeit der atypisch stillen Beteiligung unter Lebenden ausgeschlossen ist.

7. Die Stellung des atypisch still Beteiligten bei einer Kapitalerhöhung

a) Stimmrechte bei Kapitalerhöhungen

Bei einer Kapitalerhöhung hat der stimmrechtslose Aktionär kein Stimmrecht. Zwar gewährt § 182 Abs. 2 AktG Aktionären jeder Gattung ein Stimmrecht, jedoch trifft § 141 Abs. 2 AktG für Vorzugsaktionäre eine abschließende Regelung¹²¹. Auch der stimmrechtslose GmbH-Gesellschafter hat kein Stimmrecht bei der effektiven Kapitalerhöhung¹²². Mangels Mitgliedschaft darf der Inhaber von Genussrechten nicht über die Ausgabe weiterer Genussrechte mitstimmen. Daraus ergibt sich, dass auch der atypisch still Beteiligte kein Stimmrecht bei einer Kapitalerhöhung hat.

b) Anspruch auf verhältnismäßige Vergrößerung der stillen Beteiligung

Gleichwohl könnte der atypisch still Beteiligte einen Anspruch auf verhältnismäßige Vergrößerung seiner atypisch stillen Beteiligung haben. Altgesellschafter haben gem. § 186 AktG ein Bezugsrecht auf junge Anteile. GmbH-Gesellschafter haben trotz fehlender Normierung ebenfalls ein Bezugsrecht auf junge Anteile¹²³. Grundsätzlich haben auch stimmrechtslose Gesellschafter bei einer Kapitalerhöhung ein Bezugsrecht auf neue Anteile¹²⁴. Das gilt unabhängig davon, ob Aktien mit oder ohne Stimmrecht geschaffen werden¹²⁵. In der GmbH muss das auch gelten, d.h. auch stimmrechtslose Geschäftsanteile

120 BLAUROCK, aaO (Fn. 2), Rdn. 10.50; HARBARTH, aaO (Fn. 10), § 234 HGB Rdn. 77 m. w. N.

121 T. BEZZENBERGER, aaO (Fn. 70), S. 164; SCHÜRNBRAND, Münchener Komm. z. AktG, 4. Aufl., 2016, § 182 Rdn. 30.

122 FOCK, FS Heinsius, 1991, S. 129, 138; SCHÄFER, GmbHHR 1998, 168, 170.

123 Monographisch HEITSCH, Das Bezugsrecht der Gesellschafter der GmbH bei Kapitalerhöhungen, 1997, insb. S. 73 ff.

124 Für die AG z.B. SCHÜRNBRAND, aaO (Fn. 121), § 186 AktG Rdn. 48; für die GmbH z.B. FOCK, FS Heinsius, S. 129, 138.

125 Siehe nur G. BEZZENBERGER, GK-AktG, 4. Aufl., 1999, § 140 Rdn. 17; HÜFFER/KOCH, AktG, 13. Aufl., 2018, § 186 Rdn. 4; SCHÜRNBRAND, aaO (Fn. 121), § 186 AktG Rdn. 48 f – alle jeweils auch zum Problem des Bezugsrechts, wenn Aktien jeder Gattung ausgegeben werden.

gewähren ein Bezugsrecht, wenn ausschließlich neue stimmberechtigte Anteile geschaffen werden¹²⁶. Hingegen können Genussrechtsinhaber nicht beanspruchen, an einer Kapitalerhöhung beteiligt zu werden. Sie können auch nicht beanspruchen, bei der Ausgabe neuer Genussscheine berücksichtigt zu werden¹²⁷. Das beruht auf ihrer lediglich schuldrechtlichen Beteiligung. Das Bezugsrecht soll vor einer Verwässerung der Verwaltungs- und Vermögensrechte schützen¹²⁸. Wegen der bestehenden Verwaltungsrechte und dem über Vermögensrechte bei Genussrechten hinausgehenden Vermögensrechten müssen neue stille Anteile im Verhältnis zu den neuen Gesellschaftsanteilen geschaffen werden¹²⁹. Dadurch wird die von den Genussrechten bekannte Diskussion vermieden, inwieweit Wertverwässerungen nach Kapitalerhöhungen ausgeglichen werden können¹³⁰.

8. Die Rechte bei mittelbarer Beeinträchtigung der stillen Beteiligung

Die Rechte des still Beteiligten können mittelbar durch Umstrukturierungen bei der GmbH beeinträchtigt werden. Unabhängig davon, ob überhaupt ein Vorbehalt der Zustimmung vereinbart werden kann¹³¹, wirkt dieser immer nur intern¹³². Fraglich ist, ob die Einordnung als ergänzender Geschäftsanteil zu anderen Ergebnissen führt.

126 Das wird – soweit ersichtlich – in der Literatur nicht (explizit) angesprochen.

127 SCHÖN, JZ 1993, 925, 933.

128 HÜFFER/KOCH, aaO (Fn. 125), § 186 AktG Rdn. 2; RAISER/VEIL, aaO (Fn. 75), § 20 Rdn. 14.

129 So auch der Vorschlag zur Vermeidung der Verwässerung von Genussrechten nach einer Kapitalerhöhung von FLORSTEDT, aaO (Fn. 57), § 221 AktG Rdn. 624; HABERSACK, aaO (Fn. 57), § 221 AktG Rdn. 308.

130 Im Streit steht die Anwendung von § 216 Abs. 3 AktG analog und § 313 BGB; dazu KOCH, AG 2016, 6 ff m. w. N. in Fn. 7–11; überholt ist die frühere Rspr. (RGZ 83, 295, 298 und BGHZ 28, 259, 277), die einen Verwässerungsschutz von Genussrechten abgelehnt hatte; zur Unanwendbarkeit von § 216 Abs. 3 S. 1 AktG und zum stark begrenzten Anwendungsbereich von § 313 BGB für die Anpassung dividendenabhängiger Tantiemen nach einer effektiven Kapitalerhöhung siehe BAG ZIP 2018, 1969 Rdn. 16 ff., 46 ff. (vorgesehen für BAGE).

131 Dafür die ganz h.M., siehe sogar für die typisch stille Gesellschaft HÜFFER, FS Lutter, 2000, S. 1227, 1237; dagegen wiederum WINTER, FS Peltzer, S. 645, 651 mit Verweis auf die Inhaltsgleichheit zum Genussrecht.

132 ERKENS, aaO (Fn. 17), S. 83 ff; WINTER, FS Peltzer, S. 645, 648; so auch für das Aktienrecht BACHMANN/VEIL, ZIP 1999, 348, 349; a. A. für die atypisch stille Beteiligung ggf. HÜFFER, FS Lutter, S. 1227, 1237 mit Verweis auf § 13 UmwG.

a) Umwandlungen

Gem. § 23 UmwG ist Inhabern von Rechten, die kein Stimmrecht gewähren, ein gleichwertiges Recht am übernehmenden Rechtsträger zu gewähren. Ausdrücklich erwähnt sind in § 23 UmwG stimmrechtslose Gesellschafter und Inhaber von Genussrechten. Nach herrschender Meinung sind auch stille Gesellschafter von § 23 UmwG erfasst¹³³. Diese Sichtweise fügt sich in die Einordnung einer atypisch stillen Beteiligung als ergänzenden Geschäftsanteil. Unproblematisch kann bei der Verschmelzung einer GmbH auf eine andere GmbH eine entsprechende Beteiligung dort verlangt werden. Wird die GmbH hingegen in eine AG umgewandelt, kommt es nach vorliegend vertretener Auffassung zu Schwierigkeiten, weil an einer AG eine atypisch stille Beteiligung nicht möglich ist¹³⁴. Man wird die AG als übernehmenden Rechtsträger (bzw. Rechtsträger nach Formwechsel¹³⁵) für verpflichtet halten, dem atypisch still Beteiligten wenigstens Genussrechte als adäquate Kompensation anzubieten¹³⁶. Dadurch verliert der atypisch still Beteiligte seine Einflussmöglichkeiten. Analog § 207 i. V. m. § 29 UmwG kann er jedoch Barabfindung verlangen; mangels Stimmrechts muss er aber nicht zuvor Widerspruch zur Niederschrift erklärt haben. Hingegen muss die AG keine stimmrechtslosen Vorzugsaktien anbieten, weil in diesem Fall der atypisch still Beteiligte ein Mehr gegenüber seiner vorherigen Beteiligung erhalten würde.

b) Der Abschluss eines Unternehmensvertrags als abhängige Gesellschaft

Schließt die GmbH als abhängige Gesellschaft einen Unternehmensvertrag, ist das Zustimmungserfordernis unklar¹³⁷. Während eine Sichtweise § 293 Abs. 1 AktG analog anwenden will und damit 75 % der Stimmen genügen würden¹³⁸, verweist die andere Sichtweise auf die sich aus der Zweckänderung ergebende Einstimmigkeit und den Spezialcharakter von § 293 Abs. 1 AktG allein für eine AG¹³⁹. Die erste Sichtweise muss außenstehende Gesellschafter über die

133 ERKENS, aaO (Fn. 17), S. 104 ff, 146 ff; GRUNEWALD, aaO (Fn. 56), § 23 UmwG Rdn. 20 m. w. N.; a. A. HÜFFER, FS Lutter, S. 1227, 1237.

134 Siehe oben unter IV.

135 § 204 UmwG verweist auf die Anwendung von § 23 UmwG beim Formwechsel.

136 A. A. ohne Eingehen auf die vorliegende Idee ERKENS, aaO (Fn. 17), S. 192, der § 726 BGB anwenden will.

137 Offen gelassen in BGHZ 105, 324, 332.

138 LUTTER/HOMMELHOFF, in: Lutter/Hommelhoff, Komm. z. GmbHG, 19. Aufl., 2016, Anh zu § 13 Rdn. 65 f.

139 ALTMETZEN, in: Roth/Altmetzen, Komm. z. GmbHG, 8. Aufl., 2015, Anh § 13 Rdn. 39; EMMERICH, aaO (Fn. 110), Anhang § 13 GmbHG Rdn. 146; siehe auch LIEBSCHER, Münchener Komm. z. GmbHG, 3. Aufl., 2018, Anh. § 13 Rdn. 739 m. w. N.

analoge Anwendung der Ausgleichs- und Abfindungsregeln der §§ 304, 305 AktG schützen, während die zweite Sichtweise dem Gesellschafter aufgibt, seine Interessen selbst zu regeln und erst dann zuzustimmen. Unklar ist jedoch, ob der stimmrechtslose Gesellschafter mitstimmen darf. Das wird man unabhängig vom Mehrheitserfordernis wegen der Zweckänderung annehmen müssen¹⁴⁰. Hingegen wird man dem atypisch still Beteiligten kein derartiges Stimmrecht zugestehen können. Er gehört nicht zum Verband, sondern hat nur einen ergänzenden Geschäftsanteil. Daher müssen zu seinen Gunsten Ausgleichs- und Abfindungsregelungen eingreifen. Für Genussscheininhaber wendet der Bundesgerichtshof § 313 BGB an¹⁴¹ und lehnt die analoge Anwendung von § 305 AktG mit dem Argument ab, dass die Vorschrift den Verlust mitgliedschaftlicher Elemente kompensiere¹⁴². Der atypisch stille Gesellschafter hat im Gegensatz zum Genussrechtsinhaber Kontroll-, Informations- und Zustimmungsrechte. Auch wenn er sich aufgrund seiner atypisch stillen Beteiligung so weit weg vom Gesellschafterkreis gestellt hat, dass er einem Unternehmensvertrag nicht zustimmen muss, führt die Einordnung als ergänzender Geschäftsanteil dazu, dass die §§ 304, 305 AktG passen¹⁴³. Schließlich wird auf diese Weise der Verlust seiner Einflussmöglichkeiten kompensiert. Die §§ 304, 305 AktG haben gegenüber § 313 BGB den Vorteil, dass sie allein von einem Unternehmensvertrag ausgehen und keine schwerwiegende Änderung von Umständen nach Vertragsschluss erwarten. Zudem belassen die §§ 304, 305 AktG dem atypisch still Beteiligten ein Wahlrecht zwischen Ausgleich und Abfindung, während § 313 BGB nur zu einer Anpassung des Vertragsinhalts führen kann¹⁴⁴.

VI. Die atypisch stille Beteiligung an einer Personengesellschaft

Der Vertrag mit einem stillen Gesellschafter kann beliebig gestaltet werden. Werden ihm mehr Befugnisse gewährt, als gesetzlich vorgesehen sind, erlangt

140 Wohl auch SCHÄFER, GmbHR 1998, 168, 171; unklar FOCK, FS Heinsius, S. 129, 140f; sonst wird die Frage der Zustimmungspflicht stimmrechtsloser Gesellschafter nicht explizit angesprochen.

141 BGHZ 197, 284 Rdn. 25 ff.

142 BGHZ 197, 284 Rdn. 36.

143 A. A. EMMERICH, aaO (Fn. 92), § 304 AktG Rdn. 13; PAULSEN, Münchener Komm. z. AktG, 4. Aufl., 2015, § 304 Rdn. 31.

144 Das Kündigungs- und Austrittsrecht versagt der Bundesgerichtshof dem Genussrechtsinhaber nach Abschluss des Unternehmensvertrags, während er für die Vertragsanpassung auf die Wertungen von § 304 AktG zurückgreift (BGHZ 197, 284 Rdn. 37 ff).

er die einem Kommanditisten entsprechende Rechtsposition¹⁴⁵. Fraglich ist, inwieweit die Prinzipien zur Haftung des Kommanditisten auf ihn anwendbar sind.

1. Die Gleichsetzung mit dem Kommanditisten

Die ganz herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur will den Charakter der stillen Gesellschaft als Innengesellschaft auch bei atypischer Ausgestaltung gewahrt wissen. Das bedeutet, dass eine Außenhaftung nach dieser Auffassung nicht in Betracht kommt¹⁴⁶. Früher hatten *Paulick*¹⁴⁷ und *H.-P. Westermann*¹⁴⁸ vertreten, dass unternehmerische Leitungsmacht mit gesellschaftsrechtlicher Verantwortung in untrennbarem Zusammenhang stehe und daher zur Haftung führen müsse. Gegen die Möglichkeit einer Außenhaftung des stillen Gesellschafters kann entgegen dem BGH nicht die Wahlmöglichkeit zwischen einer Stellung als still Beteiligter und als Kommanditist vorgebracht werden¹⁴⁹. Diese kann ihre Bedeutung nur entfalten, wenn der stille Gesellschafter sich auf die im Gesetz vorgesehenen Rechte beschränkt. Auch auf einen Vergleich mit dem Recht der Kapitalgesellschaften kann es nicht ankommen, weil es dort naturgemäß keine Außenhaftung gibt¹⁵⁰. Es zeigt sich gerade für den Kommanditisten, dass er gem. § 176 HGB auch dann haften muss, wenn er sich nicht im Handelsregister eintragen lässt. Bedenkt man, dass der Kommanditist vom stillen Gesellschafter her entwickelt wurde und die atypisch stille Beteiligung wieder eine Annäherung an die Kommanditbeteiligung darstellt¹⁵¹, spricht wenig gegen eine Gleichsetzung. Letztlich sind atypisch stiller Gesellschafter und Kommanditist austauschbar. Es kann dabei nicht auf den Willen der Beteiligten ankommen, sondern vielmehr muss die objektive Gesellschafterposition entscheidend sein. Auch die weite Zweckbestimmung der stillen Gesellschaft spricht nicht gegen die Außenhaftung¹⁵².

145 Siehe unter III. 4. a) und III. 4. d).

146 BGH WM 1964, 296, 297; WM 1966, 1219, 1221 (in BGHZ 46, 117 nicht abgedruckt); BGH NZG 2010, 823 Rdn. 2; als Vorinstanz auch OLG Schleswig NZG 2009, 256; BLAUROCK, NZG 2010, 974, 975; HARBARTH, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 261, 266; JUNG, aaO (Fn. 8), Rdn. 12.65; KOENIGS, aaO (Fn. 1), S. 237; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 13; DERS., FS Goette, 2011, S. 459, 473; DERS., NZG 2009, 361, 362; DERS., ZHR 178 (2014), 10, 51.

147 PAULICK, Handbuch Stille Gesellschaft, 3. Aufl., 1981, § 9 II; DERS., Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung, 1954, S. 39.

148 WESTERMANN, aaO (Fn. 23), S. 325.

149 So aber BGH WM 1966, 1219, 1221 (in BGHZ 46, 117 nicht abgedruckt); WILHELM, aaO (Fn. 33), S. 173.

150 So zutreffend auch WILHELM, aaO (Fn. 33), S. 172.

151 Siehe oben unter III. 4. a).

152 So aber HARBARTH, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 266.

Diese kann nicht so weit gehen, dass der still Beteiligte unternehmerische Verantwortung ohne Haftung übernimmt.

2. Die Haftung wie ein nicht eingetragener Kommanditist

Auf die §§ 171, 172 HGB kann nicht zurückgegriffen werden, weil keine Haftenlage existiert. Jedoch haftet der nicht eingetragene Kommanditist den Gläubigern nach § 176 HGB. Das könnte auch zu Lasten des atypisch still Beteiligten gelten. Die Haftung gem. § 176 HGB hat in der letzten Zeit einen Wandel erfahren. Die bislang h.M. geht von einer grundsätzlich beschränkten Haftung des Kommanditisten aus und sanktioniert die Nichteintragung im Handelsregister¹⁵³. Daher soll § 176 HGB eine abstrakte Vertrauenshaftung darstellen¹⁵⁴. Wendet man diese Sichtweise auf den atypisch still Beteiligten an, würde er nicht für vor seinem Beitritt begründete Verbindlichkeiten und auch nicht für deliktische Verbindlichkeiten haften¹⁵⁵. Bei einer atypisch stillen Beteiligung an einer GmbH & Co KG wäre jede Haftung analog § 176 HGB ausgeschlossen¹⁵⁶. Infolge der Rechtsfähigkeit der GbR und der Verlustdeckungshaftung bzw. Vorbelastungshaftung bei einer GmbH-Gründung wird die Vorschrift nunmehr so verstanden, dass der Kommanditist grundsätzlich persönlich unbeschränkt haftet und bei einer Eintragung im Handelsregister mit der Haftungsbeschränkung privilegiert wird¹⁵⁷. Folgt man dieser Sichtweise, würde der atypisch still Beteiligte unbeschränkt für alle Gesellschaftsverbindlichkeiten haften¹⁵⁸. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass eine stille Beteiligung nicht eintragungsfähig ist¹⁵⁹. Vielmehr soll der Gesellschafter wählen, was er will – die einem (typisch) stillen Gesellschafter vergleichbare zurückhaltende Position oder jene stärker unternehmerische Position des Kommanditisten. Unter Rückgriff auf § 176 HGB ist auch das Argument brüchig, dass es keine ziffernmäßig begrenzte Haftung des stillen

153 So die h.M. bislang für den Kommanditisten, z.B. HÜFFER, ZHR 151 (1987), 396, 414; KOLLHOSSER, ZGR 1976, 231, 235; siehe auch BGHZ 66, 98, 101 „Haftungsverschärfung“; i.E. auch BGHZ 82, 209, 213.

154 BGHZ 82, 209, 213.

155 So für den Kommanditisten BGHZ 82, 209, 215 f.

156 Siehe zum fehlenden abstrakten Vertrauen bei einer GmbH & Co KG OLG Frankfurt ZIP 2007, 1809; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 10), § 176 HGB Rdn. 50.

157 DAUNER-LIEB, FS Lutter, 2000, S. 835, 837 f.; KNOBBE-KEUK, FS Stimpel, 1985, S. 187, 194 ff; MEYER, BB 2008, 628, 631 f.; MÜLBERT, AcP 199 (1999), 38, 97; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 3), § 55 I 1), S. 1602 ff, 1605; WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), § 9 III 7, S. 821; eingehend LEHNEN, Vom Grundsatz der komplementärgleichen Kommanditistenhaftung, 2013, passim, insb. S. 150 ff.

158 LEHNEN, aaO (Fn. 157), S. 209 ff auch zum Umgang mit § 176 Abs. 1 Satz 1 a.E.

159 So aber K. SCHMIDT, NZG 2009, 361, 362.

Gesellschaftern geben könne¹⁶⁰. Ein Kommanditist ohne Registereintragung haftet den Gläubigern in voller Höhe. Das muss auch für einen still Beteiligten gelten, dem die Rechte eines Kommanditisten eingeräumt werden.

3. Haftung für Altverbindlichkeiten bei späterem Beitritt?

Die Neuausrichtung des § 176 HGB wird auch auf § 176 Abs. 2 HGB angewendet. Tritt jemand als Kommanditist einer existenten Gesellschaft bei, haftet er grundsätzlich gem. § 161 Abs. 2, § 130 HGB für alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten. Er kann sich die Haftungsbefreiung auch nur durch unverzügliche Eintragung als Kommanditist verdienen¹⁶¹. Die unbeschränkte Haftung des nichteingetragenen Kommanditisten auch für Altverbindlichkeiten ist richtig, weil andernfalls die Gesellschafter über den Eintrittszeitpunkt und die Höhe der Hafteinlage zu Lasten der Gläubiger disponieren bzw. diese manipulieren können¹⁶².

4. Die Haftung bei atypisch stiller Beteiligung an einer OHG

Die Ausführungen zu § 176 HGB gelten auch für die atypisch stille Beteiligung an einer OHG¹⁶³. Der atypisch still Beteiligte hat keine Befugnis zur organschaftlichen Geschäftsführung bzw. Vertretung. Es bleibt bei seiner einem Kommanditisten vergleichbaren Rolle, auch wenn er sich atypisch still an einer OHG beteiligt.

5. Abschließende Überlegungen

Der atypisch still Beteiligte haftet unbeschränkt, hat aber nicht die Mitwirkungsbefugnisse wie ein OHG-Gesellschafter bzw. Komplementär. Aus §§ 114 Abs. 2, 125 Abs. 1 HGB ergibt sich, dass ein persönlich unbeschränkt haftender Gesellschafter sowohl von der Geschäftsführung als auch von der Vertretung vertraglich ausgeschlossen werden kann. Auch kann vertraglich

160 So aber WILHELM, aaO (Fn. 33), S. 173.

161 LEHNEN, aaO (Fn. 157), S. 260 ff, insb. S. 266 ff; zustimmend z.B. THIESSEN, Großkomm. z. HGB, 5. Aufl., 2015, § 176 Rdn. 134; DERS., ZHR 180 (2016), 808, 811.

162 THIESSEN, aaO (Fn. 161), § 176 HGB Rdn. 134. Das ergibt sich aus der Überlegung, dass ein Kommanditist ohne Eintragung beitreten und zunächst die wirtschaftliche Lage beobachten könnte. Gehen die Geschäfte schlecht, würde er sich – um seine Verluste gering zu halten – eben nur für eine geringfügige Haftsumme entscheiden.

163 Auch MOCK, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 68 will bei atypisch stiller Beteiligung an einer OHG eine Haftung annehmen.

sein Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung ausgeschlossen werden¹⁶⁴. Das ist auch kumuliert möglich, wenn der Gesellschafter mit seiner Person für den Kredit der OHG bzw. KG stehen will und entsprechend Gewinn erhält. Das lässt sich auf den atypisch still Beteiligten übertragen. Auch kann man der analogen Anwendung von § 176 HGB nicht entgegnen, dass ein Kommanditist dieser Haftung durch Eintragung seiner Person im Handelsregister entgehen kann. Der atypisch still Beteiligte ist gerade an einer anonymen Beteiligung interessiert und will gleichwohl unternehmerisch mitwirken. Dann muss er auch die persönlich unbeschränkte Haftung in Kauf nehmen. Immerhin beruht die persönlich unbeschränkte Haftung gerade darauf, dass er sich vertraglich Kontroll- und Widerspruchsrechte einräumen lässt, die jenen eines Kommanditisten angenähert sind bzw. sogar darüber hinausgehen. Die vorliegend vertretene Sichtweise führt zu den Grundlagen des Gesellschaftsrechts zurück: Entweder gibt es (anonyme) Kreditgeber oder Gesellschafter mit unternehmerischem Einfluss. Letztere müssen entweder die unbegrenzte Haftung für die Verbindlichkeiten übernehmen oder eine Haftsumme zahlen. Die begrenzte Haftung wird durch Verlautbarung im Handelsregister erkaufte. Eine anonyme begrenzte Haftung bei unternehmerischer Mitwirkung gibt es nicht.

6. Fazit und Zwischenergebnis

§ 176 HGB ist auf den atypisch still Beteiligten anzuwenden. Die drohende Haftung hängt von der Interpretation der Vorschrift ab. Die hergebrachte Sichtweise würde den atypisch still Beteiligten nur für vertragliche Neuverbindlichkeiten haften lassen; mit moderner Auffassung kommt aber eine unbegrenzte Haftung für jegliche Verbindlichkeiten in Betracht.

7. Ergänzung: Atypisch stille Beteiligung am einzelkaufmännischen Unternehmen

Keine Auswirkungen hat die atypisch stille Beteiligung am Handelsgeschäft eines Einzelkaufmannes. Es bleibt bei der unternehmerischen Tätigkeit des Einzelkaufmannes, solange nicht als Gesellschaft nach außen aufgetreten wird¹⁶⁵. Auch ein Übermaß an internem Einfluss kann nicht zu einer Gesellschaft und damit zu einer Außenhaftung des atypisch stillen Gesellschafters führen. Es gibt keine Außengesellschaft und auf den Einlagebetrag des stillen

164 Dazu referierend FLEISCHER, FS Köndgen, 2016, S. 201, 214; siehe auch SCHÄFER, Großkomm. z. HGB, 5. Aufl., 2009, § 119 Rdn. 66.

165 AULINGER, aaO (Fn. 18), S. 18 f, 49; insoweit zutreffend KOENIGS, aaO (Fn. 1), S. 239.

Gesellschafter kann auch durch Privatgläubiger des Kaufmannes zugegriffen werden¹⁶⁶.

VII. Fazit und Perspektiven

1. Die Bedeutung der Dogmatik für die Ergebnisfindung

a) Die Ergebnisse im Gesellschaftsrecht

Grundsätzlich bringt die dogmatische Einordnung einen Gewinn an Klarheit. Dabei zeigt sich, dass die atypisch stille Beteiligung an einer Personengesellschaft unattraktiv wird, weil mit ihr eine Haftung analog § 176 HGB verbunden ist. Wenn sich die moderne Auffassung zu § 176 HGB durchsetzt, entspricht die Haftung jener gem. § 128 HGB. Die Dogmatik gibt eine weitere Begründung, warum eine atypisch stille Beteiligung an einer AG nicht möglich sein kann und legitimiert die (partielle) Teilnahme am Kapitalschutz bei der GmbH.

b) Auswirkungen auf das Steuerrecht

Folgt man dem vom Verfasser vorgestellten Modell, müsste auch über die steuerrechtlichen Konsequenzen neu nachgedacht werden¹⁶⁷. Aus § 8 Abs. 3 KStG ergibt sich, dass Zuwendungen an Gesellschafter das Einkommen der Körperschaft nicht mindern können. Das gilt auch für Genussrechtsinhaber, wenn diese am Gewinn und Liquidationserlös beteiligt sind. Das muss dann auch für Zuwendungen an atypisch still Beteiligte gelten. Ein gravierender Unterschied zur bisherigen Rechtslage wäre daher die Nichtanwendung der §§ 15, 15a EStG bei der atypisch stillen Beteiligung an einer GmbH. Vielmehr läge ein Ertrag der Körperschaft vor, welcher der Körperschaft- und Gewerbesteuer unterliegen würde. In der Konsequenz würde der Anteilseigner Dividenden beziehen, die dem Teileinkünfteverfahren unterworfen wären bzw. gem. § 8 b KStG besteuert würden. Um das hier erwähnte Ergebnis zu erreichen, muss der Ausgangspunkt überdacht werden: Ordnet man die atypisch stille Beteiligung zunächst dogmatisch ein, kann im nächsten Schritt die zutreffende Besteuerung begründet werden. Die Praxis geht aber davon aus, dass es bei stiller Beteiligung nur Kapitaleinkünfte gem. § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG

166 Deutlicher Hinweis bei KOENIGS, aaO (Fn. 1), S. 308.

167 Der Verfasser dieses Beitrags arbeitet derzeit an einem Beitrag zu den steuerrechtlichen Konsequenzen der Einordnung einer atypisch stillen Gesellschaft als ergänzender Geschäftsanteil.

oder mitunternehmerische Einkünfte geben kann¹⁶⁸. Bei atypisch stiller Beteiligung wird allein geprüft, ob die Merkmale einer Mitunternehmerschaft vorliegen. Durch fehlende dogmatische Grundlagen bei der Einordnung des atypisch still beteiligten Gesellschafters hat das Thema ein Eigenleben genommen, das aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive nur schwer nachvollzogen werden kann¹⁶⁹.

c) Unmöglichkeit der Änderungen für die Praxis?

Überraschend für viele atypisch still an einer KG Beteiligte mag die Haftung analog § 176 HGB sein¹⁷⁰. Hier kann wie bei der persönlich unbeschränkten Haftung von GbR- Gesellschaftern ein Vertrauensschutz in bisherige Rechtsprechung zugestanden werden¹⁷¹. In Zukunft muss sich der Geldgeber als Kommanditist (mit geringer Haftsumme und höherer Pflichteinlage) beteiligen. Eine haftungsfreie Beteiligung mit unternehmerischem Charakter ist nicht (mehr) möglich. Exorbitant sind die Auswirkungen im Steuerrecht bei der Beteiligung an einer GmbH. Will der still Beteiligte weiterhin als Mitunternehmer besteuert werden, muss er sich an einer KG beteiligen mit dem Risiko des § 176 HGB oder der Eintragung einer Kommanditbeteiligung im Handelsregister. Der Praxis wird auf diese Weise nur eine selbst geschaffene Gestaltungsmöglichkeit genommen.

2. Offene Fragen

a) Das Verhältnis zum stillen Verband

Die vorliegend behandelte Konstellation der atypisch stillen Beteiligung neben am Eigenerfolg der Gesellschaft interessierten Gesellschaftern kann nicht vom Modell des stillen Verbandes gedeckt werden¹⁷². Daraus resultiert die Frage, ob nicht das Modell des stillen Verbandes entbehrlich ist, weil das vorliegende Modell des ergänzenden Geschäftsanteils auch auf die Konstellation passt, wenn am Geschäftserfolg der GmbH oder KG interessierte Gesellschafter fehlen. Das wäre der Fall, wenn bei Anwendung des stillen Verbandes nicht das Kapital- und Gläubigerschutzniveau erreicht wird wie bei der Idee des

168 Das lässt sich auch nicht aus dem Wortlaut von § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG herleiten; siehe dazu oben unter III. 1.

169 Zu einigen Diskussionspunkten aktuell BRANDENBURG, FS Crezelius, S. 275 ff.

170 HARBARTH, aaO (Fn. 10), § 230 HGB Rdn. 266.

171 BGHZ 150, 1, 5; kritisch REIFF, ZGR 2003, 550, 562 f.

172 So auch K. SCHMIDT, ZHR 178 (2014), 10, 22.

ergänzenden Geschäftsanteils. Wird dieses erreicht¹⁷³, können die stillen Gesellschafter im stillen Verband hinsichtlich ihrer Verwaltungsrechte wie Gesellschafter behandelt werden.

b) Die stille Beteiligung neben der Gesellschafterposition

Fraglich ist, ob eine zusätzliche stille Beteiligung eines Gesellschafters neben seiner Gesellschafterbeteiligung unabhängig von der Ausgestaltung immer als atypisch stille Beteiligung und damit als ergänzender Geschäftsanteil eingeordnet werden muss. Im GmbH-Recht wären die Folgen erheblich: Zinsen (Dividenden) bzw. Rückzahlung der Einlage würden im Gegensatz zum (partiarischen) Gesellschafterdarlehen von der bilanziellen Situation der Gesellschaft abhängen. Man kann gegen diese Sichtweise nicht anbringen, dass die Grenzen zwischen partiarischem Gesellschafterdarlehen, typisch stiller Gesellschaft und atypisch stiller Gesellschaft zur Unkenntlichkeit verschoben wären. Das liegt vielmehr in der Natur der Institute. Für die Lösung kommt es darauf an, ob der Einfluss als GmbH-Gesellschafter auf die stille Beteiligung ausstrahlt oder ob die stille Beteiligung autonom zu bewerten ist. Letzteres ist der Fall¹⁷⁴. Solange Gewinn und Verlust nur anhand des Betriebsgewinns ermittelt werden und der Einfluss als Gesellschafter durch die stille Beteiligung nicht vermehrt wird, ist die stille Beteiligung nicht als atypisch einzuordnen. Die Rechtsprechung aus dem Steuerrecht, dass das Fehlen von Mitunternehmerisiko durch ein erhöhtes Maß an Mitunternehmerinitiative aufgefangen werden kann¹⁷⁵, sollte nicht auf das Zivilrecht übertragen werden. Die Ausführungen gelten auch für die zusätzliche stille Beteiligung neben dem Kommanditanteil. Eine solche ist aber nicht nötig, weil der Kommanditist seine Einlage so verbuchen lassen kann, dass sie grundsätzlich haftungsunschädlich zurückfließen kann¹⁷⁶. Ist der Kommanditist als solcher eingetragen, droht auch keine Haftung analog § 176 HGB wegen der zusätzlichen atypisch stillen Beteiligung.

c) Der atypisch still an einer Unternehmenssparte Beteiligte

Fraglich ist, ob das vorgestellte Modell auch auf solche stillen Gesellschafter angewendet werden kann, die mit dem Kaufmann bzw. der Gesellschaft nur eine bestimmte Sparte gemeinsam betreiben und nur an den dort erwirtschafteten

173 Darauf deuten die Ausführungen bei K. SCHMIDT, ZHR 178 (2014), 10, 44 ff hin.

174 So bereits auch abweichend zur h.M. im Steuerrecht MYLICH, FS Blaurock, S. 355, 363 f.

175 Siehe unter II) 2) d) und Fn. 31.

176 Zu den Gestaltungsmöglichkeiten grundlegend MYLICH, ZHR 182 (2018), 414 ff.

Gewinnen und Verlusten beteiligt werden¹⁷⁷. Hier passt die Idee des ergänzenden Geschäftsanteils nicht so recht, denn der still Beteiligte partizipiert nur an bestimmten Gewinnen¹⁷⁸. Offen ist zunächst, ob der still Beteiligte so behandelt werden soll, als hätte er sich atypisch still am Unternehmen eines Einzelkaufmannes beteiligt. Darüber hinaus ist fraglich, ob er trotz der lediglich partiellen Beteiligung den Kapitalschutz- und Haftungsregeln ebenso unterliegen soll.

VIII. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Die Einordnung der atypisch stillen Beteiligung als ergänzender Geschäftsanteil

Der atypisch still Beteiligte erhält einen ergänzenden Geschäftsanteil, wenn ihm die Rechte eines unmittelbar am Rechtsträger beteiligten Gesellschafters gewährt werden. Er tritt in eine Position, die nicht an jene des stimmrechtslosen Gesellschafters heranreicht, jedoch jene des Genussrechtsinhabers übersteigt. Es fehlt zwar das mitgliedschaftliche Element, doch erhält der atypisch still Beteiligte kraft des Vertrags über die stille Gesellschaft Befugnisse, die an jene eines Mitglieds heranreichen, aber auch darüber hinausgehen können. Eine atypische Ausgestaltung der stillen Beteiligung an einer KG führt zu einer Stellung, die einem Kommanditisten vergleichbar ist.

2. Die Unzulässigkeit der atypisch stillen Beteiligung an einer AG

Die Einordnung der atypisch stillen Beteiligung als ergänzender Geschäftsanteil verdeutlicht, dass eine atypisch stille Beteiligung an einer AG gegen § 23 Abs. 5 AktG verstoßen würde. Zudem greift der atypisch still Beteiligte durch sein Weisungs- und Kontrollrecht unzulässig in die Organkompetenzen ein.

3. Die atypisch stille Beteiligung an einer GmbH

Ist jemand atypisch still an einer GmbH beteiligt, treffen ihn viele Pflichten eines GmbH-Gesellschafters. Zwar ist er an der Kapitalaufbringung nicht beteiligt, jedoch gilt auch für ihn § 30 GmbHG als Entnahmegrenze. Seine

¹⁷⁷ Zur Zulässigkeit dieses Modells bereits KOENIGS, aaO (Fn. 1), S. 7 f.

¹⁷⁸ Beispiel: Die G-GmbH vertreibt Produkte vor allem in Süddeutschland. S will sich still beteiligen und mit ihr gemeinsam auch in Berlin den Vertrieb eröffnen. Die in Berlin erzielten Gewinne und Verluste sollen zwischen der G-GmbH und S geteilt werden; an den sonstigen Gewinnen und Verlusten sollen nur die Gesellschafter der G-GmbH partizipieren.

Treuepflichten erstrecken sich auch auf die GmbH-Gesellschafter. Wegen der Herleitung der Verwaltungsrechte aus dem Vertrag zur stillen Gesellschaft ist diese nicht veräußert und kann bei Tod des atypisch still Beteiligten durch den Rechtsträger gekündigt werden. Die Einordnung als ergänzender Geschäftsanteil führt zu einem Schutz bei Umstrukturierungen, wie ihn stimmrechtslose Gesellschafter verdienen. Soweit es möglich ist, ist § 23 UmwG bei Umwandlungen anzuwenden. Unterwirft sich die GmbH einem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, sind zugunsten des atypisch still Beteiligten die §§ 304, 305 AktG analog anzuwenden.

4. Die atypisch stille Beteiligung an einer Personengesellschaft

Beteiligt sich jemand atypisch still an einer Personengesellschaft, kommt § 176 HGB zu seinen Lasten zur Anwendung. Die hergebrachte Auffassung nimmt eine Vertrauenshaftung an, während die moderne Auffassung für den atypisch still Beteiligten drakonisch wäre: Er würde für alle Verbindlichkeiten der Personengesellschaft persönlich unbeschränkt haften.

5. Perspektiven

Die vorliegend entwickelte Sichtweise berührt die Theorie des stillen Verbandes wohl nicht. Für das Steuerrecht ist zu überlegen, ob der atypisch still an einer Körperschaft Beteiligte als Mitunternehmer eingeordnet werden kann. Sachlich näher liegt ein nach KStG steuerbarer Gewinn der Körperschaft und Dividendeneinkünfte des atypisch stillen Gesellschafters gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG.