

I. Einführung

A. Problemaufriss

Das Recht der stillen Gesellschaft (stG) wird seit Jahrzehnten praktisch und wissenschaftlich durchdrungen. Die Zahl der höchstgerichtlichen Entscheidungen und monographischen Abhandlungen ist Legion.¹ In jüngerer Zeit steht vor allem die Schnittstelle zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht im Fokus. Dort hat sich das Thema allerdings noch immer nicht erschöpft. Sowohl grundlegende Fragen als auch komplexe Einzelprobleme sind nach wie vor ungeklärt. Häufig ergeben sich diese aus Situationen, in denen eine (Sanierungs-)Finanzierung durch eine stille Beteiligung nicht zum gewünschten Erfolg führt und die finanzierte Gesellschaft insolvent wird.

Damit ist bereits die Brücke zum Hauptanwendungsbereich der stG geschlagen, bei der nicht die Bildung eines gesellschaftsrechtlichen Verhältnisses, sondern die Finanzierung des vom Inhaber betriebenen Unternehmens im Vordergrund steht. Zu diesem Zweck beteiligt sich eine Person, der stille Gesellschafter, am Unternehmen oder Vermögen² eines anderen, des Inhabers, indem er eine Einlage in dessen Vermögen leistet. Der stille Gesellschafter wird dafür am Gewinn und uU auch am Verlust des Inhabers beteiligt. Diese Konstellation ist einem (partiarischen) Kreditverhältnis auffallend ähnlich, was sich dadurch historisch erklärt, dass sich die stG als Alternative zum Darlehen entwickelt hat.³ Es nimmt folglich wenig wunder, dass schon die Grundsatzfrage, ob die stG überhaupt zu den echten Gesellschaften zu zählen ist oder doch nicht mehr als ein „qualifiziertes Kreditverhält-

-
- 1 Einen Überblick über die Rsp verschafft etwa OGH 26.9.2017, 6 Ob 204/16t (auf bei IV.B.1.ff); Monographien aus der „jüngeren Zeit“ sind zB *Koenigs*, Die stille Gesellschaft (1961); *Hense*, Die stille Gesellschaft im handelsrechtlichen Jahresabschluß (1990); *Bauer*, Die Stille Gesellschaft als Finanzierungsinstrument (2001); *Landsmann*, Die stille Gesellschaft in der Insolvenz (2007).
 - 2 Seit dem GesbR-RG 2015 ist nicht nur die Beteiligung an einem Unternehmen, sondern auch die Beteiligung an einem bloßen Vermögen möglich (dazu gleich bei II.A.).
 - 3 Siehe zB *Schön*, ZGR 1990, 220 (221); *Bauer*, Stille Gesellschaft 44; ausführlicher dazu bei II.A.

nis“⁴ darstellt, umstritten ist. Erschwert wird die Beantwortung dieser Frage noch dadurch, dass das stille Gesellschaftsverhältnis weitgehend frei gestaltbar ist. Das Recht der stG, namentlich die §§ 179–188 UGB, ist nämlich größtenteils dispositiver Natur.⁵

Vor dem Hintergrund des Finanzierungszwecks der stG und ihrer Nähe zu Kreditverhältnissen ist auch verständlich, dass der Gesetzgeber den stillen Gesellschafter grundsätzlich als Fremdkapitalgeber erfasst. Das zeigt allen voran § 187 Abs 1 UGB, wonach der stille Gesellschafter in der Insolvenz des Inhabers mit seinem Anspruch auf „Rückzahlung der Einlage“ Insolvenzgläubiger ist. Abweichend von dieser gesetzlichen Grundkonzeption qualifizierte der OGH stille Einlagen jedoch seit dem Ende der 1980er Jahre als eigenkapitalersetzend, später auch als Eigenkapital, wenn dem stillen Gesellschafter eine Beteiligung am Unternehmenswert oder an der Geschäftsführung eingeräumt wurde, sodass er „Mitunternehmer“ war.⁶ Aus dieser Einordnung folgerte der OGH, dass der stille Gesellschafter kein Gläubigerrecht habe, das ihm einen Insolvenzteilmahnsanspruch als Insolvenzgläubiger gewährt.⁷

An dieser Judikaturlinie vermochte selbst die Einführung des EKEG 2004 zunächst nichts zu ändern, obgleich der Rsp damit die Einordnung der stG durch klare Vorgaben erleichtert und dem allgemeinen Ansinnen nach Rechtssicherheit Rechnung getragen wurde. Konkret ordnet nämlich der für stille Beteiligungen einschlägige § 10 EKEG an, dass stille Einlagen nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen, die von jenen der älteren Rsp abweichen, in eigenkapitalersetzende Leistungen umqualifiziert werden. Das Verhältnis des EKEG zur früheren „Eigenkapital-Judikatur“ blieb dennoch weitgehend im Dunkeln, bis der OGH 2017 in 6 Ob 204/16t⁸ eindeutig Stellung zur Einordnung stiller Einlagen bezog. Er würdigte dabei die Wertungen des EKEG und ging von der früheren Rsp ab: Im Grundsatz sei die stille Einlage Fremdkapital und werde nur unter den Voraussetzungen des § 10 EKEG in eigenkapitalersetzendes Kapital umqualifiziert. Soll die Einlage auch sonst Eigenkapitalcharakter haben, müsse dies besonders vereinbart werden.

Auch wenn der OGH mit dieser Zäsur viel Licht ins Dunkel brachte, gibt er gleichzeitig einen Anstoß zur Untersuchung einer Vielzahl an Detailfragen

4 Ausf dazu *K. Schmidt*, ZHR 1976, 475 (480 ff); *Hense*, Stille Gesellschaft 1 („darlehensähnliches Dauerrechtsverhältnis“).

5 OGH 3 Ob 507/79 GesRZ 1979, 162 (166); *Trenker* in *U. Torggler*, UGB³ § 179 Rz 16; *Hochedlinger* in *Artmann*, UGB I³ § 179 Rz 14, je mwN.

6 Instruktiv dazu OGH 26.9.2017, 6 Ob 204/16t (ausf bei IV.B.).

7 RIS-Justiz RS0075202; RS0062141(vgl insb die Beisätze [T1] bis [T3]); ähnlich RS0102971.

8 OGH 6 Ob 204/16t GesRZ 2017, 396 (*Hochedlinger*) = ÖBA 2018, 277 (*Edelmann*) = RWZ 2017, 344 (*Wenger*) = NZ 2017, 473 (*Foglar-Deinhardstein*) = VbR 2018, 35 (*Told*) = ZFR 2018, 88 (*Kepplinger*).

hinsichtlich der Eigenkapitalqualifikation stiller Einlagen. Bislang blieb etwa offen, unter welchen konkreten Voraussetzungen stille Einlagen durch Parteienvereinbarung zu materiellem Eigenkapital einer Gesellschaft im bilanziellen Sinn werden können und welche zivil-, gesellschafts- und insolvenzrechtlichen Folgen ein bilanzieller Ausweis unter dem Eigenkapitalposten zeitigt. Ungeklärt sind allen voran die Stellung des stillen Eigenkapitalgebers in der Insolvenz des Inhabers, die Berücksichtigung der stillen Einlage im Überschuldungsstatus und die Auswirkungen der Eigenkapitalqualifikation auf das Fortbestehen der stG im Insolvenzfall.

Diese und viele weitere Themen wird die vorliegende Arbeit behandeln. Sie soll sich allerdings nicht in einer isolierten Betrachtung einzelner Problemstellungen erschöpfen, sondern versucht, Verknüpfungen zwischen diesen herzustellen und ein Gesamtkonzept zur Behandlung stiller Beteiligungen in der Krise und der Insolvenz aufzuzeigen. Dabei müssen Grundwertungen des Gesellschafts-, Eigenkapitalersatz- und Insolvenzrechts berücksichtigt werden. Die erarbeiteten Lösungsansätze sollen darin eingebettet werden und nicht zuletzt die praktische Handhabung stiller Beteiligungen als Sanierungsinstrument erleichtern sowie eine verstärkte Diskussion in der Rechtswissenschaft fördern.

B. Gang der Untersuchung und Abgrenzung des Untersuchungsgegenstands

Die Untersuchung gliedert sich zunächst in einen allgemeinen Teil über die stG (Kapitel II.), in dem insb der Fremdkapitalcharakter der Einlage und die Stellung des Stillen hervorgehoben werden. Darauf aufbauend wird die stille Beteiligung im Lichte des EKEG untersucht (Kapitel III.). Dort soll gezeigt werden, unter welchen Voraussetzungen die stille Einlage eigenkapitalersetzend ist. Danach wird die noch stärkere Kapitalbindung durch Einordnung der stillen Einlage als materielles Eigenkapital beleuchtet (Kapitel IV.). Schließlich wird die Behandlung stiller Beteiligungen im Insolvenzfall eines Gesellschafters erörtert (Kapitel V.), ehe eine Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse folgt (Kapitel VI.). Berücksichtigt werden bei alledem in erster Linie die österr Literatur und Rsp. Da die dt Rechtslage, insb die §§ 230–236 HGB, der österr gleicht, wird regelmäßig auch auf diese Bezug genommen.

Die Arbeit mit einem allgemeinen Teil zur stG zu beginnen, bietet sich an, weil die Beurteilung der gesellschafts-, bilanz-, und insolvenzspezifischen Problemstellungen grundlegende Kenntnisse über die stG erfordert. Im allgemeinen Teil werden also bereits die Weichen für die nachfolgenden Kapitel gestellt. Zu diesem Zweck wird zunächst ein Blick auf die nicht unbedeuten-

de Entstehungsgeschichte der stG geworfen. Im Mittelpunkt stehen in weiterer Folge das Rechte- und Pflichten-Verhältnis der Gesellschafter und die Einordnung der stG im Gesellschaftsrecht. Im nächsten Unterabschnitt werden unterschiedliche, vom zuvor dargelegten Gesetzestypus abweichende, sog „atypische“ Ausgestaltungsformen der stG kritisch beleuchtet. Schließlich darf im Kapitel über die stG auch eine Abgrenzung zu anderen, der stG ähnlichen Rechtsinstituten nicht fehlen. Im letzten Unterabschnitt des Kapitels II. wird daher der Versuch unternommen, die stG von partiarischen Darlehen, Genussrechten und der GesbR abzugrenzen.

Im Anschluss an die Darstellung der wichtigsten gesellschafts- und zivilrechtlichen Aspekte der stG wird im Kapitel III. die Anwendung des EKEG auf die stG untersucht. Dabei wird einleitend das Eigenkapitalersatzrecht in seinen Grundzügen dargestellt und darauf aufbauend die Umqualifizierung der stillen Einlage von Fremdkapital in eigenkapitalersetzendes Kapital sowie die Erfassung von „Nur-Stillen“ im EKEG dargelegt. Auch die Ausnahme an sich eigenkapitalersetzender stiller Einlagen durch das Sanierungsprivileg wird behandelt. Bevor zudem auf der stG ähnliche Finanzierungsinstrumente, wie Genussrechte, eingegangen wird, werden einige Sonderprobleme, die sich zum Teil aus dem weitgehend dispositiven Wesen der stG ergeben, aufgezeigt und einer Lösung zugeführt.

Im darauffolgenden Kapitel IV. wird die – ausweislich der Rsp und dem Vernehmen nach äußerst praxisrelevante – Frage nach der Eigenkapitalqualität stiller Einlagen beantwortet. Dabei werden zuerst die frühere Rsp des OGH, der durch das EKEG ausgelöste Wertungswiderspruch und die richtungsweisende E 6 Ob 204/16t überblicksweise dargestellt. Danach wird der Eigenkapitalbegriff anhand seiner Funktionen erörtert und allen voran Eigen- von Fremdkapital abgegrenzt. Darauf aufbauend werden die konkret für die Schaffung materiellen Eigenkapitals zu vereinbarende Inhalte herausgearbeitet. Dabei wird auch zu zeigen sein, dass eine stille Einlage nicht kraft objektiven Rechts, also gegen den Willen des stillen Gesellschafters, sondern nur bei entsprechender Vereinbarung in Eigenkapital „umzuqualifizieren“ ist.

Unter Berücksichtigung der bis dahin gewonnenen Erkenntnisse wird im Kapitel V. untersucht, wie sich der Insolvenzfall eines Gesellschafters auf das stille Gesellschaftsverhältnis auswirkt. Zuerst wird die Auflösung der stG als Rechtsfolge der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gem § 185 Abs 2 UGB erörtert, ehe Ausnahmen von der gesetzlichen Regel aufgezeigt werden. Danach widmet sich die Arbeit der überaus facettenreichen und komplexen Behandlung des stillen Gesellschafters in der Insolvenz des Inhabers, bevor auch der Insolvenzfall des Stillen selbst behandelt wird. In der Insolvenz des Inhabers ist allen voran die Unterscheidung zwischen Konkurs- und

Sanierungsverfahren als wesentliche, vom Gesetzgeber vorgegebene Weichenstellung zu beachten, die schon bei der gesetzestypischen stG zu Problemen führt. Verkompliziert wird die Behandlung des Stillen im Insolvenzverfahren des Inhabers zusätzlich dadurch, dass die stille Einlage und damit das Auseinandersetzungsguthaben des Stillen gesellschafts- bzw zivilrechtlich unterschiedlich einzuordnen ist. Denn nach der Einordnung als Fremdkapital, eigenkapitalersetzende Leistung oder Eigenkapital richten sich auch die Forderungsqualifikation und damit die Stellung des Stillen in der Insolvenz. Auch anderenorts wirkt die weitgehende Dispositivität im Recht der stG Probleme hinsichtlich der insolvenzrechtlichen Behandlung der stillen Einlage auf. Häufig ist nach der jeweiligen Ausgestaltung der stG zu differenzieren, wie zB bei der Frage nach dem Anwendungsbereich der §§ 25a, 25b IO oder der Insolvenzantragspflicht nach § 69 IO. Der letzte Abschnitt der Abhandlung hat sodann das äußerst praxisrelevante Thema der Insolvenzanfechtung zum Gegenstand. Zentral ist an der Schnittstelle zur stG die Frage nach dem Anwendungsbereich der Sonderanfechtungsnorm des § 188 UGB. Daneben wird der Anfechtbarkeit ausgewählter Sachverhaltskonstellationen, insb der vorinsolvenzlichen Rückzahlung der stillen Einlage mit Eigenkapitalcharakter, nachgegangen. Als wesentliche – potenziell – an die Bilanzierung als Eigenkapital anknüpfende Rechtsfolge ist schließlich auch die Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr nach §§ 82 f GmbHG, § 52 AktG auf den stillen Gesellschafter zu untersuchen. Daneben sind auch allgemeine zivilrechtliche Haftungstatbestände zu beachten, die faktisch zu Rückzahlungsbeschränkungen führen können.

Schon aus dem Gang der Untersuchung ist ersichtlich, dass in erster Linie Fragen des Gesellschafts-, Zivil- und Insolvenzrechts behandelt werden. Hingegen finden die für die stG ebenfalls relevanten steuerrechtlichen und betriebswirtschaftlichen Aspekte grundsätzlich nur insoweit Eingang in diese Arbeit, als sie für das bessere Verständnis notwendig sind. Ähnliches gilt für einige Einzelfragen, die weder für die Wahl der stG als Eigen- oder Fremdfinanzierungsmittel noch für deren Behandlung in der Krise oder Insolvenz ausschlaggebend sind, wie zB einzelne Auflösungs- oder Kündigungsgründe.

Im Vordergrund der Arbeit steht außerdem die stille Beteiligung an einem Unternehmen, die nicht nur praktisch, sondern auch in der Wissenschaft als Regelfall behandelt wird. Die Ausführungen gelten freilich *mutatis mutandis* für stille Beteiligungen an Vermögen.