

Zivilrechtliche Schriften

Beiträge zum Wirtschafts-, Bank- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von Peter Kreuz und Dieter Reuter

59

Tim Ebert

Stille Gesellschaft, Genussrecht und partiarisches Darlehen als mezzanine Kapitaltitel zur Finanzierung einer GmbH

Eine Analyse der historischen Entwicklung
und Abgrenzung dieser Finanzierungsinstrumente
sowie der mit diesen verbundenen Kompetenz-
und Eigenkapitalersatzfragen im GmbH-Recht



PETER LANG

Einleitung

Als „mezzanin“ bezeichnete Kapitaltitel sind in jüngster Zeit verstärkt als Instrumente der Unternehmensfinanzierung in der juristischen und vor allem in der betriebswirtschaftlichen Literatur diskutiert worden. Gehandelt wurden sie vor allem als Mittel zur Behebung der Eigenkapitalschwäche mittelständischer Unternehmen oder als Bausteine von Sonderfinanzierungen.¹

Der Begriff „Mezzanine“ stammt ursprünglich aus dem Italienischen und bezeichnet in der Architektur das Zwischengeschoss inmitten zweier Hauptstockwerke.² In der Unternehmensfinanzierung steht die Bezeichnung Mezzanine-Kapital für Finanzierungsformen, die – wie der architektonische Ursprung bereits erahnen lässt – sowohl typische Merkmale und Eigenschaften des Eigen- als auch des Fremdkapitals bzw. – juristisch ausgedrückt – sowohl gesellschaftsrechtliche als auch austauschvertragliche Merkmale aufweisen, insoweit also eine Zwischenstellung einnehmen.³ Fremdkapitalcharakter erhält Mezzanine-Kapital vor allem durch zeitliche Befristung der Kapitalüberlassung und einen festen Rückzahlungsanspruch. Einen gewissen Eigenkapitalcharakter wird dem Mezzanine-Kapital insbesondere durch erfolgsabhängige Vergütungsbestandteile, Verlustbeteiligung und nachrangige Haftung verliehen. Erscheinungsformen von Mezzanine-Kapital, d. h. Rechtsverhältnisse, die eine derartige Kombination von typischerweise einem Gesellschafter zustehenden Rechten und solchen, die typischerweise einem der Gesellschaft austauschvertraglich gegenüberstehenden Dritten zustehen, zulassen, sind insbesondere stille Gesellschaften, Genussrechte, partiarische (Nachrang-)Darlehen, Options- und Wandelanleihen sowie Gewinnschuldverschreibungen.

Zur Finanzierung mittelständischer Unternehmen, die häufig in der Rechtsform der GmbH geführt werden, kommen als mezzanine Kapitaltitel vor allem stille Gesellschaften, partiarische (Nachrang-)Darlehen sowie Genussrechte in Betracht. Diese Rechtsinstitute in der Funktion als Mittel zur Finanzierung von Unternehmen sind Gegenstand vorliegender Arbeit. Das Genussrecht wird hier vor allem i. S. d. Finanzierungsgenussrechtes, d. h. als Kapitalüberlassung gegen Gewährung eines Anteils am Gewinn, betrachtet. Allgemein lässt sich damit das allen drei Rechtsinstituten zugrunde liegende Grundmuster beschreiben als „Gewinnbeteiligung gegen Anlage von Kapital in einem Unternehmen bei auf den Einsatz beschränkter Haftung ohne Vermittlung einer Gesellschafterstellung

1 So z. B. bei *Hofert/Arends*, GmbHR 2005, S. 1381 ff.

2 *Duden*, Wörterbuch der deutschen Sprache, Band 6, S. 2580.

3 *Link*, S. 1; *O. Müller*, S. 13; *Hinz/Dörscher*, S. 2; *Gereth/Schulte*, S. 1; *Hofert/Arends*, GmbHR 2005, S. 1381.

der zu finanzierenden Gesellschaft an sich“. Die hier betrachteten Finanzierungsinstrumente zeichnet ferner eine Besonderheit aus: ihr Variationsspielraum. Vor allem bei der stillen Gesellschaft und beim Genussrechts sind innerhalb des jeweiligen Rechtsinstituts mannigfache Ausgestaltungsweisen möglich – was in Verbindung mit ihrer grundsätzlichen Ähnlichkeit zu dem ersten in dieser Arbeit betrachteten Problembereich führt: der rechtlichen Abgrenzung der drei Finanzierungsinstrumente, die in der Literatur umstritten ist, wobei zahlreiche Extrempositionen vertreten werden. So wird einerseits die Ansicht vertreten, dass es das partiarische Darlehen gar nicht gebe, vielmehr sei stets eine stille Gesellschaft anzunehmen. Auf der anderen Seite soll bei einer auf Gewinnerzielung ausgerichteten Gesellschaft ein gemeinsamer Zweck und damit ein Gesellschaftsverhältnis nur für diejenigen Beteiligten vorliegen, die sowohl am Gewinn als auch am Verlust beteiligt sind, so dass nach dieser Ansicht der stillen Beteiligung ohne Verlustbeteiligung die Gesellschaftsqualität abgesprochen und diese Form der „stillen Gesellschaft“ als partiarisches Rechtsverhältnis eingeordnet werden müsste. Beim Genussrecht ist die Situation noch vielschichtiger. Einerseits wird sowohl eine Qualifikation als stille Gesellschaft als auch eine als partiarisches Rechtsverhältnis vertreten. Andererseits soll das Genussrechtsverhältnis aber auch ein Rechtsverhältnis sui generis darstellen. Zur Klärung der Abgrenzungs- und Einordnungsfragen soll folgende Arbeit beitragen, indem das Problemfeld systematisch analysiert und ein eigener Ansatz zur Lösung entwickelt wird.

Der Untersuchung der Abgrenzungs- und Einordnungsfragen wird eine umfassende Analyse der historischen Entwicklung von stiller Gesellschaft, partiarischem Darlehen und Genussrecht und eine vergleichende Betrachtung dieser Rechtsinstitute mit dem Ziel vorangestellt, Rückschlüsse auf das Wesen des jeweiligen Rechtsinstituts und das Verhältnis der Rechtsinstitute zueinander und damit auf die Abgrenzung und Einordnung zu ziehen. Eine Analyse der historischen Entwicklung ist nicht zuletzt wegen der Ansicht *Wolfgang Schöns* angezeigt, der die überwiegend vorgenommene Differenzierung zwischen partiarischem Darlehen und stiller Gesellschaft als „historisches Mißverständnis“ bezeichnet und das partiarische Darlehen den Vorschriften der stillen Gesellschaft subsumieren will.⁴

Mit dem besonderen hybriden, sowohl typische Merkmale und Eigenschaften von Eigen- als auch von Fremdkapital bzw. von gesellschafts- als auch von austauschvertraglichen Rechtsverhältnissen vermittelnden Charakter der hier untersuchten Finanzierungsinstrumente sind auch typische gesellschaftsrechtliche Problemkonstellationen verbunden, die insbesondere im Bereich des GmbH-

4 *Schön*, ZGR1993, S. 210, 241 ff.

Rechts zu offenen Fragen führen. Vor allem drängen sich zwei Problembereiche auf:

So stellt sich die Frage, welchem Organ innerhalb der GmbH die Kompetenz zum Abschluss derartiger Verträge zusteht. Während die Aufnahme von Eigenkapital in Form von Stammkapital gemäß § 55 i. V. m. § 53 GmbHG in den genuinen Aufgabenkreis der Gesellschafter fällt, ist die Aufnahme von Fremdkapital regelmäßig Angelegenheit der Geschäftsführer. Die Aufnahme der hier betrachteten Mezzanine-Kapitaltitel ist nicht explizit im GmbH-Recht geregelt. Es werden verschiedene Ansichten zu der Frage vertreten, welche Wirksamkeitsvoraussetzungen an den Abschluss derartiger Verträge seitens einer kapitalaufnehmenden GmbH zu stellen sind, insbesondere ob der Vertragsschluss in den Kompetenzbereich der Geschäftsführer fällt oder ob und mit welcher Mehrheit Gesellschafterbeschlüsse erforderlich sind. Die vertretenen Meinungen reichen von der Übertragung der aktienrechtlichen Regelungen zu Unternehmensverträgen oder Genussrechten über die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter bis hin zu Gesellschafterbeschlüssen mit einfacher Mehrheit. Dabei ist jedoch auffällig, dass jeweils von dem konkreten Rechtsverhältnis ausgegangen wird und auch nur für diese die Kompetenzfrage erörtert wird. Ein weiteres Ziel dieser Arbeit soll daher sein, die möglichen Ausprägungsmerkmale zu untersuchen und rechtsformübergreifend zu prüfen, inwiefern sich dieses konkrete Merkmal auf die Kompetenzzuweisung auswirkt.

Darüber hinaus soll aus dem Bereich des Eigenkapitalersatzrechtes die Problematik untersucht werden, inwiefern und unter welchen Voraussetzungen die durch die hier betrachteten Rechtsverhältnisse berechtigten Dritten aufgrund des hybriden Charakters des sie mit der GmbH verbindenden Vertrages als Quasigesellschafter i. S. d. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zu qualifizieren sind. Diese Frage war bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) am 01.11.2008 im Rahmen des § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. umstritten, wobei sowohl die Einbeziehung stiller Gesellschafter und Genussrechtsinhaber als auch die partiarischer Darlehensgeber in der Literatur in Betracht gezogen wurde. Da die bisherige Diskussion zum Quasigesellschafter von großer Bedeutung für das nunmehr geltende Recht ist, gilt es, die zu § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. vertretenen Ansätze zu untersuchen und kritisch zu überprüfen und sich dann der Frage zu widmen, ob sich aufgrund der Gesetzesänderung nunmehr eine andere Wertung gebietet.

Trotz der augenscheinlichen Zusammenhanglosigkeit der im Rahmen dieser Arbeit betrachteten Problemfelder geht es bei allen Problemkreisen letztlich um die Frage, welche gesellschaftertypischen Merkmale bzw. welche typisch aus-

tauschvertraglichen Merkmale das Rechtsverhältnis beinhalten muss, so dass bestimmte Rechtsfolgen daran angeknüpft werden. So stellt sich im Rahmen der Abgrenzung von stiller Gesellschaft, partiarischem Darlehen und Genussrecht vor allem die Frage, welche Merkmale vorliegen müssen, um von einem gemeinsamen Zweck der Vertragsparteien und mithin von einem Gesellschaftsverhältnis i. S. d. § 705 BGB ausgehen zu könne.

Im Bereich der Wirksamkeitsvoraussetzungen seitens der kapitalaufnehmenden GmbH ist der Problembereich ähnlich gelagert. Es kommt auch in diesem Zusammenhang darauf an, welche zulässigen Ausprägungsmerkmale der betrachteten Rechtsinstitute dazu führen, das mezzanine Finanzierungsinstrument eher auf die Seite des Eigenkapitals oder auf die des Fremdkapitals zu stellen und damit die Kompetenz eher den Gesellschaftern oder eher den Geschäftsführern einer GmbH zuzuordnen.

Gleiches gilt für den Bereich des Eigenkapitalersatzrechts. Auch hier geht es letztlich darum, welche gesellschaftertypischen Merkmale die betrachteten Rechtsverhältnisse aufweisen müssen, damit die Vertragspartner der GmbH als Quasigesellschafter i. S. d. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO gelten.

Schließlich ist auch die Frage zu beantworten, ob die einzelnen zulässigen Merkmale bei jeder angesprochenen Fragestellung gleich zu gewichten sind, d. h. ob das Vorliegen eines bestimmten gesellschaftertypischen Merkmals, das bei der einen Fragestellung den Ausschlag zur Anwendung der eher für Eigenkapital geltenden Prinzipien gab, auch zur Anwendung der eher für Eigenkapital geltenden Grundsätze bei der anderen Fragestellung führt. Mithin ist ein Vergleich der mit einem Merkmal verbundenen Konsequenzen zwischen den einzelnen Fragestellungen erforderlich.

Diese Problembereiche werden bisher überwiegend in praxisnahen oder gemischt betriebswirtschaftlich juristischen Abhandlungen untersucht, die die aufgeworfenen Fragen nicht in der Tiefe behandelt haben.

Für den weiteren Gang der Untersuchung ergibt sich folgender Ablauf:

Im ersten Teil dieser Arbeit wird zur Fundierung der nachfolgenden Untersuchung der Abgrenzungs- und Einordnungsfragen die historische Entwicklung von stiller Gesellschaft, partiarischem Darlehen und Genussrecht analysiert. Nach jeweils vorangestellter kurzer Definition wird die historische Entwicklung jedes Rechtsinstituts zunächst einzeln untersucht (A.- C.), dann werden die Entwicklungslinien verglichen (D.). Im zweiten Teil werden die Abgrenzungs- und Einordnungsfragen dieser Rechtsverhältnisse behandelt. Dabei wird zunächst die

Abgrenzung von partiarischem Darlehen und stiller Gesellschaft untersucht, wobei die möglichen Inhalte und Eigenschaften beider Rechtsinstitute vorangestellt werden (A.). Danach werden diese beiden Rechtsverhältnisse in Abgrenzung zum Genussrecht betrachtet, wobei hier die möglichen Inhalte und Eigenschaften des Genussrechts vorangestellt werden (B.). Im Anschluss folgt die Untersuchung der drei Finanzierungsinstrumente im Verhältnis zu den wegen ihres hybriden Charakters typischen Problemfeldern im GmbH-Recht. Im dritten Teil wird die Frage erörtert, welche Voraussetzungen an den wirksamen Abschluss eines derartigen Vertrages seitens der zu finanzierenden GmbH zu stellen sind. Dabei wird einleitend ein Blick auf die Organisationsverfassung der GmbH geworfen (A.) und sodann die Wirksamkeitsvoraussetzungen anhand der einzelnen Rechtsverhältnisse und der einzelnen Ausprägungsmerkmale erörtert, wobei eine ausführliche Diskussion anhand der stillen Gesellschaft erfolgt und bei den anderen Rechtsverhältnissen bei drohender Wiederholung auf die stille Gesellschaft verwiesen wird (B.). Es folgt die Erörterung der eigenkapitalersatzrechtlichen Fragestellung im vierten Teil, wobei hier zunächst unter Einbeziehung der Grundlagen des Eigenkapitalersatzrechts der Diskussionsstand zur Frage der Einbeziehung stiller Gesellschafter, partiarischer Darlehensgeber und Genussrechtinhaber in den Kreis der Quasigesellschafter des § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. untersucht und kritisch gewürdigt wird (A.). In einem zweiten Schritt wird sodann der Frage nachgegangen, ob sich aufgrund der Gesetzesänderung nunmehr i. R. d. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO eine andere Wertung gebietet (B.). Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse im fünften Teil.