

Zivilrechtliche Schriften

Beiträge zum Wirtschafts-, Bank- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von Peter Kreutz 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

Unternehmensfinanzierungen mittels stiller Gesellschaften, partiarischer Darlehen und Genussrechten weisen sowohl typische Merkmale einer Eigen- als auch einer Fremdkapitalfinanzierung auf. Sie sind daher als mezzanine Kapitaltitel einzuordnen. Der Autor untersucht die rechtliche Abgrenzung und Einordnung dieser drei Finanzierungsinstrumente unter Berücksichtigung der historischen Entwicklungen, deren Analyse vorangestellt wird. Zudem setzt sich die Arbeit mit den typischen Problembereichen im GmbH-Recht auseinander, die durch den hybriden Charakter dieser Finanzierungsinstrumente entstehen: der Frage nach der Vertretungskompetenz und der Erforderlichkeit von Gesellschafterbeschlüssen beim Abschluss derartiger Finanzierungsverträge sowie der Frage nach der Stellung dieser mezzaninen Kapitalgeber im Bereich des Rechts der Gesellschafterdarlehen.

Tim Ebert, geboren 1979 in Braunschweig, studierte von 1999 bis 2006 Rechtswissenschaften sowie Volks- und Betriebswirtschaftslehre in Kiel und an der University of Surrey in Guildford (UK). Nach dem Ersten juristischen Staatsexamen 2004 begann er mit der Doktorarbeit. Seine wirtschaftswissenschaftlichen Studien schloss er 2006 mit dem akademischen Grad Master of Arts (M.A.) ab. Nach Fertigstellung seiner Dissertation im Jahr 2007 begann der Autor mit dem Referendariat im Landgerichtsbezirk Kiel, welches er 2009 nach Stationen in New York, Hamburg und Dubai mit dem Zweiten juristischen Staatsexamen abschloss.

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

Zivilrechtliche Schriften

Beiträge zum Wirtschafts-, Bank- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von Peter Kreutz und Dieter Reuter

Band 59



PETER LANG

Frankfurt am Main · Berlin · Bern · Bruxelles · New York · Oxford · Wien

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

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Kiel, Univ., Diss., 2009

Gedruckt auf alterungsbeständigem,
säurefreiem Papier.

D 8

ISSN 0941-147X

ISBN 978-3-653-00212-6

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2010

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich
geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des
Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages
unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für
Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die
Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.peterlang.de

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2008/2009 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommen. Änderungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur wurden bis Ende 2008 berücksichtigt.

Ich danke meinem verstorbenen Doktorvater Herrn Prof. Dr. Jörn Eckert für die wertvolle Unterstützung bei der Konzeption der Arbeit und besonders Herrn Prof. Dr. Peter Kreutz für die sofortige und problemlose Übernahme der Betreuung der Dissertation.

Herrn Prof. Dr. Dieter Reuter danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Großer Dank gilt weiterhin meinen Eltern, Inge und Peter Ebert. Ohne ihre umfangreiche Unterstützung wären meine gesamte Ausbildung und die Anfertigung dieser Arbeit nicht denkbar gewesen. Ihnen ist die Arbeit daher gewidmet.

Ebenfalls zu Dank verpflichtet bin ich meiner Schwester, Bettina Thoenes, sowie Dr. Martin Gerecke, die mir bei der Überarbeitung des Manuskriptes mit Rat und Tat zur Seite gestanden haben.

Dubai, im August 2009

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	7
Abkürzungsverzeichnis	23
Einleitung	27
Teil 1: Historische Entwicklung.....	33
A. Partiarisches Darlehen.....	33
I. Begriffsdefinition.....	33
II. Historische Entwicklung des partiarischen Darlehens	34
B. Stille Gesellschaft.....	45
I. Begriffsdefinition.....	45
II. Historische Entwicklung der stillen Gesellschaft.....	45
C. Genussrecht.....	78
I. Begriffsdefinition.....	78
II. Historische Entwicklung der Genussrechte.....	79
D. Fazit	101
Teil 2: Mögliche Inhalte der Finanzierungsinstrumente und Abgrenzungsfragen	105
A. Partiarisches Darlehen und stille Gesellschaft	105
I. Das partiarische (Nachrang-)Darlehen	105
II. Die stille Gesellschaft.....	120
III. Abgrenzung der stillen Gesellschaft vom partiarischen Darlehen.....	134
B. Genussrechte, stille Gesellschaft und partiarisches Darlehen	162
I. Das Genussrecht	162
II. Die Abgrenzung des Genussrechts vom partiarischen Darlehen und der stillen Gesellschaft	180
C. Ergebnis.....	184
Teil 3: Vertretungsmacht und nötige Gesellschafterbeschlüsse ..	187
A. Organisationsverfassung der GmbH.....	187
I. Grundsätzliche Zuständigkeiten der Geschäftsführer.....	188
II. Zuständigkeiten der Gesellschafter	191
III. Fazit	193

B. Anforderungen an den Abschluss von stillen Gesellschafts-, partiarischen Darlehens- und Genussrechtsverträgen.....	194
I. Stille Gesellschaft mit einer GmbH als Geschäftsinhaber	194
II. Nachrangdarlehen und partiarisches Darlehen.....	229
III. Genussrechte	233
C. Gesamtergebnis	243
 Teil 4: Stille Gesellschaft, Genussrecht und partiarisches Darlehen im Bereich des Eigenkapitalersatzrechts bzw. des Rechts der Gesellschafterdarlehen	 245
A. Stille Gesellschaft, Genussrecht und partiarisches Darlehen im Bereich des Eigenkapitalersatzrechts des § 32a GmbHG a. F.	247
I. Grundlagen des Eigenkapitalersatzrechts des § 32a GmbHG a. F. und Problemstellung.....	247
II. Einbeziehung stiller Gesellschafter, Genussberechtigter und partiarischer Darlehensgeber in den personellen Anwendungsbereich der Eigenkapitalersatzregeln des § 32a GmbHG a. F.	252
III. Einbeziehung stiller Gesellschafter, Genussberechtigter und partiarischer Darlehensgeber in den sachlichen Anwendungsbereich der Eigenkapitalersatzregeln des § 32a GmbHG a. F.	296
IV. Stiller Gesellschafter, Genussberechtigter und partiarischer Darlehensgeber im Rahmen der Privilegierung als Kleingesellschafter gemäß § 32a Abs. 3 Satz 2 und der Privilegierung zu Sanierungszwecken gemäß § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG a. F.	298
B. Stille Gesellschaft, Genussrecht und partiarisches Darlehen im Recht der Gesellschafterdarlehen des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO	301
I. Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens des MoMiG.....	301
II. Relevante Änderungen des Eigenkapitalersatzrechtes.....	302
III. Auswirkungen der Gesetzesänderungen des MoMiG auf die Einbeziehung stiller Gesellschafter, Genussberechtigter und partiarischer Darlehensgeber in das Recht der Gesellschafterdarlehen?	303
C. Ergebnis.....	308
 Teil 5: Gesamtergebnis in Thesen	 311
Literaturverzeichnis.....	321

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	7
Abkürzungsverzeichnis	23
Einleitung	27
Teil 1: Historische Entwicklung	33
A. Partiarisches Darlehen	33
I. Begriffsdefinition	33
II. Historische Entwicklung des partiarischen Darlehens	34
1. Darlehensverhältnis.....	34
a) Römisches Recht.....	34
b) Weitere Entwicklung	36
2. Partiarisches Element.....	37
a) Landwirtschaftliche Gewinnbeteiligungen	38
b) Gewinnbeteiligungen im Handel: die <i>Commenda</i>	38
c) Systematische Einordnung der partiarischen Rechtsverhältnisse.....	41
3. Resümee	44
B. Stille Gesellschaft	45
I. Begriffsdefinition	45
II. Historische Entwicklung der stillen Gesellschaft.....	45
1. Die Entwicklung der stillen Gesellschaft bis zur <i>Ordonnance sur le commerce</i>	46
a) Die <i>Commenda</i> in den romanischen Ländern.....	47
aa) Die ursprüngliche Gestaltung der <i>Commenda</i>	47
bb) Regelmäßigkeit der Geschäftsbeziehung und Art der Commendagüter	49
cc) Verhältnis bei Einlagen mehrerer Commendatoren.....	49
dd) Beidseitige Kapitalbeteiligung; <i>Collegantia</i>	51
b) Vergleichbare Rechtsverhältnisse auf dem Gebiet des Heiligen Römischen Reichs Deutscher Nation.....	52
aa) Die „Sendeve-Gesellschaft“	52
bb) Die „Wedderlegginge“	53
c) Die rechtliche Natur der <i>Commenda</i> und der auf ihr basierenden Rechtsverhältnisse.....	54
d) Entwicklung von Kriterien zur Begründung der beschränkten Haftung	55

aa) Gemeinsame Firma und Bekanntgabe der Haftungsbeschränkung: die „ <i>Societas per viam accomanditae</i> “	56
bb) Keine gemeinsame Firma und Nichtbekanntgeben der Beteiligungsverhältnisse: die „ <i>Societas per modum participationis</i> “ ..	57
e) Weitere Entwicklung	58
2. Die Entwicklung von der „ <i>ordonnance sur le commerce</i> “ bis zum HGB	60
a) „ <i>Ordonnance sur le commerce des négociants et marchands</i> “ von 1673	60
b) Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR) von 1794	61
c) „Code de commerce“ von 1807	63
d) Entwicklung zwischen Code de Commerce und ADHGB	65
aa) Rechtsliteratur	65
bb) Kodifikationen und Kodifikationsentwürfe	66
(1) Das badische Landrecht von 1809	66
(2) Entwurf eines Handelsgesetzbuches für Frankfurt von 1811	67
(3) Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie von 1811	67
(4) Die Entwürfe eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg von 1839 und einer Handels- und Wechselordnung für das Herzogtum Nassau von 1842	68
(5) Der Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland von 1849	68
(6) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen von 1852	69
(7) Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preußischen Staaten von 1856	70
(cc) Resümee	71
e) Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1861 (in der Fassung vom 5. Juni 1869)	71
f) Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897	73
3. Infragestellung der Gesellschaftsqualität der stillen Gesellschaft	73
4. Resümee	75
C. Genussrecht	78
I. Begriffsdefinition	78
II. Historische Entwicklung der Genussrechte	79
1. Anfänge der Genussrechte	79
2. Amortisationsgenussscheine der Eisenbahngesellschaften	80
3. Weitere Entwicklung der Genussrechte in Deutschland	81
a) Entwicklung der Genussrechte bis 1918	82

aa) Gründe und Motive für die Emission von Genussrechten.....	82
bb) Genussrechte in den Kodifikationen.....	82
cc) Genussrechte in der Literatur.....	83
dd) Genussrechte in der Rechtsprechung.....	86
b) Genussrechte zwischen 1918 und 1945.....	88
aa) Gründe und Motive für die Emission.....	88
bb) Genussrechte in den Kodifikationen.....	89
cc) Genussrechte im Schrifttum.....	91
dd) Genussrechte in der Rechtsprechung.....	95
c) Entwicklung der Genussrechte seit dem Zweiten Weltkrieg.....	95
aa) Zeit der Bedeutungslosigkeit	95
bb) Renaissance des Genussrechts in der 80er Jahren.....	97
4. Resümee	99
D. Fazit	101

Teil 2: Mögliche Inhalte der Finanzierungsinstrumente und Abgrenzungsfragen 105

A. Partiarisches Darlehen und stille Gesellschaft	105
I. Das partiarische (Nachrang-)Darlehen	105
1. Grundlagen des Darlehensvertrages.....	105
a) Begriff und Rechtsnatur	106
b) Pflichten der Vertragsparteien	107
aa) Pflichten des Darlehensgebers	107
(1) Hauptpflichten	107
(2) Nebenpflichten	108
bb) Pflichten des Darlehensnehmers.....	108
(1) Hauptpflichten	108
(2) Nebenpflichten	109
c) Beendigung des Darlehensvertrages.....	109
aa) Allgemeines.....	109
bb) Kündigung	110
(1) Ordentliche Kündigung	110
(2) Außerordentliche Kündigung.....	110
d) Insolvenz des Darlehensnehmers	111
e) Fungibilität/Übertragbarkeit	111
2. Besonderheiten des partiarischen Darlehens	111
a) Grundlagen.....	111
b) Rechtsnatur	113
3. Das Nachrangdarlehen	114
a) Grundlagen.....	114
b) Varianten von Rangrücktrittsvereinbarungen.....	115

aa) Im Vorhinein abgeschlossene und nachträgliche Rangrücktrittsvereinbarung.....	115
bb) Rangrücktritt hinter bestimmte oder sämtliche Gläubiger	115
(1) Rangrücktritt hinter bestimmte andere Gläubiger.....	116
(2) Rangrücktritt hinter sämtliche übrigen Gläubiger	116
(a) Einfache Nachrangklausel	117
(b) Qualifizierte Nachrangklausel zur Verhinderung oder Beseitigung einer Überschuldung.....	117
4. Exkurs: Das partiarische (Nachrang-)Darlehen in bilanz- und steuerrechtlicher Hinsicht.....	118
a) Bilanzierung nach HGB.....	118
b) Überschuldungsbilanz.....	119
c) Steuerliche Behandlung	120
II. Die stille Gesellschaft.....	120
1. Grundlagen der stillen Gesellschaft	120
a) Mitglieder.....	120
b) Vermögenseinlage	121
c) Verteilung von Gewinn und Verlust.....	121
aa) Gewinnbeteiligung	121
bb) Verlustbeteiligung.....	122
2. Entstehung der stillen Gesellschaft durch Vertrag	123
3. Die rechtliche Natur der stillen Gesellschaft	123
4. Innenverhältnis	125
a) Rechte und Pflichten des tätigen Teilhabers.....	125
b) Rechte und Pflichten des Stillen	125
5. Fehlen eines Außenverhältnisses	126
6. Erscheinungsformen.....	126
a) Typische stille Gesellschaft	127
b) Atypische stille Gesellschaft	128
aa) Beteiligung am Unternehmensvermögen.....	128
bb) Verleihung von Geschäftsführungsbefugnissen	129
7. Gesellschafterwechsel.....	129
8. Beendigung der stillen Gesellschaft.....	129
9. Rangrücktrittsvereinbarungen.....	130
10. Insolvenz des Geschäftsinhabers	130
11. Exkurs: Die stille Gesellschaft in bilanz- und steuerrechtlicher Hinsicht	131
a) Die Bilanzierung der stillen Gesellschaft nach HGB	131
aa) Voraussetzung für die Bilanzierung als Eigenkapital.....	131
(1) Dauerhaftigkeit der Kapitalüberlassung.....	132
(2) Rangrücktritt.....	132
(3) Beteiligung am Erfolg	132

(4) Atypische stille Gesellschaft als Eigenkapital	133
bb) Sonstige Bilanzierung.....	133
b) Steuerliche Behandlung der stillen Gesellschaft	133
III. Abgrenzung der stillen Gesellschaft vom partiarischen Darlehen.....	134
1. Das Merkmal des gemeinsamen Zwecks als grundsätzliches Abgrenzungskriterium zwischen Austausch- und Gesellschaftsvertrag.	135
a) Grundlagen des Merkmals des gemeinsamen Zwecks	136
aa) Zweck	136
bb) Gemeinsamkeit des Zwecks	136
(1) Grundsätzliches	136
(2) Gemeinsame Risikotragung	138
(a) Beteiligung an Gewinn und Verlust	138
(b) Beteiligung am Gewinn.....	139
(3) Gemeinsame Organisation	139
b) Förderungspflicht.....	139
c) Der gemeinsame Zweck bei reinen Innengesellschaften.....	140
d) Fazit	141
2. Die konkrete Abgrenzung des partiarischen Darlehens von der stillen Gesellschaft	141
a) Abgrenzung anhand von Indizien	143
aa) Zwingende Abgrenzungskriterien.....	144
(1) Beteiligung am Verlust des Geschäftsinhabers.....	145
(2) Vermögensbeteiligung.....	145
(3) Handelsgewerbe des Empfängers.....	146
(4) Festverzinsung ohne Gewinnbeteiligung	146
bb) Indizielle Abgrenzungskriterien	146
(1) Ausschluss der Verlustbeteiligung	146
(2) Vereinbarung einer teilweisen Festverzinsung	147
(3) Abreden über Pflichten des Unternehmensträgers.....	147
(4) Kontroll- und Mitverwaltungsrechte.....	148
(a) Kontrollrechte.....	148
(b) Mitverwaltungsrechte.....	149
(5) Übertragbarkeit.....	150
(6) Umwandlungsregelungen.....	151
(7) Dauer und Lösbarkeit des Vertragsverhältnisses	151
(8) Kreditsicherungen	151
(9) Gesellschafterstellung des Berechtigten	152
(10) Berücksichtigung des Vertragsumfeldes.....	152
(11) Sonstiges.....	152
b) Kein Gesellschaftsverhältnis bei Ausschluss der Verlustteilnahme	152
c) Allein die Gewinnbeteiligung reicht für Bejahung eines gemeinsamen Zwecks	153

d) Stellungnahme und eigener Ansatz	154
3. Ergebnis.....	160
B. Genussrechte, stille Gesellschaft und partiarisches Darlehen	162
I. Das Genussrecht	162
1. Grundlagen.....	163
2. Möglicher Inhalt der Genussrechte	164
a) Gewinn- und Verlustbeteiligung.....	165
b) Nachrangabrede	165
c) Beteiligung am Wertzuwachs	166
aa) Beteiligung am Liquidationserlös	166
bb) Sonstige Möglichkeiten der Wertzuwachs-beteiligung	166
d) Informations-, Zustimmungs- und Kontrollrechte	166
e) Übertragbarkeit	167
f) Kündigung	167
3. Genussrechtstypen.....	168
a) Eigenkapitalähnliches Genussrecht	168
b) Fremdkapitalähnliches Genussrecht	169
c) Mischformen	169
4. Rechtlicher Charakter des Genussrechtsverhältnisses	169
a) Vertrag sui generis	169
b) Einordnung des Genussrechts als „Beteiligung besonderer Art“	170
c) Einordnung des Genussrechtsverhältnisses als stilles Gesellschaftsverhältnis.....	171
d) Das Genussrechtsverhältnis als BGB-Gesellschaft in Form der Innengesellschaft.....	174
e) Das Genussrechtsverhältnis als partiarisches Rechtsverhältnis.....	174
f) Trennung von Genussrecht und zugrunde liegendem Kausalgeschäft	175
g) Keine einheitliche Einordnung, sondern Abstellen auf das konkret Vereinbarte.....	176
h) Ergebnis	177
6. Exkurs: Das Genussrecht in bilanz- und steuerrechtlicher Hinsicht ..	178
a) Bilanzrechtliche Behandlung des Genussrechts	178
aa) Grundlagen	178
bb) Voraussetzungen für die Bilanzierung als Eigenkapital.....	178
(1) Nachrangigkeit des Genusskapitals.....	178
(2) Erfolgsabhängigkeit der Vergütung	179
(3) Teilnahme am Verlust bis zur vollen Höhe.....	179
(4) Längerfristigkeit der Kapitalüberlassung	179
b) Steuerliche Behandlung des Genussrechts	180
II. Die Abgrenzung des Genussrechts vom partiarischen Darlehen und der stillen Gesellschaft	180

1. Abgrenzung des Genussrechts vom partiarischen Darlehen.....	180
2. Abgrenzung des Genussrechts von der stillen Gesellschaft	181
C. Ergebnis.....	184

Teil 3: Vertretungsmacht und nötige Gesellschafterbeschlüsse .. 187

A. Organisationsverfassung der GmbH.....	187
I. Grundsätzliche Zuständigkeiten der Geschäftsführer.....	188
1. Vertretungsmacht des Geschäftsführers	189
a) Grundsatz der Unbeschränkbarkeit.....	189
b) Nicht von der Vertretungsmacht gedeckte Bereiche	189
2. Geschäftsführungsbefugnis	190
a) Allgemeines	190
b) Einschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis	190
II. Zuständigkeiten der Gesellschafter	191
III. Fazit.....	193
B. Anforderungen an den Abschluss von stillen Gesellschafts-, partiarischen Darlehens- und Genussrechtsverträgen.....	194
I. Stille Gesellschaft mit einer GmbH als Geschäftsinhaber	194
1. Übertragung der aktienrechtlichen Grundsätze zu Unternehmensverträgen	195
a) Grundlagen des Unternehmensvertragsrechts	196
b) Stille Gesellschaftsverträge als Teilgewinnabführungsverträge i. S. d. § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG.....	198
c) Übertragung der aktienrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen zu Teilgewinnabführungsverträgen auf das GmbH-Recht	201
aa) Analoge Anwendung der §§ 291 ff. auf Unternehmensverträge mit einer GmbH.....	201
bb) Übertragung der Rechtsprechung des BGH zu Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen mit einer GmbH auf Teilgewinnabführungsverträge mit einer GmbH	203
(1) „Supermarkt“-Grundsätze des BGH	204
(2) Übertragung der Grundsätze des „Supermarkt-Beschlusses“ auf jeden Teilgewinnabführungsvertrag mit einer GmbH.....	205
(3) Übertragung der Grundsätze des „Supermarkt-Beschlusses“ nur auf bestimmte Teilgewinnabführungsverträge mit einer GmbH ..	209
(4) Fazit	210
cc) Ergebnis.....	211
2. Konkretisierung der Mitwirkungserfordernisse der Gesellschafter auf der Basis der allgemeinen Rechtsgrundsätze für Gesellschafter- mitwirkungspflichten im GmbH-Recht	211
a) Zweckänderung i. S. d. § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB.....	212

b) Eingriff in den Kernbereich der Grundmitgliedsrechte durch stillen Gesellschaftsvertrag	214
c) Stiller Gesellschaftsvertrag als Satzungsänderung bzw. Satzungsdurchbrechung	215
aa) Satzungswiderspruch allein durch Wesen der stillen Gesellschaft als echtes Gesellschaftsverhältnis i. S. d. § 705 BGB	217
bb) Satzungswiderspruch durch Gewinnbeteiligung des Stillen	219
(1) Beeinträchtigung des Anspruchs auf Jahresüberschuss gemäß § 29 Abs. 1 GmbHG	219
(2) Änderung der Zuständigkeit über Gewinnfeststellung und Gewinnverwendung, § 46 Nr. 1 GmbHG	221
(3) Beeinträchtigung des Gewinnverteilungsmaßstabes, § 29 Abs. 3 GmbHG	221
(4) Zwischenergebnis	221
cc) Satzungswiderspruch durch Vermögensbeteiligung des Stillen	222
dd) Satzungswiderspruch durch Einfluss des Stillen auf die Geschäftsführung	223
ee) Ergebnis	225
d) Stiller Gesellschaftsvertrag als außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme	225
aa) Grundsätze außergewöhnlicher Geschäftsführungsmaßnahmen	225
bb) Einstufung als außergewöhnliche Maßnahme aufgrund der Gewinnbeteiligung des Stillen	226
cc) Fazit	228
3. Ergebnis	228
II. Nachrangdarlehen und partiarisches Darlehen	229
1. Das partiarische Darlehen als Teilgewinnabführungsvertrag i. S. d. § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG	229
2. Das partiarische Nachrangdarlehen als Grundlagengeschäft bzw. Satzungsänderung	230
a) Aufgrund der Gewinnbeteiligung	231
b) Aufgrund der Nachrangigkeit	231
3. Das partiarische Nachrangdarlehen als außerordentliche Geschäftsführungsmaßnahme	231
a) Aufgrund der Gewinnbeteiligung	231
b) Aufgrund der Nachrangigkeit	232
4. Fazit	232
III. Genussrechte	233
1. Übertragung der aktienrechtlichen Grundsätze	233
a) Übertragung der aktienrechtlichen Grundsätze zu Genussrechten auf die GmbH, § 221 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 AktG analog	233

b) Genussrechtsverträge als Teilgewinnabführungsverträge	
i. S. d. § 292 Abs. 1 AktG	235
c) Fazit.....	236
2. Konkretisierung der Mitwirkungserfordernisse der Gesellschafter auf der Basis der allgemeinen Rechtsgrundsätze für Gesellschaftermitwirkungspflichten im GmbH-Recht	236
a) Eingriff in den Kernbereich der Grundmitgliedsrechte durch Genussrechtsvertrag	237
b) Änderung des Gesellschaftszwecks durch Abschluss des Genussrechtsvertrags	237
c) Genussrechtsverträge als Grundlagengeschäfte bzw. Satzungsänderungen.....	238
aa) Beeinträchtigung des Anspruchs auf den Jahresüberschuss aus § 29 Abs. 1 GmbHG	238
bb) Satzungswiderspruch durch Vermögensbeteiligung bzw. Beteiligung am Liquidationserlös	241
d) Genussrechtsverträge als außergewöhnliche Geschäfts- führungsmaßnahmen	242
e) Fazit.....	242
3. Ergebnis.....	242
C. Gesamtergebnis	243

Teil 4: Stille Gesellschaft, Genussrecht und partiarisches Darlehen im Bereich des Eigenkapitalersatzrechts bzw. des Rechts der Gesellschafterdarlehen.....

245

A. Stille Gesellschaft, Genussrecht und partiarisches Darlehen im Bereich des Eigenkapitalersatzrechts des § 32a GmbHG a. F.	247
I. Grundlagen des Eigenkapitalersatzrechts des § 32a GmbHG a. F. und Problemstellung.....	247
1. Der Grundtatbestand des § 32a Abs. 1 GmbHG a. F.....	247
a) Finanzierung durch Gesellschafterdarlehen.....	247
aa) Darlehensgewährung	248
bb) Gesellschafterstellung des Darlehensgebers.....	248
b) Krise der Gesellschaft.....	248
c) Folgen der Umqualifizierung.....	249
2. Die Erweiterung des Grundtatbestandes durch § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F.	249
II. Einbeziehung stiller Gesellschafter, Genussberechtigter und partiarischer Darlehensgeber in den personellen Anwendungsbereich der Eigenkapitalersatzregeln des § 32a GmbHG a. F.	252
1. Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	252

a) Stiller Gesellschafter	252
aa) Typischer stiller Gesellschafter	253
bb) Atypischer stiller Gesellschafter	253
b) Genussberechtigter	254
c) Partiarischer (Nachrang-)Darlehensgeber	254
d) Fazit	255
2. Kritische Überprüfung der vertretenen Ansichten	255
a) Auslegung des § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. nach den klassischen Auslegungsmethoden	256
aa) Sprachlich-grammatikalische Auslegung	256
bb) Systematische Auslegung	258
(1) § 32a Abs. 3 Satz 1 als Generalklausel zu § 32a Abs. 1 und 2 ...	258
(2) Systematische Einordnung des § 32a GmbHG a. F.	259
(a) Grundsatz der Finanzierungsfreiheit	259
(b) Einschränkungen des Grundsatzes der Finanzierungsfreiheit ..	260
(aa) Völlig unzureichende Eigenkapitalausstattung	260
(bb) Einschränkung der Finanzierungsfreiheit in der Krise der Gesellschaft	261
(aaa) Freiheit des „Finanzierungs-Ob“	261
(bbb) Beschränkung der Freiheit des „Finanzierungs-Wie“	261
(3) Sonderwertung des § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a. F.: das Kleinbeteiligtenprivileg	262
(4) Geschäftsführerstellung als weitere Sonderwertung des Abs. 3 Satz 2	262
(5) Ergebnis der systematischen Auslegung	263
cc) Historische Auslegung	263
(1) Historische Auslegung der Grundnorm des § 32a Abs. 1 GmbHG a. F.	263
(2) Historische Auslegung des Kleinbeteiligtenprivilegs des Abs. 3 Satz 2	264
(3) Historische Auslegung der Generalklausel des Abs. 3 Satz 1	265
(4) Ergebnis der historischen Auslegung	268
dd) Teleologische Auslegung	269
(1) Verhinderung der Umgehung von § 32a Abs. 1 und 2 GmbHG a. F. als vorrangiger Zweck des § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. .	269
(2) Erschließung des Normzwecks von § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG über § 32a Abs. 1 GmbHG	270
(a) Schutzzweck des § 32a Abs. 1 GmbHG a. F.	270
(b) Dogmatische Begründung des § 32a Abs. 1 GmbHG a. F.	271
(aa) Entwicklung der dogmatischen Begründungen der Rechtsprechung; die Finanzierungsfolgenverantwortung	271

(bb) Widersprüchliches Verhalten als dogmatische Begründung der Umqualifizierung	275
(aaa) Vertrauenstatbestand	275
(bbb) Widersprüchliches Verhalten	277
(ccc) Erkennbarkeit als subjektive Voraussetzung der Zurechenbarkeit	280
(ddd) Subjektive Voraussetzungen auf Gläubigerseite	282
(eee) Besondere personelle Anforderungen	282
(fff) Fazit	284
(c) Ergebnis: Normzweck des § 32a Abs. 1 GmbHG a. F.	285
(3) Ergebnis der teleologischen Auslegung des § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F.	285
ee) Ergebnis der klassischen Auslegungsmethoden	285
b) Entwicklung von Kriterien zur Konkretisierung des Dritten	
i. S. v. § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F.	285
aa) Informationsmöglichkeiten über die finanzielle Situation	286
bb) Doppelrolle	286
(1) Gläubigerinteresse	286
(2) Objektive Kriterien zur Bestimmung des Gesellschafterinteresses	286
(a) Mitwirkungsrechte sind entscheidend	288
(b) Entweder Vermögensbeteiligung oder Mitwirkungsrechte	290
(c) Beteiligung mit Risikokapital	290
(d) Liquidationsentscheidungsmacht	291
(e) Stellungnahmen und eigener Ansatz	292
cc) Fazit	294
c) Stille Gesellschafter, partiarische Darlehensgeber und Genussberechtigte als Dritte i. S. d. § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F.	295
III. Einbeziehung stiller Gesellschafter, Genussberechtigter und partiarischer Darlehensgeber in den sachlichen Anwendungsbereich der Eigenkapitalersatzregeln des § 32a GmbHG a. F.	296
1. Stille Beteiligung	297
2. Genussrechte	298
3. Zwischenergebnis	298
IV. Stiller Gesellschafter, Genussberechtigter und partiarischer Darlehensgeber im Rahmen der Privilegierung als Kleingesellschafter gemäß § 32a Abs. 3 Satz 2 und der Privilegierung zu Sanierungszwecken gemäß § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG a. F.	298
1. Kleingesellschafterprivileg des § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a. F.	298
a) Erweiterung auf Quasigesellschafter	299
b) Zusammenfassung von Beteiligung und Quasibeteiligung	299
2. Das Sanierungsprivileg des § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG a. F.	299

B. Stille Gesellschaft, Genussrecht und partiarisches Darlehen im Recht der Gesellschafterdarlehen des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO	301
I. Ablauf des Gesetzgebungsverfahren des MoMiG	301
II. Relevante Änderungen des Eigenkapitalersatzrechtes	302
III. Auswirkungen der Gesetzesänderungen des MoMiG auf die Einbeziehung stiller Gesellschafter, Genussberechtigter und partiarischer Darlehensgeber in das Recht der Gesellschafterdarlehen? ..	303
C. Ergebnis	308
 Teil 5: Gesamtergebnis in Thesen	 311
Literaturverzeichnis	321

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABR	Archiv für Bürgerliches Recht
ADHGB	Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch
AfR	Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des königlichen Obert-Tribunals gelangt sind
AG	1. Aktiengesellschaft 2. Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
BB	Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BT	Bundestag
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
DB	Der Betrieb
DRG	Deutsche Rechtsgeschichte
DStR	Deutsches Steuerrecht – Wochenschrift für Steuerrecht, Gesellschaftsrecht und Betriebswirtschaft
EStG	Einkommensteuergesetz
FB	Finanz-Betrieb
FFr.	Französische Franc
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GesR	Gesellschaftsrecht
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung

GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH Rundschau
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Handelsrecht und Bankwesen	Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
HRG	Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte
Hrsg.	Herausgeber
i. d. S.	in diesem Sinne
i. R.	im Rahmen
i. R. d.	im Rahmen des/r
i. S.	im Sinne
i. S. d.	im Sinne des/r
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
IFRS	International Financial Reporting Standards
InsO	Insolvenzordnung
JB	Juristische Blätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KapAEG	Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KonTraG	Gesetz über die Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KWG	Kreditwesengesetz
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (bis 7.1913: f. Handels-, Konkurs- u. Versicherungsrecht)

m. b. H.	mit beschränkter Haftung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
Red. Bearb.	Redaktionelle Bearbeitung
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidung des Reichsgerichts in Civilsachen
Rn.	Randnummer
ROHGE	Entscheidung des Reichs-Oberhandelsgericht
Rz.	Randziffer
Sp.	Spalte
StG	Stille Gesellschaft
str.	strittig
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VermBG	Vermögensbildungsgesetz
VO	Verordnung
WM	Wertpapier Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (60.1907-123.1961: und Konkursrecht; ab 124.1962: f. d. ges. Handelsrecht) und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert

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 aus-
tauschvertraglichen Rechtsverhältnissen vermittelnden Charakter der hier unter-
suchten 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 genuine 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 Problemkreis 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 Genussrechtsinhaber 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.

Teil 1: Historische Entwicklung

Zunächst wird die historische Entwicklung der Rechtsinstitute partiarisches Darlehensverhältnis, stille Gesellschaft und Genussrechtsverhältnis untersucht. Der ausführlichen Darstellung der historischen Entwicklung wird jeweils eine Definition und kurze Beschreibung des Rechtsverhältnisses vorangestellt.

A. Partiarisches Darlehen⁵

I. Begriffsdefinition

Das hier zunächst betrachtete Rechtsinstitut setzt sich aus den Begriffen „Darlehen“ und „partiarisch“ zusammen. Das Darlehen ist in den §§ 488 ff. BGB geregelt. Gemäß § 488 Abs. 1 Satz 1 BGB wird der Darlehensgeber durch einen Darlehensvertrag verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen und gemäß Satz 2 ist der Darlehensnehmer verpflichtet, einen geschuldeten Zins zu zahlen und bei Fälligkeit das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuerstatten. Der Begriff „partiarisch“ bedeutet anteilig.⁶ Etymologisch stammt das Wort vom lateinischen Wort „pars“, was übersetzt „Teil“ bedeutet, und von dem darauf zurückzuführenden Adjektiv „partarius“, was „zu Teilen gehend“ bedeutet.⁷ Von einem partiarischen Rechtsverhältnis spricht man grundsätzlich dann, wenn ein gegenseitiger schuldrechtlicher Vertrag als Entgelt für die Leistung keine fest vereinbarte Geldsumme vorsieht, sondern in einer quotenmäßigen Beteiligung des leistenden Teils an dem Wirtschaftsprodukt besteht, das durch seine Mitwirkung erzielt wird.⁸ Unter einem partiarischen Darlehen ist demnach ein Darlehen i. S. d. § 488 BGB zu verstehen mit der Besonderheit, dass die Zinszahlungspflicht des Darlehensnehmers gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht wie in der Regel üblich auf einen festen Prozentsatz in Bezug auf die Darlehenssumme lautet, sondern bei dem das Entgelt für die Kreditgewährung ganz oder zum Teil in einer Gewinnbeteiligung besteht.⁹

5 Andere Bezeichnungen sind Beteiligungsdarlehen (vgl. Palandt-Weidenkaff, Einf. v. § 488 BGB, Rn. 17) oder Darlehen mit Gewinnbeteiligung (vgl. Graf, S. 1 ff.)

6 Köbler, Etymologisches Rechtswörterbuch, S. 299.

7 Köbler, Etymologisches Rechtswörterbuch, S. 299.

8 Huffer, S. 2.

9 Staudinger-Hopt/Mülbert, § 607 BGB, Rn. 93; Palandt-Weidenkaff, Einf. v. § 488 BGB, Rn. 17; Graf, S. 3 f.; Huffer, S. 2; Denkhaus, S. 7.