
GmbH-Musterformulierungen

■ Die atypisch stille Beteiligung an einer GmbH

Hinweise und Musterformulierung zur Vertragsgestaltung

*von Rechtsanwalt Dr. Martin Pröpper**

GmbH & Still: Die GmbH kann sich auch dadurch finanzieren, dass sie Kapital Dritter als stille Einlage und damit einen stillen Gesellschafter aufnimmt. Die typisch stille Gesellschaft ist gesetzlich geregelt (§§ 230 – 237 HGB). Die atypische stille Gesellschaft hingegen ist eine abweichende Ausprägung der gesetzlichen Form, wobei aufgrund der Dispositionsfähigkeit der §§ 230 ff. HGB weiter Gestaltungsspielraum besteht. Die stille Gesellschaft, wenn auch bloße Innengesellschaft, ist zivilrechtlich eine Gesellschaft nach § 705 BGB. Die stille Gesell-

schaft ist nicht im Handelsregister einzutragen und tritt im Rechtsverkehr nicht nach außen auf.

GmbH & atypisch Still: Allgemein betreffen die Abweichungen vom gesetzlichen Statut (§§ 230 ff. HGB) bei der atypisch stillen Gesellschaft folgende Bereiche:

* Der Autor ist Mitarbeiter in der Kanzlei Ulrich Weber & Partner GbR, Köln.

GmbH-Musterformulierungen

Erweiterung der Kontroll- und Beteiligungsrechte und/oder vermögensrechtliche Gleichstellung mit dem Teilnehmer, insbesondere Beteiligung an stillen Reserven und am Geschäftswert.

Atypisch stiller Gesellschafter kann jedermann sein, ohne dass es auf die Kaufmannseigenschaft ankäme. Neben einem Dritten kann auch ein Gesellschafter selbst sich an der GmbH als atypisch stiller Gesellschafter beteiligen und hierdurch ein weiteres Gesellschaftsverhältnis begründen (BFH v. 15.10.1998 – IV R 18/98, GmbHR 1999, 193). Bei dieser Ausgestaltung spricht man von der sog. GmbH & atypisch Still. Der stille Gesellschafter leistet eine Vermögenseinlage, die im Gegensatz zur Stammeinlage der GmbH auch in Dienstleistungen bestehen kann. Ein eingelegter Vermögensgegen-

stand geht in das Vermögen der GmbH über (§ 230 Abs. 1 HGB).

Eine Haftung des stillen Gesellschafters gegenüber Gläubigern der GmbH wird aufgrund der Ausgestaltung als bloße Innengesellschaft nicht begründet. Etwas anderes kann unter dem Blickwinkel des Eigenkapitalersatzes für atypische stille Gesellschaftsverhältnisse mit Risikokapitalcharakter gelten (*K.Schmidt* in Scholz, GmbHG, 9. Aufl. 2000, §§ 32a, 32b Rz. 19 m. w. N.). Denn nach der Rechtsprechung unterliegt derjenige atypisch Stille, der ähnlich wie ein GmbH-Gesellschafter die Geschicke der Gesellschaft bestimmt sowie am Vermögen und Ertrag der Gesellschaft beteiligt ist, auch den Grundsätzen der Kapitalerhaltung (BGH v. 7.11.1988 – II ZR 46/88, GmbHR 1989, 152).

Musterformulierung zu einer atypisch stillen Gesellschaft

Als Einlage des atypisch Stillen kann jeder verwertbare Vorteil dienen. Es bietet sich an, das Geschäftsjahr an der Gesellschaft zu orientieren. Ist die Gesellschaft auf verschiedenen Geschäftsfeldern tätig, kann die atypisch stille Beteiligung auch auf einen Geschäftsbereich beschränkt werden (BFH v. 6.12.1995 – I R 109/94, GmbHR 1996, 378).

Bilanziell ist die Einlage des stillen Gesellschafters grundsätzlich als sonstige Verbindlichkeiten zu passivieren. Nur wenn der Stille zugleich Gesellschafter der GmbH ist, muss die Einlage als Verbindlichkeit gegenüber Gesellschaftern nach § 42 Abs. 3 GmbHG gesondert ausgewiesen werden (*Crezelius* in Scholz, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 42 Rz. 27).

Im Außenverhältnis bedarf es einer gesonderten Vertretungsregelung nicht, da das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung nur dem „Inhaber des Handelsgewerbes“ zustehen (§ 230 HGB, §§ 709 ff. BGB), was sich durch Ziff. 1 nicht ändert. Prokura oder Handlungsvollmacht können dem Stillen jedoch eingeräumt, wie auch ein Anstellungsvertrag mit ihm abgeschlossen werden.

Im Innenverhältnis ist ein Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte zu gestalten. Zu achten ist auf die satzungsmäßigen Rechte der Gesellschafterversammlung (hier der Vorschlag bei Ziff. 2: „bleiben unberührt“).

Einkommensteuerrechtlich hängt der Status des atypisch Stillen davon ab, ob seine Rechtsstellung von §§ 230 ff. HGB derart abweicht, dass das Gesamtbild dem Typ des Mitunternehmers entspricht (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG).

§ 1 Errichtung, Einlage, Geschäftsjahr

X beteiligt sich zum 1.1.2005 auf unbestimmte Dauer als atypisch stiller Gesellschafter an der Y-GmbH mit einer Einlage von 50 000 €, welche in voller Höhe sofort in bar fällig ist. Das Geschäftsjahr folgt der Y-GmbH.

§ 2 Geschäftsführung

(1) Im Außenverhältnis steht das Recht zur Geschäftsführung ausschließlich den bestellten Geschäftsführern der Y-GmbH zu.

(2) Im Innenverhältnis bedürfen Rechtsgeschäfte und Handlungen der Y-GmbH, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehen, der vorherigen Zustimmung des stillen Gesellschafters, wobei die Rechte der Gesellschafterversammlung unberührt bleiben. Zustimmungspflichtig sind insbesondere:

- a) Erwerb, Veräußerung oder Belastung von Grundstücken, grundstücksgleichen Rechten und Rechten an Grundstücken;
- b) Investitions- und Finanzplanung;
- c) Übernahme und Veräußerung von Beteiligungen an anderen Unternehmen oder Errichtung neuer Unternehmen (etc.).

Die Beteiligungsquote des atypisch stillen Gesellschafters wird aufgrund einer Unternehmensbewertung sowie unter Beobachtung aller stillen Reserven und eines Firmenwertes sowie der Höhe der stillen Einlage festgelegt (wie unter Abs. 1 vorgeschlagen). Entweder ist die Beteiligungsquote fachkundig zu ermitteln (Bewertungsgutachten) oder aber durch die Parteien festzulegen.

Bei der Gewinnbeteiligung sind detaillierte Regelungen möglich und ratsam. Die Ermittlung des Ergebnisanteils des atypisch Stillen kann nach Maßgabe der Handels- wie auch der Steuerbilanz erfolgen. Zur Gewinnermittlung bei Beteiligung des atypisch Stillen nur an bestimmten Geschäftsbereichen (Sparten oder Geschäftsfeldern) der GmbH vgl. *Schulze zur Wiesche*, GmbHHR 1999, 902 (905). Die Regelung unter Abs. 2 ist gleichermaßen ein Gestaltungsvorschlag. Die Gewinn- und Verlustbeteiligung kann hier frei bestimmt werden.

Bei der Abfindung (dem Auseinandersetzungsguthaben) und deren Ermittlung sind die stillen Reserven der GmbH einzubeziehen. Je nach Sachlage können genauere Wertermittlungsvorschriften angeraten sein, etwa wenn es um Grundstücke und Gebäude geht, als in Ziff. 2 vorgeschlagen. Die dortige Bestimmung, wonach ein rechnerisch negatives Abfindungsguthaben nur bis zur Höhe der Einlage im Nennbetrag auszugleichen ist, entspricht dem Charakter der atypisch stillen Beteiligung. Denn bei dieser ist grds. ein Nachschuss ausgeschlossen. Kommt eine Einigung über die Wertansätze nicht zustande, könnte ein von der zuständigen WP-Kammer einzusetzender Schiedsgutachter verbindlich für beide Parteien entscheiden, wie ggf. noch aufzunehmen wäre. Aus Kostengründen könnte auch eine Regelung vorgesehen werden, wonach der Abschlussprüfer die Werte verbindlich für alle Beteiligten ermittelt.

Weitgehende Informations- und Kontrollrechte, ggf. auch Weisungsrechte gegenüber der Gesellschaft sind maßgebend für den Charakter der atypisch stillen Gesellschaft. Wichtig ist insbesondere der Hinweis auf § 118 HGB, wodurch zu Gunsten des atypisch Stillen ein persönliches allgemeines Informationsrecht über alle Angelegenheiten der Gesellschaft vorgesehen wird.

§ 3 Stellung des stillen Gesellschafters

(1) Der stille Gesellschafter ist am Gewinn und Verlust der Y-GmbH im Verhältnis seiner Einlage zum Gesamtwert der Y-GmbH (heutiger Verkehrswert) beteiligt. Die Beteiligungsquote wird deshalb mit 20% angemessen festgelegt. Insbesondere erstreckt sich die Beteiligung des stillen Gesellschafters auch auf den Vermögenszuwachs und die stillen und offenen Reserven der Y-GmbH.

(2) Die Gewinnbeteiligung per annum beträgt höchstens den Nennwert der Einlage bei der Y-GmbH. Verluste werden dem stillen Gesellschafter auch insoweit zugerechnet, wie sie den Betrag seiner Einlage übersteigen.

(3) Der dem stillen Gesellschafter gutzubringende Gewinn oder zu belastende Verlust wird am Schluss jedes Geschäftsjahres aufgrund des Jahresabschlusses der Y-GmbH berechnet.

§ 4 Kündigung und Abfindung (Auseinandersetzungsguthaben)

(1) Die stille Gesellschaft kann mit einer Frist von sechs Monaten zum Jahresende gekündigt werden, erstmals jedoch zum 31.12.2007. Das Recht zur fristlosen Kündigung bleibt unberührt.

(2) Bei Beendigung der stillen Gesellschaft wird der stille Gesellschafteranspruch auf eine Abfindung fällig (Auseinandersetzungsguthaben), die auf den Tag der Beendigung festzustellen ist. Der Abfindungsanspruch setzt sich zusammen aus

- dem unter Berücksichtigung der Einlage und der Beteiligungsquote ermittelten Gewinn- und Verlustsaldos
- dem seiner Beteiligungsquote entsprechenden Anteil des stillen Gesellschafters an den stillen Reserven der Y-GmbH.

Ergibt sich ein negativer Betrag, so ist dieser nur bis zur Höhe der Einlage vom stillen Gesellschafter auszugleichen. Zur Ermittlung der stillen Reserven sind sämtliche Vermögensgegenstände der Gesellschaft mit ihren Verkehrswerten anzusetzen, einschließlich eines selbst geschaffenen Firmenwertes.

§ 5 Kontrollrechte

Dem stillen Gesellschafter stehen die in § 233 und §§ 118 HGB, 716 BGB genannten Kontrollrechte zu. Insbesondere ist er berechtigt, sich von den Angelegenheiten der Y-GmbH persönlich unterrichten zu lassen und die Handelsbücher und Papiere der Y-GmbH einzusehen. Er ist stets berechtigt, an allen Gesprächen mit den Beratern der Y-GmbH und allen Gesellschafterversammlungen teilzunehmen.

Eine Erbnachfolgeregelung für den Fall des Todes des atypisch Stillen kann ergänzend zu der nebenstehenden Verfügungsregelungen über die stille Beteiligung sinnvoll sein.

§6 Abtretung, Belastung

Abtretung, Veräußerung und Verpfändung der stillen Beteiligung sowie Vereinbarungen einer Unterbeteiligung, Einräumung von Treuhandverhältnissen und vergleichbare Verfügungen bedürfen der vorherigen schriftlichen Zustimmung der Gesellschafterversammlung der Y-GmbH. Die Zustimmung darf nur aus wichtigem Grund versagt werden. Entsprechendes gilt für die Abtretung und Verpfändung von Gewinnansprüchen und Guthaben.