

Sind stille Beteiligungen zwingend Teilgewinnabführungsverträge?

– Abgrenzungskriterien insbesondere im Bereich der Venture Capital-Finanzierung –

I. Einleitung

Es bedarf sicherlich einer besonderen Begründung, wenn eine durch eine 40 Jahre zurückliegende Gesetzesänderung aufgeworfene und von der h.M. in Rechtsprechung und Literatur längst beantwortete Frage erneut gestellt wird, nämlich die nach der aktienkonzernrechtlichen Einordnung stiller Beteiligungen. Der Grund liegt darin, dass sich stille Beteiligungen jenseits der die Gerichte stark beschäftigenden Anlagemodelle in den vergangenen Jahren zu einem wichtigen und üblichen Finanzierungsinstrument des institutionellen Beteiligungsmarkts entwickelt haben. Entgegen der h.M. sind stille Beteiligungen abhängig von ihrer Ausgestaltung als Verträge des laufenden Geschäftsverkehrs i.S. von § 292 Abs. 2 AktG und damit nicht als Unternehmensverträge anzusehen. Ziel dieses Beitrags ist es, entsprechende Abgrenzungskriterien zu entwickeln und zur Diskussion zu stellen. Dem Verfasser mag es nachgesehen werden, der Behandlung der Rechtsfragen eine Darstellung über die Bedeutung und die Ausgestaltung stiller Beteiligungen in der Praxis voranzustellen und auf einige bedeutsame Rechtsfolgen ihrer Einordnung als Unternehmensverträge hinzuweisen.

II. Rechtstatsächliches

1. Bedeutung stiller Beteiligungen für die Unternehmensfinanzierung

Das Finanzierungsumfeld gerade kleiner und mittelständischer Unternehmen ist im Wandel begriffen. Viele dieser Unternehmen können ihre Ziele nicht oder in nicht ausreichendem Maße über klassische Kredite finanzieren¹⁾. Junge, technologieorientierte Unternehmen, die regelmäßig in Rechtsform der GmbH oder AG geführt²⁾ werden, werden maßgeblich durch Einlagen und Aufgeldzahlungen von Venture Capital-Gebern und stille Beteiligungen finanziert, da kreditübliche Sicherheiten nicht gestellt werden können.

Auch etablierte, mittelständische Unternehmen sehen sich einem veränderten Kreditvergabeverhalten von Banken ausgesetzt³⁾. Unternehmen wird daher verstärkt zur Aufnahme stiller Beteiligungspartner zur Verbesserung ihrer Eigenkapitalbasis geraten⁴⁾.

Der Einsatz stiller Beteiligungen lässt sich wie folgt strukturieren und mit einigen Zahlen belegen⁵⁾.

Nach telefonischer Auskunft der tbg Technologie-Beteiligungs-Gesellschaft mbH (kurz tbg), die junge Kapitalgesellschaften finanziert hat⁶⁾, hatte diese bis Ende 2003 über 2000 stille Beteiligungszusagen erteilt, davon – geschätzt – etwa 25% gegenüber AGs. Häufig wurden einer Gesellschaft auch mehrere stille Beteiligungen zu-

gesagt und gewährt. Die tbg ist zu meist ausschließlich als stiller Gesellschafter und nicht als Aktionär oder GmbH-Gesellschafter beteiligt.

Gelingt den jungen Kapitalgesellschaften die Entwicklung der Produkte und können sie schon erste Vertriebserfolge aufweisen, werden sie für Venture Capital-Gesellschaften interessant⁷⁾. Venture Capital-Gesellschaften zeichnen Aktien aus Kapitalerhöhungen, meistens unter Bezugsrechtsausschluss der Gründungsaktionäre und leisten Einlagen (Eigenkapital) und Aufgeldzahlungen. Daneben werden in erheblichem Maße stille Beteiligungen gewährt⁸⁾. Im Jahr 2003 betrug die Summe der Eigenkapitalinvestitionen knapp 1,9 Mio. Euro. Die Summe der Einlagen stiller Beteiligungen 300 Mio. €⁹⁾.

Eine sehr bedeutende Rolle als stille Gesellschafter nehmen die mittelständischen Beteiligungsgesellschaften (MBG) ein, die neben traditionellen industriellen Branchen auch jüngere technologieorientierte Unternehmen finanzieren¹⁰⁾. Die MBG verfügten Ende 2003 über ein Portfolio von mehr als 3200 Beteiligungen mit einem Beteiligungsvolumen von etwa 1 Mrd. €¹¹⁾. Die MBG begeben sich dabei fast ausschließlich in die Rolle des stillen Gesellschafters, ohne sich „offen“ als Aktionär oder GmbH-Gesellschafter zu beteiligen. Die veröffentlichten Zahlen der

Ralf Hoffmann ist Rechtsanwalt und Steuerberater in eigener Praxis in Berlin und spezialisiert auf Gesellschafts- und Konzernrecht sowie Venture Capital-Gestaltungen
Internet: www.hoffmann-law.de

- 1) Vgl. Häger/Elkemann-Reusch, *Mezzanine Finanzierungsinstrumente*, 2004, S. 7.
- 2) Für diese Rechtsformwahl sind auch steuerliche Gründe maßgebend: Die Beteiligung an einer Personengesellschaft würde einen auf Vermögensverwaltung angelegten Venture Capital-Fonds gewerblich infizieren.
- 3) Vgl. Leidig, *FB* 2004 S. 802 ff.
- 4) Selbherr, *Jahrbuch 2004 des Bundesverbands deutscher Kapitalbeteiligungsgesellschaften – German Private Equity and Venture Capital Association e.V. (kurz BVK)*, S. 21; Leidig, *FB* 2004 S. 802 ff., nennt Kreditkündigungen und Ratingvorbereitungen als weitere Gründe für den Einsatz mezzaniner Finanzierungsinstrumente wie stiller Beteiligungen.
- 5) Diese Zahlen stammen z.T. aus veröffentlichten Quellen, z.T. werden jedoch auch Einschätzungen wiedergegeben, die dem Verf. auf Nachfrage telefonisch mitgeteilt wurden.
- 6) Vgl. Weitnauer, *Handbuch Venture Capital*, 2. Aufl. 2001, C 127.
- 7) Bis 2001 haben Venture Capital Gesellschaften häufig bereits in einer früheren Phase investiert. Die letzten Jahre waren von einem für viele Jungunternehmen problematischen Rückzug aus der Frühfinanzierung geprägt.
- 8) Weitnauer, a.a.O. (Fn. 6), C 128.
- 9) *Jahrbuch 2004 des BVK*, S. 84. In dieser BVK-Statistik wurden die 187 ordentlichen Mitglieder, darunter auch die mittelständischen Beteiligungsgesellschaften sowie elf Nichtmitglieder berücksichtigt. *Jahrbuch 2004 des BVK*, S. 75 Stichwort „Methothologie“. Wie der BVK auf Nachfrage mitteilte, wurden 2003 540 stille Gesellschaftsverträge abgeschlossen.
- 10) Hanke, *Jahrbuch 2004 des BVK (Fn. 4)*, S. 13.
- 11) Hanke, a.a.O. (Fn. 10), S. 14.

MBG Thüringen¹²⁾ geben darauf einen Hinweis: Die MBG Thüringen ist 90 stille Beteiligungen eingegangen; an nur vier der finanzierten Kapitalgesellschaften ist sie mit Anteilen zwischen 3% und 5% des gezeichneten Kapitals beteiligt.

In einer dynamischen Entwicklung befindet sich das Angebot des sog. Mezzaninekapitals, welches zunehmend von Banken und den ersten Fonds in Deutschland angeboten wird¹³⁾. Es wird erwartet, dass das Mezzaninekapital in den kommenden Jahren zügig Volumen weit über der Milliarden-Euro-Grenze pro Jahr erreicht.

Betrachtet man den Umstand, dass alleine die von den MBG über stille Beteiligungen finanzierten Gesellschaften im Jahr 2003 einen Umsatz von 26 Mrd. Euro erzielt haben¹⁴⁾, kann der Einschätzung, dass die Bedeutung stiller Beteiligung jenseits der Sonderfälle als Anlagemodell meistens als gering einzustufen ist¹⁵⁾, nicht gefolgt werden.

Die von mittelständischen Beteiligungsgesellschaften über stille Beteiligungen finanzierten Gesellschaften haben in 2003 einen Umsatz von 26 Mrd. Euro erzielt. Dies spricht für eine nicht geringe Bedeutung solcher Anlagemodelle.

2. Zustandekommen

Stille Beteiligungen an AGs werden in der Praxis als Teilgewinnabführungsverträge i.S. von § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG behandelt¹⁶⁾. Die Zustimmung nach § 293 Abs. 1 AktG wird zumeist im Rahmen einer außerordentlichen Hauptversammlung erteilt. Diese Zustimmung ist häufig der einzige Tagesordnungspunkt. Sie wird in diesen Fällen häufig in Form der Einwilligung auf Grundlage des ausgelegten stillen Beteiligungsvertragsentwurfs erteilt. Auf den Bericht über den Unternehmensvertrag und dessen Prüfung wird im Regelfall gem. § 293 a Abs. 3 AktG und § 293 b Abs. 2 AktG verzichtet. Im Fall einer Venture Capital-Finanzierung wird im Rahmen der außerordentlichen Hauptversammlung auch eine Kapitalerhöhung zumeist unter Ausschluss des Bezugsrechts der Aktionäre beschlossen und eine von der Venture Capital-Gesellschaft benannte Person als Aufsichtsratsmitglied gewählt.

3. Vertragsgestaltung

Hervorzuheben sind die folgenden häufig auftretenden Merkmale:

Die Verträge sehen häufig einen entweder an dem Gesellschaftszweck orientierten oder gar auf die Entwicklung oder den Vertrieb einzelner Produkte bezogenen Verwendungszweck der in Geld zu leistenden Einlage vor¹⁷⁾.

Die stillen Beteiligungsverträge enthalten häufig eine Begrenzung der gewinnabhängigen Vergütung durch eine am Bruchteil der Einlage bemessene Höchstgrenze und daneben eine Festverzinsung¹⁸⁾, auf der jedenfalls bei jungen Technologieunternehmen das wirtschaftliche Schwergewicht der Vergütung liegt. Z.T. sehen diese Verträge auch eine Anrechnung der gewinnabhängigen Vergütung auf eine neben der Festverzinsung zu leistende endfällige Pauschal-

vergütung vor. Eine Verlustbeteiligung wird meistens ausgeschlossen.

Informations- und Kontrollrechte werden in Bezug auf die wirtschaftliche Entwicklung, aber auch die Mittelverwendung für das Innovationsvorhaben, vereinbart. Zustimmungsrechte werden im Hinblick auf bestimmte Rechtsgeschäfte und Maßnahmen vereinbart.

Die stillen Gesellschaftsverträge werden mit einer Festlaufzeit von fünf oder zehn Jahren abgeschlossen.

Als Gründe für eine außerordentliche Kündigung werden vereinbart:

- unrichtige Angaben bei Vertragsschluss;
- Fehlen des Verwendungsnachweises;
- Einstellung der Zahlungen;
- Börsengang oder Veräußerung einer Mehrheit der Aktien.

4. Praxisrelevante Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen der Qualifikation als Teilgewinnabführungsvertrag bestehen darin, dass die §§ 293 ff. AktG Anwendung finden, die weit reichende Vorgaben insbesondere für das Zustandekommen des Vertrags, seiner Änderung und Beendigung sowie seiner Ausgestaltung enthalten.

§ 293 Abs. 1 AktG macht die Wirksamkeit des Vertrags von der Zustimmung der Hauptversammlung der Gesellschaft abhängig, die die vertragstypische Leistung¹⁹⁾ i.S. von § 292 Abs. 1 AktG, nämlich den Teilgewinn, verspricht. Es verbleibt bei dem Initiativrecht des Vorstands zum Vertragsabschluss, dessen Vertretungsmacht sich jedoch auf den Abschluss eines schwebend unwirksamen Vertrags beschränkt²⁰⁾. Umstritten ist die Anwendung der §§ 293 a bis g AktG bei Verträgen des § 292 Abs. 1 AktG²¹⁾. Wirksam wird der Unternehmensvertrag erst mit der Eintragung seines Bestehens im Handelsregister (§ 294 Abs. 2 AktG).

Bei der Beendigung des Unternehmensvertrags sind die §§ 296 f. AktG zu beachten. Nach § 296 AktG ist eine Aufhebung nur zum Ende des Geschäftsjahrs oder des sonst vertraglich bestimmten Abrechnungszeitraums möglich, während § 297 AktG eine solche Einschränkung für die Kündigung aus wichtigem Grund nicht enthält.

12) Gabler, *Jahrbuch 2004 des BVK* (Fn. 4), S. 15.

13) Zu dem Mezzaninekapital zählen neben stillen Beteiligungen Genussrechte und Nachrangdarlehen. Z.T. wird Mezzaninekapital nur in Form von Genussrechten angeboten, um – wie auch auf Nachfrage erläutert wurde – einheitliche Vertragsbedingungen zu schaffen und aus steuerlichen Gründen, insbesondere wegen § 8 a KStG.

14) Hanke, a.a.O., (Fn. 10), S. 14.

15) Altmeyden, in: *MünchKomm-AktG*, 2. Aufl. 2000, § 292 Rdn. 32 am Ende; Krieger, in: *MünchHdb-AG*, 2. Aufl. 1999, § 72 Rdn. 14.

16) Wenn etwa bei Due Diligence Prüfungen fehlende Hauptversammlungszustimmungen und Handelsregistereintragungen festgestellt werden, beruht dies im Regelfall nicht auf dem Ergebnis einer juristischen Subsumtion. Es wird vielmehr als Versehen begründet.

17) Definiertes Innovationsvorhaben.

18) Zu Fragen des Eigenkapitalersatzes bei festverzinslichen stillen Beteiligungen, Hoffmann, FB 2002 S. 259 ff.

19) Hüffer, *AktG*, 6. Aufl. 2004, § 293 Rdn. 3.

20) Vgl. Emmerich/Habersack, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 3. Aufl. 2003, § 293 Rdn. 15.

21) Gegen die Anwendung Altmeyden, a.a.O. (Fn. 15), § 293a Rdn. 22 und 5 ff.

Vor diesem Hintergrund erklärt sich der in der Praxis gewählte Weg, eine außerordentliche Kündigung im Fall der Veräußerung der Mehrheit der Aktien oder einer Börseneinführung zuzulassen²²⁾, weil diese Ereignisse Anlass für die Beendigung des Unternehmensvertrags sein können, häufig jedoch nicht mit dem Ende eines Geschäftsjahrs zusammenfallen.

Große Bedeutung hat die Vorschrift des § 301 AktG. Diese Vorschrift bestimmt, dass eine AG, gleichgültig welche Vereinbarungen über die Berechnung des abzuführenden Gewinns getroffen worden sind, als ihren Gewinn höchstens den ohne die Gewinnabführung entstehenden Jahresüberschuss, vermindert um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr und um den Betrag, der nach § 300 AktG in die gesetzliche Rücklage einzustellen ist, abführen kann. Nach h.M.²³⁾ wird § 301 AktG auch auf Teilgewinnabführungsverträge angewandt, wenn sich die Abführungspflicht auf den Gewinn der gesamten Gesellschaft bezieht.

Nach wohl ebenfalls h.M. ist bei der Anwendung des § 301 AktG die Gegenleistung, die erbrachte Einlage, nicht zu berücksichtigen²⁴⁾. Folgt man dieser Meinung, ist die in der Praxis häufige Kombination aus Festverzinsung und Teilgewinnabführung²⁵⁾ ein Verstoß gegen § 301 AktG, wenn die jeweilige Gesellschaft entsprechende Gewinne nicht erzielt. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die Mindestverzinsung als garantierte – auch in Verlustjahren zu zahlende – Vergütungskomponente ein wesentliches Element der mezzaninen Finanzierung darstelle, durch die sich erst ein vertretbares Chancen-/Risikoprofil der Finanzierung ergibt²⁶⁾. Fiele diese Vergütungskomponente somit weg, würde es häufig gar nicht zu dem Abschluss des stillen Beteiligungsvertrages kommen. Eine Finanzierungsalternative ist für junge Kapitalgesellschaften dann häufig nicht mehr gegeben, was eine Insolvenzgefahr auslösen kann. Andere Gesellschaften müssten ggf. eine weit teurere Finanzierung in Anspruch nehmen.

Die Frage, ob eine stille Gesellschaft somit als Teilgewinnabführungsvertrag zu qualifizieren ist, hat erhebliche Auswirkungen auf eine durchaus bedeutende Anzahl von Gesellschaften. Es soll daher die Frage untersucht werden, ob und unter welchen Voraussetzungen stille Beteiligungen Teilgewinnabführungsverträge sind. Zunächst wird auf die herrschende Meinung eingegangen.

III. Zusammenfassende Darstellung der herrschenden Meinung

1. Zu dem Verhältnis von § 292 Abs. 1 Nr. 2 zu § 292 Abs. 2 AktG

§ 292 Abs. 1 AktG bestimmt vier Typen von Unternehmensverträgen. In Nr. 1 die Gewinngemeinschaft, in Nr. 3 den Betriebspachtvertrag und den Betriebsüberlassungsvertrag und in Nr. 2 den hier zu behandelnden Teilgewinnabführungsvertrag. § 292 Abs. 2 sieht vor, dass eine Abrede über eine Gewinnbeteiligung mit Verwaltungsmitgliedern, einzelnen Arbeitnehmern der Gesellschaft sowie im Rahmen von

Verträgen des laufenden Geschäftsverkehrs oder Lizenzverträgen kein Teilgewinnabführungsvertrag ist. Diese Vorschrift bezieht sich somit ausschließlich auf Teilgewinnabführungsverträge und nicht auf die anderen in Abs. 1 genannten Unternehmensverträge.

Nach herrschender und zutreffender Auffassung kennt § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG keine Bagatellgrenze bezüglich der Höhe des abzuführenden Teilgewinns der Gesellschaft oder einzelner ihrer Betriebe. Es genügt somit jeder, auch noch so kleine Betrag²⁷⁾.

Die Frage, ob eine stille Gesellschaft als Teilgewinnabführungsvertrag i.S. von § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG zu qualifizieren ist, hat erhebliche Auswirkungen auf eine Vielzahl von Gesellschaften.

§ 292 Abs. 2 AktG wird als eine in dem Interesse der Praktikabilität erforderliche Ausnahmegesellschaft verstanden, deren extensive Anwendung sich verbiete²⁸⁾. Nach § 292 Abs. 2 AktG bliebe kein Raum für eine wertende Prüfung, ob der konkrete Vertrag unbedeutend oder bedeutend sei²⁹⁾. Es handele sich bei den in § 292 Abs. 2 AktG genannten Verträgen um einen *numerus clausus*³⁰⁾. Die in § 292 Abs. 2 AktG genannte Formulierung „keine Teilgewinnabführungsverträge“ sei nicht als Negativdefinition aufzufassen, sondern bedeute nur, dass die dort genannten Verträge nicht den §§ 293 ff. AktG unterfielen³¹⁾.

Die in § 292 Abs. 2 AktG genannten Ausnahmen sind nach h.M. ausschließlich qualitativ, d.h. nach der Art ihres Vertragstypus und nicht quantitativ zu bestimmen³²⁾. Ob ein Vertrag des

- 22) Zu der Zulässigkeit solcher Gestaltungen vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 19), § 297 Rdn. 8; zu den Problemen im Zusammenhang mit einem Börsengang Schlitt/Beck, NZG 2001 S. 688 (694).
- 23) Schmidt, ZGR 1984 S. 295 (300); Blaurock, Handbuch der stillen Beteiligung, 6. Aufl. 2003, § 7.31; Emmerich, a.a.O. (Fn. 20), § 301 Rdn. 5, jeweils mit Hinweis auf die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 301 AktG, S. 398; Hüffer, a.a.O. (Fn. 19), § 301 Rdn. 2; Häger/Elkemann-Reusch, a.a.O. (Fn. 1), Rdn. 250; nicht eindeutig, Altmeyden, a.a.O. (Fn. 15), § 301 Rdn. 7 f.; Weigl, Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung, 2. Aufl. 2004, Fn. 115.
- 24) Vgl. Altmeyden, a.a.O. (Fn. 15), § 301 Rdn. 8; so wohl auch Blaurock a.a.O. (Fn. 23), § 7.31, jedoch nicht eindeutig bei Festverzinsung vgl. § 7.10 a.E.; Emmerich, a.a.O. (Fn. 20), § 300 Rdn. 19; Koppensteiner, in: KölnKommAktG 2. Aufl., § 300 Rdn. 15; Häger/Elkemann-Reusch, a.a.O. (Fn. 1), Rdn. 250 ff.; a.A. Krieger, a.a.O. (Fn. 15), § 72 Rdn. 20 a.E.
- 25) Vgl. zu dieser Einschätzung Blaurock, a.a.O. (Fn. 23), § 7.10; Muster bei Häger/Elkemann-Reusch, a.a.O. (Fn. 1), Rdn. 243; Weitnauer, in: Hdb. Venture Capital, 2. Aufl. 2001, Anhang IX, § 7 Abs. 1; Weigl, a.a.O. (Fn. 23), S. 46 unter § 2 Abs. 1 a.E., ders. Fn. 115 m. H. auf § 301 AktG.
- 26) Vgl. Häger/Elkemann-Reusch, a.a.O. (Fn. 1), Rdn. 257.
- 27) Krieger, a.a.O. (Fn. 15), § 72 Rdn. 15; Koppensteiner, a.a.O. (Fn. 24), § 292 Rdn. 48; Emmerich, a.a.O. (Fn. 20), § 292 Rdn. 24; Hüffer, a.a.O. (Fn. 19), § 292 Rdn. 13; KG, AG 2000, S. 183 (184).
- 28) Schmidt, ZGR 1984 S. 295 (302); Kort, KG, EWIR, § 292 AktG 1/99S. 721 (722); Hüffer, a.a.O. (Fn. 19), § 292 Rdn. 26.
- 29) Schmidt, ZGR 1984 S. 295 (302).
- 30) Schmidt, ZGR 1984 S. 295 (302).
- 31) Koppensteiner, a.a.O. (Fn. 24), § 292 Rdn. 50 unter Bezug auf Schmidt, ZGR 1984 S. 295 (302).
- 32) KG, AG 2000 S. 183 (184); Emmerich, a.a.O. (Fn. 20), § 292 Rdn. 33; Altmeyden, a.a.O. (Fn. 15), § 292 Rdn. 81; Hüffer, a.a.O. (Fn. 19), § 292 Rdn. 26.

laufenden Geschäftsverkehrs vorliege, sei nach Maßgabe des § 116 Abs. 1 HGB zu bestimmen³³⁾. Erforderlich sei eine konkrete auf den Geschäftsbetrieb gerade dieser Gesellschaft abstellende Beurteilung³⁴⁾. Das konkrete Gewicht des in Frage stehenden Geschäfts solle keine Rolle spielen³⁵⁾.

2. Zu stillen Gesellschaften und ihrer Behandlung nach § 292 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 AktG

Stille Gesellschaften mit einer AG sind nach fast allgemeiner – zutreffender – Ansicht als Verträge i.S. von § 292 Abs. 1 Ziffer 2 AktG zu qualifizieren³⁶⁾³⁷⁾.

Die h.M. kommt weiterhin zu dem Ergebnis, dass eine Anwendung von § 292 Abs. 2 AktG auf stille Beteiligungen auszuschließen habe, sofern Vertragspartner nicht Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder oder Arbeitnehmer sind³⁸⁾. Diese Ausnahmen werden auch als personenbezogen bezeichnet³⁹⁾.

Nach h.M. ist § 292 Abs. 2 AktG auf stille Beteiligungen nicht anwendbar, weil diese zu den ungewöhnlichen Geschäften i.S. von § 116 HGB gehören. Dies überzeugt jedoch weder in der Begründung noch im Ergebnis.

Außerhalb dieser personenbezogenen Ausnahmen gelte es als gesicherte Erkenntnis, dass stille Gesellschaftsverträge zu den ungewöhnlichen Geschäften i.S. des § 116 Abs. 1 HGB gehören⁴⁰⁾. Zum Teil wird dies mit dem Charakter stiller Gesellschaften als Dauerschuldverhältnisse begründet⁴¹⁾.

Nach *Blaurock*⁴²⁾ lässt sich jedoch nicht zweifelsfrei bestimmen, ob die Vereinbarung einer stillen Beteiligung nach den Vorstellungen des Gesetzgebers eine im Wirtschaftsleben übliche Gewinnbeteiligung ist. Entscheidend sei jedoch, dass stille Beteiligungen auch bei Publikums-gesellschaften, die sich an ein breites Anlegerpublikum wenden, keinen unbedeutenden Charakter tragen und die Entscheidung über den Abschluss stiller Gesellschaftsverträge mithin den Charakter eines Grundlagenbeschlusses trage⁴³⁾. Ein solcher könne nicht nach § 292 Abs. 2 AktG aus der Zustimmungspflicht der Hauptversammlung entlassen werden⁴⁴⁾.

Schließlich sei es auch nicht möglich, durch die Festschreibung des Zwecks der Kapitalaufnahme durch stille Beteiligungen in der Satzung als Unternehmensgegenstand eine andere Wertung herbeizuführen⁴⁵⁾. Die Aufnahme einer bestimmten Tätigkeit in der Satzung sei nämlich von der Frage der Zustimmung zu diesem Geschäft durch die Hauptversammlung strikt zu trennen⁴⁶⁾.

IV. Der Weg ins HGB: Ein Irrweg?

Die h.M., nach der § 292 Abs. 2 AktG auf stille Beteiligungen nicht anwendbar ist, weil diese zu den ungewöhnlichen Geschäften i.S. von § 116 HGB gehören (vgl. Abschn. III.), überzeugt weder in der Begründung noch im Ergebnis.

Der Verweis auf § 116 HGB ist zunächst ein Widerspruch zu der Auffassung, dass die in § 292 Abs. 2 AktG genannten Ausnahmen ausschließlich qualitativ und nicht quantitativ zu bestimm-

men sind⁴⁷⁾. § 116 HGB bestimmt den außergewöhnlichen Charakter eines Geschäfts sowohl nach der Art, als auch nach dem Umfang oder dem Risiko⁴⁸⁾. Ein Kreditgeschäft wird den gewöhnlichen Geschäften zugerechnet, wenn es im Zusammenhang mit der gewöhnlichen eigenen Geschäftstätigkeit steht (qualitatives Merkmal)⁴⁹⁾. Ein Kreditgeschäft ist jedoch nach § 116 HGB außergewöhnlich, wenn es sich um einen Großkredit⁵⁰⁾ oder ein Kreditgeschäft mit einem besonderen Risiko handelt (quantitatives Merkmal)⁵¹⁾.

Bei einer allein auf § 116 HGB ausgerichteten Betrachtung bleibt zudem unberücksichtigt, dass § 116 HGB grundsätzlich sämtliche Geschäfte der betreffenden Gesellschaft auf ihre Außergewöhnlichkeit zu untersuchen hat, während § 292 AktG nur solche Verträge behandelt, die zu einer Teilgewinnabführung verpflichtet sind. Die Bewertung, dass im Rahmen des § 116 HGB ein außergewöhnliches Geschäft jedenfalls dann

33) Vgl. nur *Altmeyden*, a.a.O., (Fn. 15), § 292 Rdn. 80; *Koppensteiner*, a.a.O. (Fn. 24), § 292 Rz 55; *Semler*, in: *FS Werner*, 1984, S. 855 (861); so wohl auch *Schmidt*, ZGR 1984 S. 295 (301 ff.).

34) *KG*, AG 2000 S. 183 (185); *Hüffer* a.a.O. (Fn. 19).

35) *Koppensteiner*, a.a.O. (Fn. 24), § 292 Rdn. 50.

36) *BGH*, DB 2004 S. 1988 (1989); so *BGH*, ZIP 2003 S. 1788 (1789); *OLG Hamm*, ZIP 2003 S. 1151 (1153); *OLG Braunschweig*, ZIP 2003 S. 1793 (1794); *OLG Hamburg*, AG 2003 S. 519 (529); *OLG Düsseldorf*, AG 1996 S. 473; *OLG Celle*, AG 2000 S. 280 f.; *OLG Celle*, AG 1996 S. 370; *OLG Stuttgart*, NZG 2000 S. 93 (94); *KG*, ZIP 2002 S. 890; *LG Berlin*, DB 2000 S. 2466 (2467); *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 19), § 292 Rdn. 15; *Altmeyden*, a.a.O. (Fn. 15), § 292 Rdn. 65; *Krieger*, a.a.O. (Fn. 15), § 72 Rdn. 17; *Koppensteiner*, a.a.O. (Fn. 24), § 292 Rdn. 61; *Emmerich*, a.a.O. (Fn. 20), § 292 Rdn. 29; *Schilling*, in: *Großkomm-HGB*, 3. Aufl., § 335 Anm. 37; *Blaurock*, a.a.O. (Fn. 23), Rdn. 723; *Eyber*, *Die Abgrenzung zwischen Genussrecht und Teilgewinnabführung im Recht der Aktiengesellschaft*, 1997, S. 19 f.; *Blaurock*, in: *FS Großfeld*, 1999, S. 83 (84 ff.); *Jebens*, BB 1996 S. 701; *Schulze-Osterloh*, ZGR 1974 S. 427 (440 ff.); *Schmidt*, ZGR 1984 S. 295 (298 ff.); *Semler*, a.a.O. (Fn. 33), S. 885 (861); dagegen *Möhring/Tank*, Rdn. 745; *Nirk*, Rdn. 2277.

37) Diese h.M. widerlegt mit überzeugenden Argumenten die Mindermeinung, die von einer gemeinschaftlichen Gewinnerzielung ausgeht, sodass darauf auch im Folgenden nicht weiter einzugehen ist.

38) *Koppensteiner*, a.a.O. (Fn. 24) § 292 Rdn. 64; *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 19), § 292 Rdn. 27; *Semler*, a.a.O. (Fn. 33), S. 855 (861); *Schmidt*, ZGR 1984 S. 295 (302); *Altmeyden*, a.a.O. (Fn. 15), § 292, Rdn. 80 a.E.

39) *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 19), § 292 Rdn. 27, *Altmeyden*, a.a.O. (Fn. 15), § 292 Rdn. 78 f.

40) *Schmidt*, ZGR 1984 S. 295 (302); *Koppensteiner*, a.a.O. (Fn. 24) § 292 Rdn. 64; *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 19), § 292 Rdn. 28; *Semler*, a.a.O. (Fn. 33), S. 855 (861).

41) *Schmidt*, ZGR 1984 S. 295 (302).

42) *Blaurock*, a.a.O. (Fn. 36), S. 83 (87).

43) *Blaurock*, a.a.O. (Fn. 36), S. 83 (87).

44) I.d.S. auch *Koppensteiner*, a.a.O. (Fn. 24), § 292 Rdn. 64.

45) *Blaurock*, a.a.O. (Fn. 36), S. 83 (88).

46) *Blaurock*, a.a.O. (Fn. 36), S. 83 (88), der sich aber pragmatisch für eine Lockerung des Zustimmungsvorbehalts bei bestimmten Konstellationen ausspricht.

47) *KG*, AG 2000 S. 183 (184); *Emmerich*, a.a.O. (Fn. 20), § 292 Rdn. 33; *Altmeyden*, a.a.O. (Fn. 15), § 292 Rdn. 81; *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 19), § 292 Rdn. 26.

48) *Baumbach/Hopt*, in: *HGB*, 31. Aufl. 2003, § 116 HGB Rdn. 2; *Mayen*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost HGB*, 2001, § 116 Rdn. 6; *Jickeli*, in: *MünchKomm-HGB*, 2004, § 116 Rdn. 31.

49) *Jickeli*, a.a.O. (Fn. 48), § 116, 25; *Baumbach/Hopt*, a.a.O. (Fn. 48), § 116 Rdn. 1.

50) *Baumbach/Hopt*, a.a.O. (Fn. 48), § 116 Rdn. 2.

51) *Jickeli*, a.a.O. (Fn. 48), § 116 Rdn. 31.

vorliegt, wenn die Beteiligung eines bislang Außenstehenden am Ergebnis der Geschäftstätigkeit, insbesondere durch dessen Aufnahme als typischer stiller Gesellschafter erfolgt⁵²⁾, lässt sich auf § 292 Abs. 2 AktG nicht übertragen. Würde die Teilgewinnabführungsverpflichtung nämlich als zwingendes Kriterium der Ungewöhnlichkeit herangezogen, gäbe es überhaupt keine Verträge des laufenden Geschäftsverkehrs i.S. des § 292 Abs. 2 AktG, was ersichtlich nicht gewollt sein kann.

Auch aus dem Umstand, dass eine stille Gesellschaft ein Dauerschuldverhältnis ist, kann nicht auf ihren Charakter als außerordentliches Geschäft i.S. von § 292 Abs. 2 AktG⁵³⁾ geschlossen werden⁵⁴⁾. Dauerschuldverhältnisse sind auch die in § 292 Abs. 2 AktG genannten Lizenzverträge⁵⁵⁾ und die dort ebenfalls angesprochenen Dienstverträge mit Vorständen und Arbeitnehmern. Auch bei dem Hotelgrundstücksfall des KG⁵⁶⁾ lag ein Dauerschuldverhältnis, ein Mietvertrag, zugrunde. Allein die Verpflichtung, den Gewinn von mehr als einem Geschäftsjahr abzuführen, wird einen Vertrag als Dauerschuldverhältnis qualifizieren. Diesem Merkmal kommt somit kein Ausnahmecharakter zu.

Die h.M. berücksichtigt nicht, dass der Gesetzgeber mit dem Bilanzrichtliniengesetz⁵⁷⁾ den Begriff der „gewöhnlichen Geschäftstätigkeit“ in das Bilanzrecht der Kapitalgesellschaften übernommen hat. Dieser Begriff wird in § 277 Abs. 4 Satz 1 HGB legal von den GuV-Posten außerordentliche Erträge und Aufwendungen (§ 275 Abs. 2 Nr. 15 und 16 Abs. 3 Nr. 14 und 15 HGB) abgegrenzt. Außerordentliche Erträge und Aufwendungen gem. § 277 Abs. 4 Satz 1 HGB sind nur dann gegeben, wenn sie selten, d.h. sich in der absehbaren Zukunft vermutlich nicht wiederholen, von ungewöhnlicher Art und für die bilanzierende AG materiell bedeutsam sind⁵⁸⁾. Einzelne Beträge qualifizieren regelmäßig zum Ausweis als „außerordentlich“, wenn sie in Verbindung mit wesentlichen Modifikationen der Geschäftstätigkeit oder der Geschäftsgrundlage anfallen⁵⁹⁾. Nach einer empirischen Untersuchung von Marx⁶⁰⁾ lagen „außerordentliche Aufwendungen“ nur dann vor, wenn ihre Ursachen exogen durch den Rahmen der Rechts- und Sozialordnung bedingt wurden. Wenn nach diesem Untersuchungsergebnis „außerordentliche Aufwendungen“ nur in ganz engen Ausnahmefällen vorliegen, folgt daraus im Umkehrschluss, dass der Gegenbegriff der „gewöhnlichen Geschäftstätigkeit“ im Bilanzrecht der Kapitalgesellschaften weit ausgelegt wird. Da die h.M. offenkundig die Begriffe „Verträge des laufenden Geschäftsverkehrs“ i.S. des § 292 Abs. 2 AktG mit dem der „gewöhnlichen Geschäftstätigkeit“ gleichsetzt, müsste sie zumindest auch berücksichtigen, dass derselbe Begriff im Bilanzrecht der Kapitalgesellschaften eine weniger enge Auslegung erfährt⁶¹⁾ als bei § 116 HGB.

Inkonsequent ist die Bezugnahme auf § 116 HGB auch insoweit, als die Auffassung vertreten wird, dass im Rahmen des § 292 Abs. 2 AktG kein Raum für eine wertende Prüfung sei, ob der konkrete Vertrag unbedeutend oder bedeutend

sei⁶²⁾⁶³⁾. Gewöhnliche Geschäfte i.S. des § 116 Abs. 1 HGB können nur durch eine wertende Betrachtung von ungewöhnlichen Geschäften unterschieden werden⁶⁴⁾. Das von der h.M. selbst auferlegte „Wertungsverbot“ in § 292 Abs. 2 AktG und die gleichzeitige Bezugnahme auf § 116 Abs. 1 HGB führen letztlich dazu, dass die vorzunehmende Wertung aus dem AktG in das HGB verlagert wird. Eine aktienrechtliche Vor-

Das unbestimmte Tatbestandsmerkmal der „Verträge des laufenden Geschäftsverkehrs“ eröffnet Wertungsspielräume und macht daher eine Wertung notwendig.

schrift, die die Vertretungsmacht des Vorstands im Außenverhältnis regelt, soll nach den Vorgaben einer Norm ausgelegt werden, die die Geschäftsführungsbefugnis bei Personenhandels-gesellschaften im Innenverhältnis regelt⁶⁵⁾. Diese Auffassung ist abzulehnen. Richtig ist vielmehr, dass das unbestimmte Tatbestandsmerkmal der „Verträge des laufenden Geschäftsverkehrs“ Wertungsspielräume eröffnet⁶⁶⁾ und eine Wertung wegen seiner Unbestimmtheit notwendig macht⁶⁷⁾.

Letztlich spricht auch der Wortlaut von § 292 Abs. 2 AktG dagegen, dass diese Bewertung ausschließlich nach Maßgabe des § 116 HGB erfolgen sollte. Der Gesetzgeber hat in § 292 Abs. 2 AktG keineswegs die in § 116 Abs. 1 HGB gewählte Formulierung der „gewöhnlichen Geschäftstätigkeit“ unmittelbar übernommen, wie er dies etwa in § 275 Abs. 2 Nr. 14 HGB oder Abs. 3 Nr. 13 HGB tat. Der Gesetzgeber hat erst recht § 116 Abs. 1 HGB nicht unmittelbar in Bezug genommen, indem er formuliert hätte statt

52) Jickeli a.a.O. (Fn. 48), § 116 Rdn. 34.

53) Der Begriff außergewöhnliches Geschäft oder Vertrag wird hier als Gegenbegriff zu den Verträgen des laufenden Geschäftsverkehrs i.S. von § 292 Abs. 2 gebraucht.

54) So aber Schmidt, ZGR 1984 S. 295 (302).

55) Bartenbach/Gennen, in: Patenlizenz- und Know-how-Vertrag, 5. Aufl., Rdn. 25.

56) KG, AG 2000 S. 183 ff.

57) Bundesgesetzblatt vom 24. 12. 1995 S. 2355 bis 2433.

58) Kessler/Freisleben, in: MünchKomm-AktG, § 158; §§ 275/277 HGB Rdn. 146; Adler/Düring/Schmalz, § 277 HGB Rdn. 79.

59) Kessler/Freisleben, a.a.O. (Fn. 58), § 158; §§ 275/277 HGB Rdn. 147; Fröschle, in: Beck'scher Bilanzkommentar, 5. Aufl., § 275 HGR Rdn. 216.

60) Marx, WPg 1995 S. 476 (478).

61) Luttermann, in: MünchKomm-AktG, 2. Aufl., Band 5/1 Einf BilanzR Rdn. 63 weist darauf hin, dass AGs auf den Gewinn aus kapitalintensiven und „risikoreichen“ Unternehmen angelegt sind und damit ganz anderen Zwecken dienen als Personengesellschaften mit einer persönlichen Haftung der Gesellschafter.

62) Schmidt, ZGR 1984 S. 295 (301 f.).

63) Zur Kritik s. Eyber, a.a.O. (Fn. 36), S. 25 f.

64) Es wird sogar vertreten, dass der Begriff des gewöhnlichen Geschäfts so unbestimmt sei, dass er sich einem hermeneutischen Interpretationsversuch entziehe. Vgl. Marx, WPg 1995 S. 476 f.; zu dem selben Begriff in § 275 Abs. 2 Nr. 14 HGB.

65) Jickeli, a.a.O. (Fn. 48), § 116 Rdn. 3.

66) I.d.S. Eyber, a.a.O. (Fn. 36), S. 25 f.

67) Grundsätzlich kann festgestellt werden, dass die Streichung einer starren Eingriffsgrenze und das Ersetzen durch ausfüllungsbedürftige Tatbestände Bewertungsmöglichkeiten eröffnet, während umgekehrt das Errichten einer starren Grenze durch den Gesetzgeber Bewertungsmöglichkeit nimmt. Vgl. z.B. zu dem „Zwerganteilsprivileg i.S. des § 32 a III Satz 2 GmbHG“ Schmidt, GmbHR 1999 S. 1269.

„Verträge des laufenden Geschäftsverkehrs“ „Verträge i.S. des § 116 Abs. 1 HGB“. Es besteht lediglich eine sprachliche Ähnlichkeit dieser beiden unbestimmten Rechtsbegriffe. Beiden ist ebenfalls gemein, dass sie nach wertenden Kriterien eine Abgrenzung erfordern.

Diese Abgrenzung hat jedoch durch eine Auslegung des § 292 AktG zu erfolgen.

Der Regelungszweck des § 292 Abs. 2 AktG ist es, solche Verträge mit einer Gewinnabführungsverpflichtung aus dem Anwendungsbereich der Unternehmensverträge herauszunehmen, die den Aufwand einer außerordentlichen Hauptversammlung nicht rechtfertigen.

V. Das Abgrenzungskriterium: Der Aufwand einer außerordentlichen Hauptversammlung

Der gegenwärtige § 292 Abs. 1 AktG versteht sich als Nachfolger des § 256 AktG 1937 und übernimmt im Wesentlichen die dort genannten Vertragsarten⁶⁸⁾. § 256 Abs. 1 AktG 1937 sah jedoch eine erhebliche Eingriffsschwelle vor. Danach bedurfte ein Vertrag erst dann der Zustimmung der Hauptversammlung, wenn die Gesellschaft nach diesem Vertrag allein oder im Zusammenhang mit anderen Verträgen mehr als 75% ihres gesamten Gewinns abzuführen hatte. Nach der geltenden Fassung des § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG reicht es hingegen, wenn die AG einen noch so kleinen Teil des Gewinns auch nur einer ihrer Betriebe abzuführen hat⁶⁹⁾. Der Gesetzgeber nimmt somit die Messlatte aus der gewaltigen Höhe der 75%-Grenze des Gesamtgewinns und „legt sie förmlich auf den Boden“.

Diese Gesetzesänderung bewirkte ein immenses Mengenwachstum der Verträge, die nunmehr praktisch als Verträge i.S. von § 292 Abs. 1 Nr. 2 zu qualifizieren waren. Diese Gesetzesänderung legte ferner offen, dass es sich bei den in Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 auf der einen Seite und den Verträgen von Nr. 2 auf der anderen Seite, um Verträge einer ganz anderen Eingriffsintensität in das Gewinnbezugsrecht (§ 174 AktG) der Aktionäre handelt. Man wird der Einschätzung der Gewinngemeinschaft auch heute noch in der Weise folgen können, dass dieser teilweise die Wirkung zukommt, wie einer Verschmelzung der Gesellschaft mit einer anderen⁷⁰⁾⁷¹⁾. Es dürfte auch unbestritten bleiben, dass die in Abs. 1 Nr. 3 geregelten Betriebsüberlassungs- und Betriebspachtverträge häufig die Struktur der beteiligten Unternehmen tief greifend und endgültig verändern⁷²⁾. Den als Teilgewinnabführungsverträge i.S. von Abs. 1 Nr. 2 zu qualifizierenden Austauschverträgen kommt eine solche Wirkung nicht ohne Weiteres zu. Nicht selten wird ihre Folge marginal bleiben, etwa bei einem kleinvolumigen Mietvertrag mit einer unbedeutenden Gewinnbeteiligung an einem kleinen Betrieb. Zu Recht bedurfte daher die Regelung des Abs. 1 Nr. 2 – anders als diejenigen der Nr. 1 und 3 – eines Korrektivs⁷³⁾. Bevor jedoch der Blick auf diese in § 292 Abs. 2 AktG erfolgte Korrektur gerichtet wird, ist zunächst festzustellen, welche Konsequenzen § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG

für die AG hat, die die Abführung des Teilgewinns verspricht.

Diese Gesellschaft wird nämlich, wenn der Kontrahent auf der Teilgewinnabführung besteht, vor die Alternative gestellt, dieser entweder durch Hauptversammlungsbeschluss zuzustimmen oder den Vertragsabschluss zu unterlassen. Dies wird eine außerordentliche Hauptversammlung erforderlich machen, wenn dieser Vertrag nicht zufällig in zeitlicher Nähe zu der nächsten ordentlichen Hauptversammlung verhandelt und abgeschlossen wird. Gegen diese Ausgangsthese mag eingewandt werden, dass es dem Kontrahenten offen stehe, sich einseitig gegenüber der AG zu binden, deren Hauptversammlung noch nicht zugestimmt hat⁷⁴⁾. Theoretisch ist das richtig; praktisch nicht. Ein möglicher Vertragspartner, der die Auswahl unter verschiedenen Interessenten hat, wird bei vergleichbaren Geboten häufig denjenigen auswählen, der zur zügigen Bindung in der Lage ist und wird sich nicht ohne Not einseitig mit der Folge einer mehrmonatigen schwebenden Unwirksamkeit des Vertrags binden. Der mögliche Vertragspartner muss dabei berücksichtigen, dass die Hauptversammlung die Zustimmung möglicherweise versagt, etwa weil sich in der Zwischenzeit günstigere Geschäftschancen für diese AG ergeben haben. Der Abschluss von Teilgewinnabführungsverträgen wird auch gerade in sehr kurzlebigen technologieorientierten Branchen empfohlen⁷⁵⁾. In diesen Fällen ist eine Wartezeit von mehreren Monaten fast ausgeschlossen. Auch die in Abschn. II. dargestellte Praxis bei dem Abschluss stiller Beteiligungsverträge verdeutlicht die Notwendigkeit außerordentlicher Hauptversammlungen. Die Eilbedürftigkeit besteht darin, dass die AGs einen unmittelbaren Kapitalbedarf haben und die stillen Gesellschafter ihre Einlagen nicht auf der Grundlage eines schwebend unwirksamen Vertrags leisten. Die gerade im Interesse der Praktikabilität⁷⁶⁾ geschaffene Regelung des Abs. 2 dient somit dazu, einen interessengerechten Ausgleich zwischen dem Interesse der Aktionäre an einer Zustimmung zu einer Gewinnabführung und der Möglichkeit der AG, Geschäftschancen am Markt wahrzunehmen, zu schaffen. Gerade wegen des hohen Aufwands zur Vorbereitung und Durchführung einer außerordent-

68) *RegBegr.* abgedruckt bei Kropff S. 378 2. Absatz; Schmidt, ZGR 1984 S. 294 (303).

69) Krieger, a.a.O. (Fn. 15), § 72 Rdn. 15; Koppensteiner, a.a.O. (Fn. 24), § 292 Rdn. 48; Emmerich, a.a.O. (Fn. 20), § 292 Rdn. 24; Hüffer, a.a.O. (Fn. 19), § 292 Rdn. 13; KG, AG 2000 183 (184).

70) Dies dürfte auch für die auf einen einzelnen Betrieb beschränkte Gewinngemeinschaft gelten, denn auch in einem solchen Fall wird es bei den beteiligten Gesellschaften zu weit reichenden Auswirkungen, etwa durch gleichlaufende bilanzielle Ansatz- und Bewertungsregelungen, kommen.

71) Schulze/Osterloh, ZGR 1974 S. 427 (434).

72) I.d.S. *RegBegr.* abgedr. bei Kropff S. 379.

73) Vgl. Koppensteiner, a.a.O. (Fn. 24), § 292 Rdn. 50.

74) Vgl. Altmeyden, a.a.O. (Fn. 15), § 293 Rdn. 25.

75) Vgl. Hoeren, *Rechtsfragen im Internet*, Feb/2004, 140 f. abzurufen unter: www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/material/Skript/skript_juli2004.pdf.

76) Hüffer, a.a.O. (Fn. 19), § 292 Rdn. 26 und *RegBegr.* abgedr. bei Kropff S. 379.

lichen Hauptversammlung⁷⁷⁾⁷⁸⁾ verträgt es sich nicht damit, § 292 Abs. 2 AktG als eng auszulegende Ausnahmegvorschrift anzusehen. Bereits aus dem Wortlaut von Abs. 2 „ist kein Teilgewinnabführungsvertrag“ ergibt sich dessen Charakter einer negativen Geltungsanordnung⁷⁹⁾⁸⁰⁾, die den zu weit gefassten Abs. 1 Nr. 2 auf Teilgewinnabführungsverträge mit außerordentlichem Charakter einschränkt.

Der Gesetzesbegründung, die die im Wirtschaftsleben übliche Form der Gewinnbeteiligung von dem Anwendungsbereich der §§ 292 ff. AktG ausschließen will, kommt noch eine weitergehende Bedeutung zu. Wie in Abschn. II. festgestellt, haben stille Beteiligungen gerade bei der Frühphasenfinanzierung technologieorientierter Kapitalgesellschaften größere Bedeutung als etwa klassische Kredite. Stille Beteiligungen sind eine, wenn nicht gar die Hauptfinanzierungsquelle. Diese Normsituation hat sich offensichtlich im Vergleich zu derjenigen bei dem Inkrafttreten des AktG 1965 entscheidend geändert⁸¹⁾. Bei der Auslegung der Vorschrift ist somit zu berücksichtigen, dass sich stille Beteiligungen zwischenzeitlich zu Gewinnbeteiligungen entwickelt haben, die im Wirtschaftsleben üblich sind, und dass genau diese üblichen Formen nach der Gesetzesbegründung keine Unternehmensverträge sein sollten.

Schließlich sollte nicht verkannt werden, dass auch die neuere Rechtsprechung des BGH zu den ungeschriebenen Hauptversammlungszuständigkeiten (Gelatine) bei der Auslotung der Kompetenzgrenzen zwischen Vorstand und Hauptversammlung entscheidend darauf abstellt, dass Zustimmungsrechte der Hauptversammlung so austariert sein müssen, dass sie nicht zu einer Lähmung der Gesellschaft und dem Verlust von Geschäftschancen führen⁸²⁾. Die Geschäftschancen der AG werden durch die außen wirkenden §§ 292 ff. AktG keineswegs geringer betroffen, als durch die – innen wirkenden – ungeschriebenen Mitwirkungsbefugnisse der Hauptversammlung⁸³⁾⁸⁴⁾. Auch dies stützt eine weite Auslegung von § 292 Abs. 2 AktG.

Die Auslegung des § 292 AktG ergibt somit ein spezifisch aktienrechtliches Kriterium für die Bestimmung der Reichweite des einschränkenden Rechtssatzes des § 292 Abs. 2 AktG. Der von der h.M. als allein maßgeblich angesehene § 116 HGB berücksichtigt das Kriterium des Aufwands der Durchführung einer außerordentlichen Hauptversammlung naturgemäß überhaupt nicht. An die Gesellschafterversammlung einer Personenhandelsgesellschaft sind weit geringere Anforderungen zu stellen. § 116 HGB kann daher bei der Auslegung und Anwendung von § 292 AktG nur die Bedeutung eines Hilfsmaßstabs in der Weise zukommen, dass Geschäfte, die bereits nach § 116 Abs. 1 HGB als gewöhnlich anzusehen sind, in jedem Fall unter den Begriff des laufenden Geschäftsverkehrs i.S. des Abs. 2 fallen.

Das Auslegungsergebnis, dass § 292 Abs. 2 AktG weit auszulegen ist, bedarf der Konkretisierung. Es soll daher untersucht werden, welche Merkmale bei der Frage der Einordnung von Verträ-

gen mit einer Teilgewinnabführungsverpflichtung unter den Begriff der „Verträge des laufenden Geschäftsverkehrs“ zu bewerten sind. Dies wird mit Vorschlägen zur praktischen Umsetzung ergänzt.

Aus dem Vertragstypus kann kein zwingender Schluss gegen die Anwendung des § 292 Abs. 2 AktG gezogen werden.

VI. Konkretisierung des Auslegungsergebnisses

1. Art des Rechtsgeschäfts und Verwendungszweck

a) Abgrenzungskriterien

Nach h.M. sind die Verträge des laufenden Geschäftsverkehrs nach Art ihres Vertragstypus zu bestimmen⁸⁵⁾. Dies sei im Interesse der Praktikabilität geboten⁸⁶⁾. Diese Auffassung verkennt, dass eine Subsumtion unter einen bestimmten schuldrechtlichen Vertragstypus als Abgrenzungskriterium schon deshalb nicht geeignet sein kann⁸⁷⁾, weil diese Betrachtungsweise die Besonderheiten des individuellen Geschäftsbetriebs der jeweiligen Gesellschaft nicht berücksichtigt. Selbstverständlich kann aus der Einordnung eines Mietvertrags über ein Hotelgrundstück bei einer Hotelbetreibergesellschaft, wie in dem vom Kammergericht am 15. 3. 1999 entschiedenen Fall⁸⁸⁾ nicht geschlossen werden, dass damit ein „Vertragstyp“ identifiziert wäre, der grundsätzlich unter die Verträge des laufenden Geschäftsverkehrs zu subsumieren wäre⁸⁹⁾.

Es trifft auch keineswegs zu, dass eine solche Betrachtung praktikabel wäre. Häufig ist die Abgrenzung unterschiedlicher Vertragstypen, wie die Abgrenzung zwischen stiller Beteiligung und partiarischem Darlehen zeigt, kaum möglich⁹⁰⁾. Zu berücksichtigen ist weiterhin, dass Teilgewinnabführungsverträge in komplexen Vertrags-

77) Je nach der Frage der Börsennotierung der Gesellschaft und der Anzahl ihrer Aktionäre bestehen große Unterschiede bei Zeit- und Kostenaufwand einer außerordentlichen Hauptversammlung.

78) Vgl. Werner, in: Großkomm.-AktG, 4. Aufl., § 121 Rdn. 6: aus Kostengründen selten.

79) Vgl. grundsätzlich Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., S. 259 f.

80) RegBegr. abgedr. bei Kropff S. 379.

81) Vergleicht man, dass noch bei Einschätzung in jüngerer Zeit die wirtschaftliche Bedeutung stiller Beteiligungen als sehr gering angesehen wurde vgl. dazu Altmeyen, a.a.O. (Fn. 15), § 292 Rdn. 32 am Ende; Krieger, a.a.O. (Fn. 15), § 72 Rdn. 14.

82) BGH, AG 2004 S. 384 (388) linke Spalte; ZIP 2004 S. 993 (998) linke Spalte mit Anmerkung Altmeyen.

83) Anderer Ansicht, KG, AG 2000 S. 183 (185).

84) Hirte, BGH, EWIR § 179 AktG 1/04, 1161 f. weist zu Recht darauf hin, dass der Unterschied zwischen diesen beiden Fallgruppen überbetont wird.

85) KG, AG 2000 S. 183 (184); Emmerich, a.a.O. (Fn. 20), § 292 Rdn. 33; Altmeyen, a.a.O. (Fn. 15), § 292 Rdn. 81; Hüffer, a.a.O. (Fn. 19), § 292 Rdn. 26.

86) KG, AG 2000 S. 183 (184).

87) Eyber, a.a.O. (Fn. 36), S. 25 spricht von kasuistischer „Brandmarkung“ bestimmter schuldrechtlicher Vertragstypen.

88) KG, AG 2000 S. 183 f.

89) Es soll nicht verkannt werden, dass die h.M. zum einen auf den Vertragstyp und zum anderen auf die konkreten Verhältnisse der Gesellschaft abstellt. S. Abschn. III.. Bereits dieser Ansatz ist, wie das Beispiel zeigt, widersprüchlich.

90) Vgl. Schön, ZGR 1993 S. 211 (214 f.).

formen vorkommen, und sich diese Verträge einer klaren „typologischen“ Einordnung entziehen. Exemplarisch sei aus dem vorliegenden Rechtsprechungsmaterial auf die „Pansana“-Entscheidung des ersten BGH-Senates vom 23. 9. 1958 verwiesen⁹¹⁾. In diesem Fall ging es um eine Kombination aus Patentkauf, nicht Lizenzvertrag, und der Verpflichtung des Verkäufers zur Weiterentwicklung des Patents zu dem gemeinsamen Zweck der Entwicklung und Verwertung eines medizinischen Produkts. Der BGH hat die vereinbarte Reingewinnabführung in „isolierender“ Betrachtungsweise als Gegenleistung des Patentverkaufs und nicht als Ausfluss des Gesellschaftsverhältnisses gesehen⁹²⁾⁹³⁾. Auch in der Praxis vorkommende Verträge mit Teilgewinnabführungsverpflichtungen, wie z.B. Forschungs- und Entwicklungsverträge oder Franchiseverträge, lassen sich nicht ohne Weiteres einem schuldrechtlichen Typus zuordnen.

Die konkrete Höhe der Teilgewinnabführung ist ein Kriterium, das im Rahmen des laufenden Geschäftsverkehrs zu berücksichtigen ist.

Die Einordnung eines Vertrags nach seinem schuldrechtlichen Typus ist kein geeignetes Abgrenzungskriterium. Nach der hier vertretenen weiten Auslegung des § 292 Abs. 2 AktG ist jeder Vertrag mit Teilgewinnabführungsverpflichtung zunächst daraufhin zu untersuchen, ob er sich aus unternehmerischer Sicht⁹⁴⁾ im Rahmen des Unternehmensgegenstands der konkreten Gesellschaft bewegt, weil dieser den Umfang der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands bestimmt⁹⁵⁾. Es ist nämlich nicht einzusehen, warum bestimmte Verträge, die der Vorstand im Rahmen seiner Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht abgeschlossen hat, a priori und ohne Wertung von dem Anwendungsbereich des § 292 Abs. 2 AktG ausgeschlossen sein sollen. Ist der Vertrag somit durch den Unternehmensgegenstand gedeckt, ist anhand weiterer, nachfolgend zu erörternden Kriterien zu prüfen, ob ein Vertrag des laufenden Geschäftsverkehrs vorliegt oder nicht. Ein Vertrag, der nach seinem Inhalt von dem Unternehmensgegenstand nicht mehr gedeckt ist, kann hingegen nie Vertrag des laufenden Geschäftsverkehrs sein.

Den außerordentlichen Charakter der stillen Beteiligung mit einer in Geld zu leistenden Einlage könnte man darin sehen, dass mit dem eingelegten Geld auch Geschäfte finanziert werden können, die nicht mehr durch den Unternehmensgegenstand gedeckt sind. Auch im Rahmen des § 116 HGB wird die Einordnung eines Finanzierungsgeschäfts als gewöhnliches Geschäft mit einem Blick auf die finanzierten Maßnahmen beantwortet. Bewegen sich diese innerhalb der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit, wird auch die Darlehensaufnahme als gewöhnliches Geschäft behandelt⁹⁶⁾. Tatsächlich kann auf eine unbeschränkt weite Verwendungsmöglichkeit der Bareinlage nicht abgestellt werden. Der stille Gesellschaftsvertrag verpflichtet die AG nämlich, sich an die Grenzen des Unternehmensgegen-

stands zu halten⁹⁷⁾. Da sich stille Beteiligungen somit im Rahmen des Unternehmensgegenstands bewegen, ist die oben angesprochene Prüfung eröffnet.

b) Praktische Hinweise

Bei der praktischen Umsetzung kann die h.M. nicht ignoriert werden, auch wenn man sie als unzutreffend ansieht. Die h.M. stellt bei der Feststellung, ob ein Vertrag des laufenden Geschäftsverkehrs i.S. des § 292 Abs. 2 AktG vorliegt, auf § 116 HGB ab (vgl. Abschn. III. 1.). Im Rahmen des § 116 HGB umfasst der Begriff des Unternehmensgegenstands gewöhnliche und außergewöhnliche Geschäfte⁹⁸⁾. Mit einem Blick auf die zu finanzierenden Geschäfte könnte die h.M., den nach ihrer Sicht maßgeblichen außergewöhnlichen Charakter der stillen Beteiligung i.S. des § 116 HGB daraus herleiten, dass der stille Gesellschaftsvertrag die Finanzierung außergewöhnlicher Geschäfte zulasse. Die Verwendung der stillen Einlage ist jedoch durch den gemeinsamen Zweck der stillen Gesellschaft gebunden⁹⁹⁾. Engt man diesen Verwendungszweck auf gewöhnliche Geschäfte i.S. des § 116 HGB ein, müssen auch die Vertreter der h.M. einräumen, dass jedenfalls mit dem Blick auf die zu finanzierenden Geschäfte keine Argumente gegen die Einordnung der stillen Beteiligung als gewöhnliches Geschäft gefunden werden können.

2. Höhe des abzuführenden Gewinns

a) Abgrenzungskriterien

Während der Umstand, dass die Verpflichtung zur Teilgewinnabführung als solche – wie in Abschn. IV. festgestellt – kein geeignetes Abgrenzungskriterium ist, hat die Höhe des konkret abzuführenden Gewinns Berücksichtigung zu finden. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut, der Begründung und dem Regelungszweck des Gesetzes¹⁰⁰⁾. Die bewusste Wahl des unbestimmten Rechtsbegriffs „der Verträge des laufenden Geschäftsverkehrs“ lässt nicht erkennen, dass damit alleine auf den durch die Gegenleistung bestimmten Typus der Geschäfte abgestellt werden sollte. Dann hätte der Gesetzgeber diese konkreter bezeichnen können¹⁰¹⁾. Der Gesetzeswortlaut enthält keinen Hinweis darauf, dass quantitative Kriterien außer Betracht zu bleiben haben. Es lässt sich auch keineswegs der Schluss ziehen, dass der Verzicht auf jedes quantitative Erfordernis in § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG zwingend dazu führt, dass quantitative

91) BGH, GRUR 1959 S. 125 ff. mit Anmerkung Beil.

92) BGH, GRUR 1959 S. 125 (127).

93) Nach heutiger Rechtslage könnte man den Sachverhalt nur dann dem Begriff des Lizenzvertrags in § 292 Abs. 2 AktG subsumieren, wenn man über den Wortlaut des Begriffs auch Patentübertragungsverträge darunter fassen will.

94) Dieses Merkmal wird auch im Rahmen des § 116 HGB verwandt; vgl. Jickeli, a.a.O. (Fn. 48), § 116 Rdn. 8.

95) Brendel, in: Großkomm.-AktG § 3 Rdn. 28.

96) Jickeli, a.a.O. (Fn. 48), § 116, 25; Baumbach/Hopt, a.a.O. (Fn. 48), § 116 Rdn. 1.

97) Schmidt, in: MünchKomm-HGB, 2002, § 230 Rdn. 137; BGH, NJW 1995 S. 1353 (1354).

98) Jickele, a.a.O. (Fn. 48), § 116 Rdn. 7.

99) Schmidt, a.a.O. (Fn. 97), § 230 Rdn. 138.

100) I.d.S. Eyber, a.a.O. (Fn. 36), S. 27 ff.

101) I.d.S. Eyber, a.a.O. (Fn. 36), S. 27 ff.

Merkmale auch bei dem einschränkenden Rechtssatz des Abs. 2 gänzlich auszublenden seien. Nach der Gesetzesbegründung sollen unbedeutende Gewinnabführungen zustimmungsfrei bleiben¹⁰²⁾. Auch diese Formulierung legt die Berücksichtigung quantitativer Merkmale nahe. Auch der Regelungszweck stützt diese Auffassung. Es spielt bei der Frage, ob sich der Aufwand einer außerordentlichen Hauptversammlung rechtfertigt, eine erhebliche Rolle, ob die Gesellschaft 1 % oder 99 % ihres Gewinns abzuführen hat¹⁰³⁾. Es ist auch nicht ersichtlich, warum bei der Frage der ungeschriebenen Hauptversammlungszuständigkeiten i.S. der Gelatine-Rechtsprechung die wirtschaftliche Bedeutung der Maßnahme, ein quantitatives Kriterium, entscheidende Bedeutung für die Durchführung einer außerordentlichen Hauptversammlung zukommt¹⁰⁴⁾, während die Höhe des abzuführenden Gewinns bei § 292 AktG für eine vergleichbare Fragestellung gänzlich außer Betracht zu bleiben hätte¹⁰⁵⁾¹⁰⁶⁾. Die konkrete Höhe der Teilgewinnabführung ist somit ein Kriterium, das im Rahmen des laufenden Geschäftsverkehrs zu berücksichtigen ist.

Die isolierte Betrachtung der konkreten Höhe der Gewinnabführung ist jedoch kein ausreichender Maßstab, um die Auswirkungen eines Vertrags auf das Gewinnbezugsrecht der Aktionäre ausreichend beurteilen zu können. Erst in einer Gesamtschau der Art und Höhe der Gegenleistung, weiterer Entgeltbestandteile, wie etwa einer Festverzinsung, und dem Finanzrisiko des stillen Gesellschafters und einer Prognoseentscheidung, in welcher Höhe Gewinne während der Laufzeit der stillen Beteiligung entstehen, kann diese Frage angemessen beantwortet werden.

b) Praktische Hinweise

Bei stillen Gesellschaften, die – wie in der Praxis häufig – eine am Bruchteil der Einlage bemessene Höchstgrenze der gewinnabhängigen Vergütung enthalten, lassen sich mit dem Blick auf andere Finanzierungsformen Kriterien für die Beantwortung der Frage entwickeln, ob die Entgeltstruktur ein Indiz für die Einordnung des Vertrags unter diejenigen des laufenden Geschäftsverkehrs i.S. von § 292 Abs. 2 AktG ist. Ausgehend von der Kreditfunktion der stillen Beteiligung¹⁰⁷⁾ bieten zum einen übliche Kreditzinssätze und zum anderen die Renditeerwartungen von Eigenkapitalgebern, wie Venture Capital-Gesellschaften und Private Equity-Gesellschaften bei vergleichbaren Unternehmen¹⁰⁸⁾, eine Orientierungshilfe. Im Vergleich zu einem banküblichen Kredit ist darauf hinzuweisen, dass bei einer stillen Beteiligung auf die Stellung von Sicherheiten zumeist gänzlich verzichtet wird bzw. solche Sicherheiten nicht vorhanden sind. Dies muss bei der Betrachtung der Gesamtbelastung aus Festverzinsung und gewinnabhängiger Vergütung angemessen berücksichtigt werden. Gerade bei Verträgen mit Festlaufzeit ist vor dem Hintergrund des § 301 AktG weiterhin zu berücksichtigen, ob und in welcher Höhe ein abführungsfähiger Gewinn entsteht. Eine Festverzinsung zwischen 8 % und 10 % p.a.

neben einer gewinnabhängigen Vergütung mit einer Obergrenze zwischen 4 % und 6 % der Einlage sind gerade bei Gesellschaften, die bankübliche Sicherheiten nicht stellen können, als üblich anzusehen.

Erst in einer Gesamtbetrachtung von Art und Höhe der Gegenleistung, weiterer Entgeltbestandteile, dem Finanzrisiko des stillen Gesellschafters und einer Prognoseentscheidung, in welcher Höhe Gewinne während der Laufzeit der stillen Beteiligung entstehen, können die Auswirkungen eines Vertrags auf das Gewinnbezugsrecht der Aktionäre ausreichend beurteilt werden.

Schwieriger ist die Abgrenzung bei stillen Beteiligungen, die eine solche Obergrenze nicht vorsehen, weil hier zwei unterschiedliche Bemessungsgrundlagen, zum einen eine Festvergütung, zum anderen eine Beteiligung an dem Jahresüberschuss, vereinbart worden sind. Ob diese Vergütung noch als üblich anzusehen ist, sollte durch eine Prognoseentscheidung¹⁰⁹⁾ auf Grundlage der Ergebnisplanung der Gesellschaft für den Zeitraum der vereinbarten Laufzeit der stillen Beteiligung ermittelt werden. Da in vielen Fällen eine solche Unternehmensplanung (Businessplan) Entscheidungsgrundlage für die Investition des stillen Gesellschafters oder Eigenkapitalgebers ist, könnte überlegt werden, deren „Billigung“ durch den Stillen als weiteres Kriterium aufzunehmen¹¹⁰⁾¹¹¹⁾. Dem Vorstand sollte bei der Frage der angemessenen Höhe der Vergütung, die letztlich mit der Frage der Angemessenheit der Gegenleistung zusammenhängt, ein großzügiger Beurteilungsspielraum eingeräumt werden¹¹²⁾.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass stille Beteiligungen, bei denen die konkrete Höhe der Gewinnabführung im Verhältnis zu dem individuellen Risikoprofil und der Gegenleistung angemessen sind und deren Einlage sich auf die Finanzierung von Geschäften des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs beziehen, grundsätzlich Verträge des laufenden Geschäftsverkehrs i.S. von § 292 Abs. 2 AktG sind. Dieses Zwischenergeb-

102) RegBegr. abgedr. bei Kropff, S. 379.

103) I.d.S. Mertens, AG 2000 S. 32 (34).

104) BGH, AG 2004 S. 384 (388) linke Spalte; ZIP 2004 S. 993 (998) linke Spalte mit Anmerkung Altmeyers.

105) I.d.S. aber KG, AG 2000 S. 183 (185).

106) Hirte, BGH, EWIR § 179 AktG 1/04, 1161/1162, f unter 2.3. Unter Bezug auf Hirte ist darauf hinzuweisen, dass auch in den Gelatine-Fällen eine zumindest mittelbare Außenwirkung besteht.

107) Schmidt, a.a.O. (Fn. 97), § 230, Rdn. 58.

108) Die geplanten – in Praxi nicht immer erreichten – Renditeerwartungen im Venture Capital-Bereich liegen bei etwa 30%; kritisch Leopold/Frommann, Eigenkapital für den Mittelstand, 1998 S. 34 („folklore figure of 30% to 50%).“

109) I.d.S. auch Eyber, a.a.O. (Fn. 36), S. 29.

110) In Praxi erfolgt dies meistens in der Form, dass in dem stillen Gesellschaftsvertrag festgehalten wird, dass die Beteiligung auf Grundlage der Planung der AG eingegangen wird, verbunden mit der Versicherung, dass diese ordnungsgemäß erstellt worden ist.

111) Gibt es – wie voraussichtlich in den klassischen Anlagefällen – keine abgestimmte Unternehmensplanung zwischen stillem Gesellschafter und AG, kann es gut akzeptiert werden, wenn damit indiziell die Voraussetzungen eines Unternehmensvertrags eher gegeben sind.

112) I.d.S. Eyber, a.a.O. (Fn. 36), S. 29.

nis wäre jedoch dann zu revidieren, wenn die stille Beteiligung dem Stillen, sei es als gesetzliche Nebenfolge des Vertragstyps¹¹³⁾ oder aufgrund ihrer individuellen Ausgestaltung über Zustimmungs-, Informations- und Kontrollrechte eine so starke Rechtsposition verschafft, dass von einem Vertrag des laufenden Geschäftsverkehrs nicht mehr gesprochen werden kann.

Soweit die Zustimmungs-, Informations- und Kontrollrechte sachgerecht ausgestaltet worden sind, sprechen diese nicht gegen die Einordnung einer stillen Beteiligung als Vertrag des laufenden Geschäftsverkehrs (§ 292 Abs. 2 AktG).

3. Zustimmungsrechte

a) Zweck

Die Ausgestaltung von Zustimmungs-, Informations- und Kontrollrechten kann dann zu einem außerordentlichen Vertrag führen, wenn diese Rechte einen sachgerechten Umfang¹¹⁴⁾ überschreiten. Um diesen Umfang ermitteln zu können, ist zunächst festzustellen, welchem Zweck diese Rechte dienen. Die geleistete Einlage ist ebenso sicherzustellen¹¹⁵⁾, wie ihre vereinbarungsgemäße Verwendung¹¹⁶⁾. Ein ordnungsgemäßer Betrieb des Handelsgewerbes zur Erzielung eines angemessenen Gewinns muss gewährleistet sein¹¹⁷⁾. Die Gewinnermittlung ist zu überwachen; diesem Zweck dient § 233 HGB¹¹⁸⁾. Zustimmungsrechten kommt dabei im Regelfall eine größere Eingriffsintensität zu als reinen Informations- und Kontrollrechten¹¹⁹⁾. Da der Umfang zulässiger Zustimmungsrechte auch Einfluss auf den Umfang von Informations- und Kontrollrechten haben kann, sollen diese zuerst betrachtet werden.

b) Abgrenzungskriterien

Zustimmungsrechte sind nicht nur im Hinblick auf ihre tatbestandliche Ausgestaltung, sondern auch auf ihre Rechtsfolgen hin zu untersuchen. Es ist insbesondere für die Feststellung eines Rechtsgeschäfts als Vertrag des laufenden Geschäftsverkehrs von großer Bedeutung, ob die Verletzung von Zustimmungsrechten zu Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüchen des stillen Gesellschafters führt oder ihn nur zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigt. Mit Blick auf die Grundstruktur der AG wird man der Auffassung zuzustimmen haben, dass dem Stillen sowohl bei Zustimmungsrechten in Geschäftsführungsfragen als auch solchen bei Struktur ändernden Maßnahmen lediglich außerordentliche Kündigungsrechte zuzubilligen sind¹²⁰⁾.

Wenn die Rechtsfolge von Zustimmungsklauseln somit in dem Recht zur außerordentlichen Kündigung besteht, sind diese daraufhin zu untersuchen, ob sie eine zulässige Konkretisierung eines wichtigen Kündigungsgrunds darstellen¹²¹⁾ oder sich auf solche unternehmerischen Maßnahmen oder Entscheidungen beziehen, die die Investition des stillen Gesellschafters nicht oder nur entfernt berühren¹²²⁾. Der Umfang des Vertrauensverhältnisses im konkreten Fall ist entscheidend¹²³⁾. Um diesen zu ermitteln, ist eine sorgfältige Analyse des Gesellschaftsvertrags und seiner Durchführung, insbesondere seines

Zwecks ggf. unter Heranziehung der „gebilligten“ Unternehmensplanung, aber auch der Regelungen über die Laufzeit und die Entgeltstruktur von Bedeutung.

Das häufig formulierte Postulat, der Geschäftsinhaber sei verpflichtet, die wesentlichen Grundlagen des Handelsgewerbes, wie sie im Zeitpunkt der Begründung des Gesellschaftsverhältnisses bestanden haben, im Wesentlichen zu erhalten¹²⁴⁾, lässt sich genauso wenig verallgemeinern, wie Aussagen zu einer Änderung der Rechtsform oder einem Wechsel in dem Gesellschafterbestand¹²⁵⁾. Diese Umstände und Rechtsgeschäfte sind nämlich nur dann Grund für eine außerordentliche Kündigung, wenn der gemeinsame Zweck in der Weise auszulegen ist, dass eine konservative Unternehmensfortführung angestrebt ist. Ist hingegen, was der Regelfall bei jungen Technologieunternehmen ist, eine höchst dynamische Entwicklung gemeinsamer Zweck oder Teil der „gebilligten“ Unternehmensplanung, können die Dinge gänzlich anders liegen.

Ist geplant, dass eine zunächst in Rechtsform der GmbH geführte Forschungseinheit in einigen Jahren börsennotiert international tätig sein soll, müssen die Unternehmensgrundlagen, die bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags erst rudimentär vorhanden sind, radikal ausgebaut und geändert werden. Die Rechtsform muss in eine AG umgewandelt werden, um die Börseneinführung zu erreichen. Änderungen im Gesellschafterbestand sind durch die Börseneinführung unvermeidlich und geplant¹²⁶⁾. In diesem Beispielfall ist somit weder die Veränderung der Unternehmensgrundlagen, noch der Form- und Gesellschafterwechsel eine Verletzung des Vertrauensverhältnisses zwischen Stille und der AG.

Die vereinbarte Festlaufzeit und der Verwendungszweck können das Vertrauensverhältnis maßgeblich prägen. Um dies zu erkennen, ist häufig eine Mehrjahresbetrachtung notwendig. Ob der stille Gesellschafter bei einer vereinbarten Festlaufzeit überhaupt und wenn ja in welcher Höhe in den Genuss einer Gewinnbeteiligung kommt, kann etwa von dem Zeitpunkt und dem Umfang abhängen, in und mit dem

113) Vgl. Schön, ZGR 1993 S. 211 (232).

114) Fleischer, ZIP 1998 S. 313 (320) spricht in anderem Zusammenhang plastisch von dem Erstellen einer „weißen Liste“.

115) Schmidt, a.a.O. (Fn. 97), § 233 Rdn. 6.

116) Mertens, AG 2000 S. 32 (35).

117) Schön, ZGR 1993 S. 211 (234) „möglichst hoher Gewinn“.

118) I.d.S. Blaurock, a.a.O. (Fn. 23), 12.65.

119) Vgl. i.d.S. wenn auch in anderem Zusammenhang Fleischer, ZIP 1998 S. 313 (319) rechte Spalte.

120) Bachmann/Veil, S. 348 (350); i.d.S. auch Häger/Elkmann-Reusch, a.a.O. (Fn. 1), S. 88 ff.; Mertens, AG 2000 S. 32 (36) für die GmbH.

121) Schmidt, a.a.O. (Fn. 97), § 234 Rz 49 a.E.

122) Vgl. Mertens, AG 2000 S. 32 (35).

123) I.d.S. Schmidt, a.a.O. (Fn. 97), § 234 Rdn. 49.

124) Vgl. Blaurock, a.a.O. (Fn. 23), 12.111.

125) Vgl. dazu Schmidt, a.a.O. (Fn. 97), § 234 Rdn. 49.

126) Es soll bei dem Beispiel außer Betracht bleiben, dass stille Beteiligungen im Vorfeld eines Börsengangs häufig beendet werden. Vgl. dazu Schlitt/Beck, NZG 2001 S. 688 (693 ff.).

neue Produktlinien entwickelt und vermarktet werden. Ist die Entwicklung und Vermarktung der vorhergehenden Produktlinie gemeinsamer Verwendungszweck gewesen, wird man dem Stillen möglicherweise ein Recht zur außerordentlichen Kündigung einräumen können, wenn feststeht, dass durch den großen Aufwand der Neuentwicklung ein Gewinn für ihn nicht zu erzielen ist¹²⁷⁾.

Auch die Bemessungsgrundlage der gewinnabhängigen Vergütung kann Einfluss auf das Vertrauensverhältnis haben. Ist etwa vereinbart worden, dass nicht der Jahresüberschuss, sondern der Jahresüberschuss vor jeder Gewinnbeteiligung Bemessungsgrundlage ist, wird die gewinnabhängige Vergütung des stillen Gesellschafters nicht um die Vergütungen anderer stiller Gesellschafters gemindert. Eine Verletzung des Vertrauensverhältnisses durch den Abschluss weiterer stiller Gesellschaftsverträge wird man in diesem Fall nur dann annehmen können, wenn die Höhe der Teilgewinnabführung des neu hinzutretenden stillen Gesellschafters unangemessen ist, weil sich dann bei einer Mehrjahresbetrachtung Auswirkungen auf die Bemessungsgrundlage ergeben können.

Festzuhalten ist, dass eine Zustimmungspflichtverletzung dem Vertragspartner das Recht zur außerordentlichen Kündigung geben kann. Das Vertrauensverhältnis im konkreten Fall entscheidet, ob die vereinbarten Kündigungsrechte sachgerecht sind oder nicht.

c) Praktische Hinweise

Die Praxis, Zustimmungsrechte pauschal an bestimmte Rechtsgeschäftstypen oder Maßnahmen zu knüpfen, ist als problematisch einzustufen und kann zur Qualifizierung als außerordentlicher Vertrag führen. Den individuellen Gegebenheiten des Einzelvertrags, insbesondere dem vereinbarten Zweck, ist in höherem Maße Rechnung zu tragen. Bezieht sich der Verwendungszweck einer stillen Einlage etwa auf die Entwicklung eines bestimmten Produkts, ist es durchaus angemessen, ein Zustimmungsrecht mit Kündigungsfolgen an das Ausscheiden der wesentlichen Know-how-Träger zu knüpfen. Das gleiche gilt für den Abschluss wesentlicher Verträge zur Entwicklung und zum Vertrieb dieses Produkts, etwa der Einlizenzierung notwendigen Know-hows oder die Verwertung über Vertriebs- oder Auslizenzierungsverträge. Diese Grenzen würden jedoch überschritten, wenn ohne Ansehen des Verwendungszwecks jede Personalmaßnahme ab einer bestimmten Hierarchiestufe oder jeder Lizenz- oder Vertriebsvertrag über die Zustimmungsrechte zur Kündigung berechtigen würde. Vertragstechnisch bietet sich daher die Benennung konkreter Fälle in Form von Hauptanwendungsfällen des wichtigen Kündigungsgrunds an¹²⁸⁾.

4. Informations- und Kontrollrechte

a) Abgrenzungskriterien

Die Ausgestaltung von Informations- und Kontrollrechten hat sich ebenso wie diejenige der Zustimmungsrechte an der individuellen Ausgestaltung der stillen Beteiligung zu orientieren.

Unbestritten muss der stille Gesellschafter, wie dies § 233 HGB vorsieht¹²⁹⁾, das Recht haben, die Richtigkeit der Jahresüberschussermittlung zu überprüfen. Dieses retrospektiv geltend zu machende Kontrollrecht ist keineswegs ausreichend. Die Informations- und Kontrollrechte müssen vielmehr auch dem Zweck dienen, den stillen Gesellschafter in die Lage zu versetzen, seine Rechte, insbesondere das Recht zur außerordentlichen Kündigung, zeitnah auszuüben. Nur so kann die Sicherheit der geleisteten Einlage gewährleistet werden. Dieses Einlageverhältnis ist vom Gesetzgeber rein schuldrechtlich als bloßes Kreditverhältnis konzipiert¹³⁰⁾. Bei der Frage der Ermittlung der sachgerechten Aus-

Der stille Gesellschafter muss das Recht haben, die Richtigkeit der Jahresabschlussermittlung zu überprüfen. Er muss aber auch in der Lage sein, seine Rechte, insbesondere das Recht zur außerordentlichen Kündigung, zeitnah auszuüben.

gestaltung der Informations- und Kontrollrechte¹³¹⁾ in Bezug auf die Sicherheit der Einlage kommt es weder auf die rechtssystematische Einordnung des Informationsrechts als Bestandteil des stillen Gesellschaftsverhältnisses¹³²⁾, noch darauf an, ob aus diesen Rechten Rückschlüsse auf das Merkmal des gemeinsamen Zwecks zur Abgrenzung zwischen partiarischem Darlehen und stiller Beteiligung gezogen werden können. Es ist nämlich nicht erkennbar, warum ein gemeinsamer Zweck, der ohnehin kaum ermittelt werden kann¹³³⁾, Einfluss auf das Sicherheitsprofil der Einlage hat. Bezogen auf die Sicherheit der Einlage bei einer stillen Beteiligung ist ein wertungsmäßiger Unterschied zu einer Darlehensgewährung nicht erkennbar. Es kann somit nicht als Indiz gegen einen Vertrag des laufenden Geschäftsverkehrs i.S. von § 292 Abs. 2 AktG angesehen werden, wenn ein stiller Gesellschafter risikoadäquate Informations- und Kontrollrechte vereinbart, die denen bei einer Kreditvergabe immer häufiger anzutreffenden Financial Covenants¹³⁴⁾¹³⁵⁾ oder denen der AGB von Banken oder Sparkassen entsprechen. Aufgrund des Umstands, dass der stille Gesellschafter seine Einlage anders als der

127) Dabei sind selbstverständlich sämtliche Faktoren des Einzelfalls, wie etwa auch eine Festverzinsung zu berücksichtigen. Problematisch ist die Vertragsgestaltung in dem Beispielfall, weil der Verwendungszweck enger als die Bemessungsgrundlage für die Teilgewinnabführung ist.

128) Vgl. dazu auch grundsätzlich, Mertens, AG 2000 S. 32 (35), der auf die Regelungsnotwendigkeit der Rechtsfolgenseite hinweist.

129) Vgl. zur Kritik, Schmidt, a.a.O. (Fn. 97), § 233 Rdn. 2.

130) BGHZ 127, 176, 184 f.; Schmidt, a.a.O. (Fn. 97), § 230 Rdn. 17.

131) Schön, ZGR 1993 S. 211 (231 ff.) bezeichnet diese Kontroll- und Informationsrechte als sog. zweckbezogene Hilfsrechte des Kapitalgebers.

132) Vgl. zu der rechtssystematischen Einordnung Schmidt, a.a.O. (Fn. 97), § 233 Rdn. 3.

133) Vgl. Schön, ZGR 1993 S. 211 (231 ff.). Schön weist zu Recht darauf hin, dass der Versuch nicht gangbar ist, den gemeinsamen Zweck aus der Ausgestaltung der von ihm als zweckbezogene Hilfsrechte bezeichneten Informations- und Zustimmungsrechte herzuleiten.

134) Vgl. Schackmann/Behling, FB 2004 S. 789 ff; Wittig, in: Schmidt/Uhlenbruch, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 3. Aufl., S. 67 ff; Fleischer, ZIP 1998 S. 313 ff.

(Fußnote 135 auf S. 384).

Darlehensgeber nicht sichert, ließe sich sogar eine weiterreichende Ausgestaltung der Kontroll- und Informationsrechte vertreten¹³⁶⁾.

b) Praktische Hinweise

Folgt man der hier vertretenen Auffassung nach einer risikoadäquaten Ausgestaltung der Informations- und Kontrollrechte, kann man sich deren praktische Ausgestaltung wie folgt vorstellen: Als Basisinformation, insbesondere zur Sicherung der Einlage, erhält der stille Gesellschafter die monatlichen betriebswirtschaftlichen Auswertungen (BWA), Halbjahres- oder Quartalsabschlüsse sowie die Jahresabschlüsse¹³⁷⁾.

Die Verwendung der Einlage ist in geeigneter Form nachzuweisen¹³⁸⁾, etwa in Form halbjährlicher Berichte über den Fortgang einer entsprechend vereinbarten Produktentwicklung und der dieser zuzurechnenden Kosten¹³⁹⁾. Neben diesen Rechten dürften keine Bedenken dagegen stehen, dem stillen Gesellschafter die Kontrollrechte des § 716 BGB einzuräumen.

Schließlich ist es zur Wahrung möglicher Kündigungsrechte des Stillen unabdingbar, dass der AG eine Redepflicht für solche Ereignisse auferlegt wird, die der Stille aus den o.g., periodisch zu übermittelnden Informationen nicht erkennen kann, die aber einen Grund zur außerordentlichen Kündigung darstellen können¹⁴⁰⁾.

Die Festlegung stiller Beteiligungsverträge als Unternehmensgegenstand ist bei der Prüfung des § 292 Abs. 2 AktG zu berücksichtigen. Es kann in einem solchen Fall nicht behauptet werden, dass die stille Beteiligung ein der Art nach ungewöhnliches Rechtsgeschäft ist.

VII. Stille Beteiligung als Unternehmensgegenstand

Eine AG, die ihre Ziele auch mit der Einräumung stiller Beteiligungen erreichen will, kann dies als Teil des Unternehmensgegenstands gem. § 23 Abs. 3 Satz 2 AktG in der Satzung festschreiben¹⁴¹⁾. Durch die Festlegung des Unternehmensgegenstands in der Satzung wird die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands mit der Folge begrenzt, dass durch die Satzung nicht gedeckte Geschäfte nur mit Zustimmung der Hauptversammlung vorgenommen werden dürfen¹⁴²⁾. Ist der Abschluss stiller Beteiligungen als Unternehmensgegenstand definiert worden, könnte daraus der Schluss gezogen werden, dass dann der Vorstand zum wirksamen Abschluss dieser Geschäfte ohne Zustimmung der Hauptversammlung gem. § 293 AktG befugt wäre. Dem wird entgegengehalten, dass die Aufnahme eines bestimmten Tätigkeitsfelds in der Satzung von der Frage der Zustimmung zu dem Geschäft durch die Hauptversammlung strikt zu trennen ist¹⁴³⁾¹⁴⁴⁾. Gleichwohl greift die Meinung zu kurz, dieser Satzungsfestlegung sei im Ergebnis keine Bedeutung bei der Einordnung stiller Beteiligung im Rahmen von § 292 AktG beizumessen¹⁴⁵⁾.

Der Abschluss eines stillen Beteiligungsvertrags führt nicht zwingend zu der Zustimmungspflicht der Hauptversammlung nach § 293 AktG, sondern nur dann, wenn die Voraussetzungen des § 292 Abs. 2 AktG nicht vorliegen.

Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Festlegung stiller Beteiligungsverträge als Unternehmensgegenstand bei der Prüfung der Frage, ob ein Vertrag des laufenden Geschäftsverkehrs i.S. von § 292 Abs. 2 AktG vorliegt, gänzlich unberücksichtigt bleiben kann. Diese Auffassung dürften jedenfalls die Autoren nicht vertreten, die in § 116 HGB und dessen Materialien das entscheidende Abgrenzungskriterium sehen. Gerade im Rahmen des § 116 HGB ist anerkannt, dass das Bestehen gesellschaftsvertraglicher Regelungen allgemeinen Beurteilungskriterien vorgeht¹⁴⁶⁾. Es stellt sich die Frage, wie die Festlegung der stillen Beteiligung als Unternehmensgegenstand im Rahmen des § 292 Abs. 2 AktG zu berücksichtigen ist. Nach h.M. sind die in § 292 Abs. 2 genannten Ausnahmen ausschließlich nach der Art ihres Vertragstypus und nicht quantitativ zu bestimmen¹⁴⁷⁾. Die h.M. könnte sich auf den Standpunkt stellen, dass trotz der Festlegung in dem Unternehmensgegenstand in der stillen Beteiligung gleichwohl ein der Art nach ungewöhnliches Rechtsgeschäft zu sehen sei. Berücksichtigt man in diesem Zusammenhang jedoch, dass der Unternehmensgegenstand die von der Gesellschaft bereits betriebene oder doch konkret beabsichtigte Tätigkeit bestimmt¹⁴⁸⁾ und auch die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzten Mittel festlegen kann¹⁴⁹⁾, bleibt für ein der Art nach ungewöhnliches Geschäft letztlich kein Raum mehr¹⁵⁰⁾. Die Ungewöhnlichkeit könnte sich somit nur aus dem Umfang oder dem Risiko ergeben. Das sind aber

135) *Financial Covenants werden, jedenfalls soweit Informations- und Kontrollrechte vereinbart sind, auch im Hinblick auf die dort diskutierte Eigenkapitalersatzproblematik als unproblematisch angesehen. Vgl. dazu Fleischer, ZIP 1998 S. 313 (319).*

136) *Die Weitergabe von Informationen auf Basis angemessener Informations- und Kontrollrechte kann auch keine Verletzung der Verschwiegenheitspflichtung des Vorstands der AG gem. § 93 Abs. 1 AktG bedeuten. Vgl. Bachmann/Veil, ZIP 1999 S. 348 (352).*

137) *I.d.S. bei Financial Covenants i.V.m. Kreditgeschäften; Wittig, a.a.O. (Fn. 134), S. 75.*

138) *In Praxi führt dies etwa bei Mitarbeitern, die sowohl für den einlagefinanzierten Bereich wie auch andere Bereiche tätig sind, dazu, dass der Personalaufwand nach verwandter Arbeitszeit aufzuteilen ist.*

139) *Vgl. dazu auch grundsätzlich Mertens, AG 2000 S. 32 (35), der auf die Regelungsnotwendigkeit der Rechtsfolgeseite hinweist.*

140) *Z.B.: größere Schadensfälle, Verletzungsklagen bei betriebsnotw. Patenten, Kündigung wichtiger Verträge, etc.*

141) *Bei einigen Gesellschaften mag dies sogar zur Individualisierung des Unternehmensgegenstands geboten sein.*

142) *Brendel, in: Großkomm.-AktG, § 3 Rdn. 28.*

143) *Vgl. Blaurock, a.a.O. (Fn. 42), S. 83 (88); Koppensteiner, a.a.O. (Fn. 24), § 292 Rdn. 64.*

144) *Selbstverständlich führt die denkbare Aufnahme von Venture Capital-Finanzierungen in der Satzung nicht dazu, dass der Vorstand dadurch in die Lage versetzt würde, Kapitalerhöhungen entgegen §§ 182 ff. i.V.m. 23 Abs. 5 AktG anstelle der Hauptversammlung zu beschließen.*

145) *I.d.S. Blaurock, a.a.O. (Fn. 36) S. 83 (88); Koppensteiner, a.a.O. (Fn. 24) § 292 Rdn. 64.*

146) *Vgl. nur Jickeli, a.a.O. (Fn. 48), § 116 Rdn. 11 und 60.*

147) *KG, AG 2000 S. 183 (184); Emmerich, a.a.O. (Fn. 20), § 292 Rdn. 33; Altmeyden, a.a.O. (Fn. 15), § 292 Rdn. 81; Hüffer, a.a.O. (Fn. 19), § 292 Rdn. 26.*

148) *Röhrich, in: Großkomm.-AktG § 23 Rdn. 80.*

149) *Vgl. Röhrich, a.a.O. (Fn. 148), § 292 Rdn. 85.*

150) *Dies gilt insbesondere, wenn in dem stillen Beteiligungsvertrag der Verwendungszweck vereinbart wird, nur gewöhnliche Geschäfte zu finanzieren. Vgl. Abschn. VI. 1. b).*

quantitative von der h.M. eben nicht zu berücksichtigende Kriterien¹⁵¹⁾.

Für die hier vertretene Auffassung hat die Festlegung der stillen Beteiligung in der Satzung letztlich keine Auswirkungen, da Verträge, die sich im Rahmen des Unternehmensgegenstandes bewegen nach den unter Abschn. VI. genannten Kriterien daraufhin zu untersuchen sind, ob sie als Verträge des laufenden Geschäftsverkehrs anzusehen sind.

VIII. Zusammenfassung

Die wesentlichen Ergebnisse sind wie folgt zusammenzufassen:

- Stille Beteiligungen institutioneller Kapitalgeber sind ein wichtiges, z.T. auch politisch gefördertes Instrument der Finanzierung, insbesondere junger AGs.
- Die Einordnung dieser stillen Beteiligungen als Unternehmensverträge engt die Möglichkeiten ein, praxistaugliche Entgeltgestaltungen, insbesondere in Kombination mit einer Festverzinsung, zu vereinbaren.
- Die h.M., stille Beteiligungen mit Blick auf § 116 HGB gänzlich aus dem Anwendungsbereich des Merkmals der Verträge des laufenden Geschäftsverkehrs in § 292 Abs. 2 AktG auszunehmen, ist abzulehnen.

- Regelungszweck von § 292 Abs. 2 AktG ist es, solche Verträge mit einer Gewinnabführungsverpflichtung aus dem Anwendungsbereich der Unternehmensverträge herauszunehmen, die den Aufwand einer außerordentlichen Hauptversammlung nicht rechtfertigen.
- Aus dem Vertragstypus kann kein zwingender Schluss gegen die Anwendung des § 292 Abs. 2 AktG gezogen werden.
- Die Höhe des abzuführenden Gewinns ist ein Kriterium, das bei der Beurteilung, ob ein Vertrag des laufenden Geschäftsverkehrs vorliegt, zu berücksichtigen ist.
- Soweit die Zustimmungs-, Informations- und Kontrollrechte sachgerecht ausgestaltet worden sind, sprechen diese nicht gegen die Einordnung einer stillen Beteiligung als Vertrag des laufenden Geschäftsverkehrs i.S. von § 292 Abs. 2 AktG.
- Die Festlegung stiller Beteiligungsverträge als Unternehmensgegenstand ist bei der Prüfung des § 292 Abs. 2 AktG zu berücksichtigen. Es kann in einem solchen Fall nicht behauptet werden, dass die stille Beteiligung ein der Art nach ungewöhnliches Rechtsgeschäft sei.

¹⁵¹⁾ KG, AG 2000 S. 183 (184); Emmerich, a.a.O. (Fn. 20), § 292 Rdn. 33; Altmeyden, a.a.O. (Fn. 15), § 292 Rdn. 81; Hüffer, a.a.O. (Fn. 19), § 292 Rdn. 26.