



universität  
wien

## **Exposé**

zur Dissertation mit dem vorläufigen Arbeitstitel:

**„Die stille Gesellschaft: Gläubigerschutz und Insolvenz“**

vorgelegt von

Felix Loewit

Matrikelnummer: 01576631

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, Juni 2020

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Zivilverfahrensrecht

Betreuer:

Univ.-Prof. Dr. Andreas Konecny

# Inhaltsverzeichnis

A. Dissertationsthema und Problemaufriss .....	2
1. Gläubigerschutz und Insolvenz im Rahmen der stillen Gesellschaft .....	2
1.1. Gesellschaftsrechtliche Einordnung der Einlage des stillen Gesellschafters .....	3
1.1.1. Grundsatz Fremdkapital und ältere „Eigenkapital-Rechtsprechung“ .....	3
1.1.2. EKEG und jüngere Rechtsprechung.....	3
1.2. Weitere gesellschaftsrechtliche Problemstellungen mit Auswirkungen im Insolvenzfall....	5
1.2.1. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft.....	5
1.2.2. Zulässigkeit von Abfindungsklauseln .....	5
1.3. Kategorisierung der gegenseitigen Forderungen in der Insolvenz .....	6
1.3.1. Die Insolvenz des Inhabers.....	6
1.3.2. Die Insolvenz des stillen Gesellschafters .....	8
1.4. Anwendung auf ähnliche schuldrechtliche Finanzierungsmodelle .....	8
2. Zur deutschen Rechtslage.....	9
2.1. Vergleichbarkeit .....	9
2.2. Rechtsprechung des BGH.....	9
2.3. Literatur .....	9
3. Weitere insolvenzspezifische Besonderheiten der stillen Gesellschaft .....	10
3.1. Anfechtung nach § 188 UGB .....	10
3.2. Auflösung der stillen Gesellschaft bei Insolvenz .....	10
B. Meinungsstand und Forschungsfragen .....	11
C. Methode und Ziel.....	13
D. Vorläufiger Zeitplan .....	13
E. Vorläufige Literatur .....	14
1. Kommentare, Monographien und Fachzeitschriftenartikel .....	14
1.1. Österreich .....	14
1.2. Deutschland.....	15
2. Judikatur .....	16
2.1. Österreich .....	16
2.2. Deutschland.....	16
F. Vorläufige Gliederung (Inhaltsverzeichnis).....	17

## A. Dissertationsthema und Problemaufriss

Die stille Gesellschaft (stG) iSd §§ 179 bis 188 UGB erfreut sich in der Praxis großer Beliebtheit als Werkzeug der Unternehmensfinanzierung.<sup>1</sup> Nach hM und Judikatur entsteht durch den Gesellschaftsvertrag eine als reine Innengesellschaft konzipierte Personengesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit.<sup>2</sup> Nach aA liegt überhaupt nur ein reines Schuldverhältnis vor.<sup>3</sup>

An einer stG sind grundsätzlich lediglich zwei Gesellschafter beteiligt. Der stille Gesellschafter beteiligt sich mit einer Vermögenseinlage am Unternehmen oder Vermögen eines anderen, dem (Geschäfts-)Inhaber.<sup>4</sup> Dabei entsteht jedoch kein gemeinsames Gesellschaftsvermögen.<sup>5</sup> Der stille Gesellschafter wird in der Regel an Gewinn (zwingend) und Verlust (dispositiv) des Unternehmers beteiligt (typische Ausgestaltung).<sup>6</sup> Die Ausgestaltung im Innenverhältnis ist aber weitgehend durch Parteienvereinbarung gestaltbar. Lediglich die Gewinnbeteiligung, als Wesensmerkmal der stillen Gesellschaft, kann nach § 181 UGB nicht ausgeschlossen werden. Ebenso wenig können die dem Gläubigerschutz dienenden insolvenzrechtlichen Vorschriften der §§ 187 Abs 2 und 188 UGB sowie das außerordentliche Informationsrecht des stillen Gesellschafters gem § 183 Abs 3 UGB abbedungen werden. Darüber hinaus steht stillen Gesellschaftern stets ein Widerspruchsrecht bei außergewöhnlichen Maßnahmen zu (zB bei Veräußerung des Unternehmens oder Änderung des Unternehmensgegenstands).

Abweichend von dem gesetzlich vorgesehenen Grundtypus wird in der Praxis überwiegend eine sog atypische stG vereinbart,<sup>7</sup> wobei dem stillen Gesellschafter neben der Gewinn- und Verlustbeteiligung weitere Rechte, wie insbesondere eine Beteiligung des stillen Gesellschafters an der Geschäftsführung des Unternehmens und/oder am Unternehmensvermögen, eingeräumt werden.<sup>8</sup> Aufgrund der besonderen Stellung des atypisch Stillen verlangt insbesondere der notwendige Gläubigerschutz (gesellschafts- wie insolvenzrechtlich) eine Differenzierung zum gesetzlichen Grundmodell, welches lediglich Regelungen für die typische stG trifft.

### 1. Gläubigerschutz und Insolvenz im Rahmen der stillen Gesellschaft

Eine bedeutende Folge der gesellschafts- bzw zivilrechtlichen Einordnung der stillen Gesellschaft ist deren mangelnde Insolvenzfähigkeit.<sup>9</sup> Es gilt an dieser Stelle also im Hinblick auf die (eine stG betreffenden) Insolvenzfälle zwischen der Insolvenz des Geschäftsinhabers

---

<sup>1</sup> Vgl *Gundlach/Frenzel/N. Schmidt*, Der Auseinandersetzungsanspruch des stillen Gesellschafters in der Insolvenz des Unternehmensträgers – zugleich ein Beitrag zu § 84 InsO, ZIP 2006, 501; siehe auch die umfassende Judikatur.

<sup>2</sup> OGH 29.06.1989, 8 Ob 553/89; RIS-Justiz RS0035024; *Trenker* in *U. Torggler*, UGB Kommentar<sup>3</sup> (Stand: 1.1.2019) § 179 Rz 2; *Straube/V. Appl* in *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (Stand: 1.9.2019) Band I<sup>4</sup> § 179 Rz 11 ff; *Hochedlinger* in *Hochedlinger/Fuchs*, Stille Gesellschaft (2007) Rz 1/17.

<sup>3</sup> Vgl *Konwitschka* in *Zib/Dellinger* (Hrsg), Unternehmensgesetzbuch (2016) zu §§ 184, 185 Rz 50; *Krejci/van Husen*, Über Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften und partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 54.

<sup>4</sup> Wird auch als Unternehmensinhaber bezeichnet; vgl dazu statt vieler begründet *Hochedlinger* in *Artmann* (Hrsg), Unternehmensgesetzbuch: Kommentar - Band 13 (2019) zu § 179 UGB Rz 5.

<sup>5</sup> OGH 20.02.1980, 6 Ob 21/79, HS 10.538; *Felll*, UGB § 179; *Trenker* in *U. Torggler*, UGB<sup>3</sup> § 179 Rz 2; *Straube/V. Appl* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I<sup>4</sup> § 179 Rz 10 mwN.

<sup>6</sup> RIS-Justiz RS0062138; OGH 02.03.2005, 13 Os 140/04.

<sup>7</sup> RIS-Justiz RS0062141; *Fraberger*, Die stille Gesellschaft im Ausgleich des Geschäftsherrn, ZIK 1996, 42.

<sup>8</sup> Vgl *Straube/V. Appl* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I<sup>4</sup> § 179 Rz 43; *Trenker* in *U. Torggler*, UGB<sup>3</sup> § 179 Rz 16 mwN.

<sup>9</sup> RIS-Justiz RS0052194; *Trenker* in *U. Torggler*, UGB<sup>3</sup> § 179 Rz 2; *Hochedlinger* in *Hochedlinger/Fuchs*, Stille Gesellschaft Rz 1/263.

und der Insolvenz des stillen Gesellschafters zu differenzieren. Beide Insolvenzfälle haben unterschiedliche Auswirkungen, insbesondere auf die Durchsetzbarkeit gegenseitiger Forderungen, aber auch auf vor Insolvenzeröffnung zeitnah getroffene Vereinbarungen (zB Verlusterlass iSd § 188 UGB) sowie auf den Fortbestand der stillen Gesellschaft selbst. Die Gesellschafter der stillen Gesellschaft nehmen grundsätzlich am Insolvenzverfahren des jeweilig anderen teil. Die Stellung im Insolvenzverfahren kann aber je nach Ausgestaltung der stillen Gesellschaft unterschiedlich sein. Im Mittelpunkt steht zumeist die Rückforderung der Einlage durch den stillen Gesellschafter bzw die Forderung auf Leistung derselben durch den Geschäftsinhaber.

### **1.1. Gesellschaftsrechtliche Einordnung der Einlage des stillen Gesellschafters**

Eine bedeutende Vorfrage zu Qualifikation und Rang der wechselseitigen Forderungen in der Insolvenz ist jene nach der gesellschaftsrechtlichen Einordnung, insbesondere der Einlage des stillen Gesellschafters. Dabei ist unklar ob diese Eigen- oder Fremdkapital darstellt.

#### **1.1.1. Grundsatz Fremdkapital und ältere „Eigenkapital-Rechtsprechung“**

Grundsätzlich folgt bereits aus § 187 Abs 1 UGB, dass die Einlage des stillen Gesellschafters Fremdkapital darstellt. Demnach kann der stille Gesellschafter nämlich wegen der Einlage, soweit sie den Betrag des auf ihn fallenden Anteils am Verlust übersteigt, seine Forderung als Insolvenzgläubiger geltend machen. Abweichend davon wurde die Einlage eines atypisch stillen Gesellschafters von der älteren Rsp in manchen Fällen und unter bestimmten, wenn auch nicht immer klaren, Voraussetzungen als materielles Eigenkapital gewertet.<sup>10</sup> Abgestellt wurde bei der Begründung zum Teil auf das Vorliegen von (steuerlicher) Mitunternehmerschaft,<sup>11</sup> insbesondere auf eine Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert sowie auch an der Geschäftsführung.<sup>12</sup> Im Ergebnis stellte der OGH den stillen Gesellschafter rechtlich einem Kommanditisten, sohin einem Eigenkapitalgeber, gleich. Ausgeführt wurde dabei insbesondere, dass der atypisch Stille keinen „Konkursteilnahmeanspruch als Konkursgläubiger“ geltend machen könne.<sup>13</sup> Neben der insolvenzrechtlichen Schlechterstellung ist gesellschaftsrechtliche Folge dieser Wertung die (analoge) Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften, wie allen voran des Verbots der Einlagenrückgewähr (§§ 82 f GmbHG, § 52 AktG). Auch im Schrifttum wird vertreten, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr atypisch stille Gesellschafter dann erfasst, wenn sie gesellschaftergleichen Einfluss haben oder einem Gesellschafter in der Insolvenz durch Vereinbarung gleichgestellt sind.<sup>14</sup> Eine solche Einordnung findet wohl auch im Rahmen des Gläubigerschutzkonzepts des österreichischen Gesellschafts- und Insolvenzrechts entsprechende Deckung.

#### **1.1.2. EKEG und jüngere Rechtsprechung**

In einer vielbeachteten jüngeren Entscheidung hat der OGH in Abkehr von seiner bisherigen Judikatur jedoch eine analoge Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr auf einen atypisch stillen Gesellschafter einer GmbH & Co KG abgelehnt.<sup>15</sup> Der OGH verneinte den

<sup>10</sup> Vgl OGH 28.09.1995, 8 Ob 4/95 (8 Ob 5/95); OGH 21.12.1995, 8 Ob 7/95; OGH 08.02.1996, 8 Ob 39/95; RIS-Justiz RS0102971.

<sup>11</sup> Zu deren Vorliegen siehe VwGH 27. 02. 2008, 2005/13/0050; VwGH 19. 10. 2006, 2002/14/0108; vgl auch OGH 11.01.2005, 10 Ob 73/04i.

<sup>12</sup> RIS-Justiz RS0081668; RIS-Justiz RS0075202; RIS -Justiz RS0102971.

<sup>13</sup> RIS-Justiz RS0075202.

<sup>14</sup> Vgl statt vieler *Köppl* in *U. Torggler*, GmbHG (2014) § 82 Rz 14 mwN.

<sup>15</sup> OGH 26.09.2017, 6 Ob 204/16t; siehe auch die zahlreichen Entscheidungsanmerkungen, wie zB *Trenker*, Kein (materieller) Eigenkapitalcharakter einer atypisch stillen Beteiligung nach 6 Ob 204/16t, ÖBA 2018, 612; *Aburumieh/Foglar-Deinhardstein*, Die verdeckte Kapitalgesellschaft - eine unendliche Geschichte, GES 2019,

Eigenkapitalcharakter der Einlage eines stillen Gesellschafters, welcher vermögensrechtlich am Unternehmenswert, ähnlich einem Kommanditisten, beteiligt war und somit nach bisher wohl überwiegender Meinung als steuerlicher Mitunternehmer<sup>16</sup> und folglich Eigenkapitalgeber angesehen wurde. Zu folgern sei dies insbesondere aus § 10 Abs 2 letzter S EKEG iVm § 187 UGB. Unbeantwortet bleibt dabei unter anderem die Frage, ob infolge des Vorliegens von Mitunternehmerschaft einfache Nachrangigkeit als vereinbart gelten kann.<sup>17</sup>

Seit 2004 regelt § 10 EKEG sowohl Fälle der gesplitteten Einlage (Abs 1) als auch „herkömmliche“ atypische stille Gesellschaften (Abs 2). Beteiligt sich ein nach den §§ 1, 5 EKEG erfasster Gesellschafter in der Krise (§ 2 EKEG) zusätzlich als stiller Gesellschafter, so wird seine stille Einlage (sog gesplittete Einlage) einem Kredit gleichgehalten. § 10 Abs 2 EKEG bestimmt demgegenüber für „Nicht-Gesellschafter“, dass die Einlage eines mit zumindest 25 % beteiligten stillen Gesellschafters an einer Gesellschaft iSd § 4 EKEG dann, wenn dem Stillen zumindest einem Kommanditisten vergleichbare Mitbestimmungsrechte zustehen oder er einen beherrschenden Einfluss ausübt, eigenkapitalersetzend ist.<sup>18</sup> Diese Regelung sei nach Meinung des OGH abschließend, weshalb die frühere Rechtsprechung zur Einordnung der stillen Einlage als Eigenkapital als überholt anzusehen sei.<sup>19</sup> Umstritten ist die Beantwortung dieser Frage dagegen im Schrifttum,<sup>20</sup> wobei die Relevanz der Beantwortung dieser Frage jedenfalls für „Alt-Beteiligungen“<sup>21</sup> hinsichtlich deren Qualifikation als Eigenkapital oder eigenkapitalersetzende Leistung nicht zu unterschätzen ist.

Einlagen atypisch stiller Gesellschafter in der Ausgestaltung iSd § 10 Abs 2 EKEG sind nunmehr jedenfalls eigenkapitalersetzend. Diese gesetzgeberische Wertung legt mE wohl zugleich Mindestschwellen für die Eigenkapitalqualifikation der Einlage fest und ist wohl auch die Entscheidung OGH 26.09.2017, 6 Ob 204/16t so zu verstehen. Bei anders ausgestalteten stillen Gesellschaften könnte der Einlage aber allenfalls kraft ausdrücklicher Parteienvereinbarung Eigenkapitalcharakter zukommen. Bisher hat aber insbesondere der OGH offengelassen, in welcher konkreten Ausgestaltung Eigenkapital vorliegen soll. Angedeutet wird dies dahingehend, dass Eigenkapitalqualität der Einlage durch Parteienvereinbarung erzielt werden könne.<sup>22</sup> Unklar bleibt jedoch, wie eine solche Vereinbarung inhaltlich ausgestaltet sein müsste und wie weit der Begriff Vereinbarung verstanden werden darf (so ist zB auch der stille Gesellschaftsvertrag eine „Parteienvereinbarung“). Dabei wird insbesondere auf insolvenzrechtliche Nachrangigkeit abzustellen sein. IdZ ist weiters fraglich, wie eine solche Nachrangigkeit vereinbart werden muss (ausdrücklich, konkludent etc) und welchen Inhalt die Nachrangigkeitsabrede aufweisen muss, wobei entweder Nachrangigkeit iSd § 57a IO oder qualifizierte Nachrangigkeit iSd § 67 Abs 3 IO in Frage kommen.

---

3.

<sup>16</sup> Der OGH verweist in der soeben zitierten Entscheidung aber auch darauf, dass sich der Begriff des Mitunternehmers durch die Rsp des VwGH verändert habe.

<sup>17</sup> OGH 26.9.2017, 6 Ob 204/16t, VbR 2018/16.

<sup>18</sup> Statt vieler *Konwitschka* in *Zib/Dellinger* UGB § 187 Rz 2.

<sup>19</sup> Siehe Punkt 6.1.4. der Begründung zu OGH 26.09.2017, 6 Ob 204/16t.

<sup>20</sup> Gegen eine Fortgeltung der früheren Rsp *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 2/976; *Trenker*, Der atypisch stille Gesellschafter in der Insolvenz des Unternehmers, wbl 2011, 126 (130); dafür *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 10 Rz 1, 9; *Straube/V. Appl* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I<sup>4</sup> § 187 Rz 7; *Schummer*, Wandelschuldverschreibungen, Mezzaninkapital & Co im Insolvenzverfahren, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2012 (2013) 105.

<sup>21</sup> Die stille Beteiligung wurde diesfalls vor Inkrafttreten des EKEG (01.01.2004) begründet.

<sup>22</sup> Siehe Punkt 6.2.8. der Begründung zu OGH 26.09.2017, 6 Ob 204/16t.

## 1.2. Weitere gesellschaftsrechtliche Problemstellungen mit Auswirkungen im Insolvenzfall

### 1.2.1. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft

Die „Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft“ beschreibt den Grundsatz, dass die Nichtigkeits- und Anfechtungsfolgen des bürgerlichen Rechts (bspw im Fall der Irrtumsanfechtung oder bei Abschluss des stillen Gesellschaftsvertrags von nicht kompetenten Organen einer juristischen Person) wegen ihrer Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäftes für Gesellschaftsverhältnisse nicht passen. Im Rahmen stiller Gesellschaften ist strittig, ob diese *ex tunc* oder in Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft nur *ex nunc* aufgelöst werden kann. Einheitlich wird diese Frage von Lehre und Rsp für die typische stG dahingehend beantwortet, dass die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft keine Anwendung finde.<sup>23</sup> Hingegen bejaht die Rsp die Anwendung hinsichtlich atypisch stiller Gesellschaften,<sup>24</sup> während die jüngere Literaturmeinungen – wie bei typischer Ausgestaltung der stG – eine schuldrechtliche Rückabwicklung *ex tunc* befürworten.<sup>25</sup> Auswirkungen kann die Anwendung oder Nichtanwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft in der Insolvenz und bei Auflösung der stG (allen voran bei Verlustbeteiligung) auf die Höhe der Forderung zeichnen. Aber auch die Qualifikation der Forderung des Stillen ist nicht klar. So will *Trenker*<sup>26</sup> auch bei schuldrechtlicher Rückabwicklung *ex tunc* das Eigenkapitalersatzrecht anwenden und damit im Ergebnis in der Krise („fehlerhaft“) begründete stille Beteiligungen in der Insolvenz nachrangig (§§ 14 EKEG, 57a IO) behandelt wissen. Damit würde das Schutzinteresse der Gesellschaftsgläubiger jedenfalls – und im Gegensatz zur Abwägung bei der Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft – über die Interessen des stillen Gesellschafters gestellt werden.

Hingegen werden nach dt Rsp die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auch auf eine stG angewendet, unabhängig von der Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses als „typisch“ oder „atypisch“.<sup>27</sup>

### 1.2.2. Zulässigkeit von Abfindungsklauseln

Die stG endet, mangels Rechtsfähigkeit und Gesellschaftsvermögen, stets ohne Abwicklung. Bei Auflösung der stG kommt dem Stillen nach § 186 UGB ein Abfindungsguthaben zu. Nach der Auflösung der Gesellschaft hat sich nämlich der Inhaber mit dem stillen Gesellschafter auseinanderzusetzen und dessen Guthaben in Geld zu berichtigen. Diese Regelung ist jedoch lediglich dispositiv. *In praxi* werden oftmals Abfindungsklauseln in einen stillen Gesellschaftsvertrag aufgenommen, welche für bestimmte Auflösungsfälle eine unterschiedliche Berechnung bzw Höhe des Abfindungsanspruchs des Stillen festlegen. Solche Abfindungsklauseln können jedoch sittenwidrig sein und zwar insbesondere bei Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn der Auseinandersetzungsanspruch im Fall der Insolvenz des stillen Gesellschafters geringer sein

<sup>23</sup> RIS-Justiz RS0114327; RIS-Justiz RS0014812; *Konwitschka* in *Zib/Dellinger* (Hrsg), § 185 UGB Rz 44; *Trenker*, ÖBA 2018, 612 (625); *Straube/V. Appl* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I<sup>4</sup> § 179 Rz 22.

<sup>24</sup> RIS-Justiz RS0062080.

<sup>25</sup> Vgl insbesondere *P. Bydlinski/Ibler*, Die Wirkungen der Anfechtung von Dauerschuldverhältnissen wegen eines Willensmangels, JBl 2016, 2 (15); *Trenker*, ÖBA 2018, 612 (625); *Straube/V. Appl* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I<sup>4</sup> § 179 Rz 22.

<sup>26</sup> *Trenker*, ÖBA 2018, 612 (625); *ders*, Kapitalmarktrechtliche Ansprüche von Genussrechtinhabern in der Insolvenz, VbR 2013/6 (16); *Trenker*, Nachrangigkeit kapitalmarktrechtlicher Ansprüche in der Insolvenz der emittierenden AG, ÖBA 2013, 187.

<sup>27</sup> *Felzl*, Unternehmensgesetzbuch (2018) § 179 E 43 mwN zum BGH.

soll als in den übrigen Auseinandersetzungsfällen.<sup>28</sup> Gleiches soll freilich auch bei Privilegierung des Stillen bei Insolvenz des Inhabers (gegenüber sonstigen Auflösungsgründen) gelten. Liegt keine Sittenwidrigkeit im soeben skizzierten Umfang vor, so kann dennoch der (gesellschaftsrechtliche) Gläubigerschutz die Unzulässigkeit einer Abfindungsklausel bewirken. Nach der bereits skizzierten Rsp ist nämlich das Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 82 GmbHG bzw § 52 AktG) bei bestimmten atypischen stillen Beteiligungen zu beachten, darüber hinaus bei gesplitteter Einlage (dazu oben).<sup>29</sup>

### 1.3. Kategorisierung der gegenseitigen Forderungen in der Insolvenz

Die gesellschaftsrechtliche Einordnung der Einlage ist für den stillen Gesellschafter in der Insolvenz des Geschäftsinhabers insofern wesentlich, als dieser entweder Insolvenzgläubiger (§ 187 UGB), nachrangiger Gläubiger bei eigenkapitalersetzender Leistung gem § 57a IO iVm § 10 EKEG oder gar Eigenkapitalgeber, welcher am Insolvenzverfahren der Gesellschaft grundsätzlich nicht teilnimmt, sein kann. Die Stellung im Insolvenzverfahren ist Ausdruck ganz unterschiedlicher Risikostrukturen und hängt sohin von der gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung der stG ab. Als mögliche Insolvenzforderungen des stillen Gesellschafters kommen neben dem Auseinandersetzungsanspruch aus dessen Kapitaleinlage bspw auch noch stehengelassene Gewinne, Überlassungsvereinbarungen<sup>30</sup> sowie Darlehen<sup>31</sup> in Betracht.

#### 1.3.1. Die Insolvenz des Inhabers

Gesetzlich geregelt ist bloß die Insolvenz des Geschäftsinhabers. § 187 UGB normiert, dass der stille Gesellschafter in der Insolvenz des Geschäftsinhabers seinen Auseinandersetzungsanspruch,<sup>32</sup> dh den Teil der Einlage, der nicht durch Verluste aufgezehrt wurde, bzw die gesamte Einlage bei Verlustausschluss, als Insolvenzforderung geltend machen kann (Einordnung als Fremdkapital). Nach der uneinheitlichen Rsp ist diese Einordnung, wie oben dargestellt, aber nicht in jedem Fall zutreffend. Vielmehr folgerte der OGH bereits Mitte der 1990er Jahre aus der Einordnung eines atypisch stillen Gesellschafters als Eigenkapitalgeber<sup>33</sup> bzw Adressat des Eigenkapitalersatzrechts,<sup>34</sup> dass dieser kein Insolvenzgläubiger sei.<sup>35</sup> Dies bestätigte der OGH in einer jüngeren Entscheidung in einem *obiter dictum*.<sup>36</sup> Wie oben gezeigt, ging der OGH in seiner jüngsten Entscheidung zu diesem Thema jedoch von seiner bisherigen Judikaturlinie ab und verneinte mangels Vorliegen der Voraussetzungen des § 10 Abs 2 EKEG den Eigenkapitalcharakter der Einlage.

Sohin wäre auch der atypisch stille Gesellschafter Insolvenzgläubiger und könnte seinen Auseinandersetzungsanspruch als Insolvenzforderung iSd § 51 IO anmelden. Eine Nachrangigkeit in der Insolvenz könnte sich in diesem Fall aus einer Nachrangabrede ergeben.<sup>37</sup> Von § 187 UGB nicht erfasst sind Forderungen auf Rückgabe von Gegenständen, die nur zur Nutzung überlassen wurden (Einbringung *quoad usum*). Diesbezüglich kommt

<sup>28</sup> Vgl *Straube/V. Appl* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I<sup>4</sup> § 186 Rz 8.

<sup>29</sup> Vgl dazu *Trenker* in *U. Torggler*, UGB<sup>3</sup> § 186 Rz 2.

<sup>30</sup> Vgl *Oberndorfer/Leitner*, Ausdehnung des Einlagenrückgewährverbots auf atypisch stille Gesellschafter?, *ecolex* 2009, 956 (958); *Fink*, Auswirkungen eines Insolvenzverfahrens auf die stille Gesellschaft, *Clavora/Kapp/Mohr* (Hrsg) *Jahrbuch Insolvenzrecht und Sanierungsrecht* 2016, 227.

<sup>31</sup> Vgl *Schumacher*, Die Einlage des stillen Gesellschafters in der Überschuldungsprüfung des Geschäftsherrn, *ZIK* 1995, 141 (144), wonach Darlehen eines atypisch Stillen eigenkapitalersetzend sein können.

<sup>32</sup> Vgl OGH 22.05.2003, 8Ob114/02a; zur deutschen Rechtslage *Gundlach/Frenzel/N. Schmidt*, ZIP 2006, 501.

<sup>33</sup> RIS-Justiz RS0102971; OGH 28. 9. 1995, 8 Ob 4, 5/95.

<sup>34</sup> OGH 12. 9. 1996, 8 ObS 2107/96b.

<sup>35</sup> RIS Justiz RS0081668.

<sup>36</sup> OGH 15.12.2014, 6 Ob 14/14y.

<sup>37</sup> *Trenker*, ÖBA 2018, 612 (620); *Schummer* in *Konecny* (Hrsg), *Insolvenz-Forum* 2012 (2013), 105.

dem stillen Gesellschafter ein Aussonderungsanspruch zu.<sup>38</sup>

Bei den vom EKEG erfassten stillen Gesellschaftern (dazu oben unter 1.1) folgt hingegen – neben der Rückzahlungssperre während aufrechter Krise gem § 14 EKEG – in der Insolvenz aus § 57a IO die Nachrangigkeit des Auseinandersetzungsanspruches gegenüber allen Insolvenzforderungen.<sup>39</sup> Der stille Gesellschafter kann seine Forderung im Insolvenzverfahren folglich nur nach besonderer Aufforderung durch das Insolvenzgericht anmelden (§ 57a Abs 2 IO).<sup>40</sup> Eine (wenn auch nur teilweise) Befriedigungschance des Anspruchs rückt damit in der Praxis oft in weite Ferne, ist aber auch nicht unmöglich.

Als (materieller) Eigenkapitalgeber würde der atypisch Stille am Insolvenzverfahren des Geschäftsinhabers gar nicht teilnehmen, womit stets die wirtschaftlich wie rechtlich schwächste Stellung einhergeht.

Umgekehrt hat die Insolvenzmasse des Geschäftsinhabers gem § 187 Abs 2 UGB eine Forderung gegen den stillen Gesellschafter, der die Einlage zum Zeitpunkt der Eröffnung des Konkursverfahrens noch nicht zur Gänze geleistet hat. Der Umfang dieser Forderung beschränkt sich grundsätzlich aber lediglich auf die Höhe, die zur Deckung seines Verlustanteils erforderlich ist.<sup>41</sup> Der stille Gesellschafter muss (maximal) seine rückständige Einlage leisten, eine darüber hinausgehende Leistungspflicht trifft ihn nach hM grundsätzlich nicht.<sup>42</sup> Daraus ergibt sich unweigerlich eine gewisse „Besserstellung“ desjenigen Stillen, der seine Einlage noch nicht (oder nicht voll) geleistet hat, da er die geleistete Einlage – bei Auflösung sein Auseinandersetzungsguthaben – nicht als Insolvenzforderung geltend machen muss. Vielmehr bleibt ihm die nicht erbrachte Einlageleistung, soweit sie die Verluste übersteigt – bei Verlustausschluss sohin wirtschaftlich in voller Höhe – erhalten. Eine uU quotenmäßige Kürzung der Einlage als Insolvenzforderung scheint daher ausgeschlossen zu sein. Fraglich ist idZ, ob einer solchen Anwendung des § 187 Abs 2 UGB Gläubigerschutzinteressen entgegenstehen. Dies ist insbesondere bei Qualifikation der Einlage eines atypisch Stillen als Eigenkapital denkbar, wobei sich prima facie eine teleologische Reduktion anbieten würde. So bejaht der BGH<sup>43</sup> die Pflicht zur vollen Einlageleistung (auch noch nicht fälliger Raten) bei Beendigung der stG, soweit die Einlage zur Befriedigung der Gläubiger des Geschäftsinhabers (und nicht nur zur Deckung des Verlustanteils) benötigt wird. Begründet wird dies einleuchtend damit, dass die Einlage „als Teil der Eigenkapitalgrundlage des Geschäftsinhabers dessen Gläubigern als Haftungsmasse zur Verfügung stehen muss“.

Wird hingegen ein Sanierungsplan gem §§ 140 ff, 147, 152 IO angenommen und bestätigt,<sup>44</sup> so ist umstritten, ob die Einlage eines typisch stillen Gesellschaftern und somit dessen Rückzahlungsanspruch aufgrund der Einordnung als Fremdkapital quotenmäßig, nach der jeweiligen Sanierungsplanquote, reduziert werden soll.<sup>45</sup> Bei Bejahung dieser Frage sollte die Einlage eines atypisch Stillen bei Einordnung als Eigenkapital folglich nicht reduziert werden.

<sup>38</sup> Konwitschka in Zib/Dellinger UGB § 187 Rz 5.

<sup>39</sup> Mohr in Konecny, Insolvenzgesetze § 57a IO; Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) Rz 1538; so auch bereits zum EKEG-Entwurf Reisch, Welche Gesellschaften erfasst das Eigenkapitalersatz-Gesetz?, ecollex 2002, 320.

<sup>40</sup> Vgl statt aller Mohr in Konecny, Insolvenzgesetze § 57a IO Rz 3.

<sup>41</sup> Fink in Clavora/Kapp/Mohr Jahrbuch Insolvenzrecht und Sanierungsrecht 2016, 227.

<sup>42</sup> Straube/V. Appl in Straube/Ratka/Rauter, UGB I<sup>4</sup> § 187 Rz 12 mwN; Hochedlinger in Hochedlinger/Fuchs, Stille Gesellschaft Rz 1/271 ff; aA zur vergleichbaren deutschen Rechtslage BGH 16.05.2017, II ZR 284/15.

<sup>43</sup> BGH 16.05.2017, II ZR 284/15 mwN; vgl dort insbesondere Rz 10.

<sup>44</sup> Dazu allgemein Mohr in Konecny, ZIK Spezial - IRÄG 2010 (2010) Der Sanierungsplan.

<sup>45</sup> Andernfalls wäre der typisch Stille besser gestellt als ein herkömmlicher Darlehens- bzw Kreditgeber; idS Trenker in U. Torggler, UGB<sup>3</sup> § 187 Rz 8; aA Harrer, Die stille Gesellschaft in der Krise des Geschäftsinhabers, GesRZ 1999, 218; differenzierend nach der Verlustbeteiligung Höller, Die (atypisch) stille Gesellschaft im Ausgleich des Geschäftsinhabers, ecollex 2003, 840.



Gleichzeitig stellt sich idZ die Frage nach der Teilnahme des stillen Gesellschafters an einem Sanierungsgewinn der Gesellschaft.<sup>46</sup> Dabei ist unter anderem die Zugehörigkeit des Sanierungsgewinnes zur Betriebstätigkeit der Gesellschaft von Relevanz.<sup>47</sup> Auch dies wird in der Literatur und Judikatur bisher offen gelassen.

### 1.3.2. Die Insolvenz des stillen Gesellschafters

Weitaus weniger Probleme bereitet die Insolvenz des stillen Gesellschafters. Im Fall der Insolvenz des stillen Gesellschafters partizipiert der Geschäftsinhaber im Hinblick auf die gesellschaftlichen Leistungspflichten, insbesondere bei noch nicht erbrachter Einlage, als Insolvenzgläubiger. Ebenso wie die Insolvenz des Inhabers, führt auch die Insolvenz des Stillen zur Auflösung der stG. Anders ist dies aber – wiederum gleich wie beim Inhaber – insbesondere bei einem Sanierungsverfahren, indem die stG grundsätzlich fortgeführt werden kann.<sup>48</sup> Das aus der Auflösung (wegen Insolvenz des Stillen) resultierende Auseinandersetzungsguthaben des stillen Gesellschafters fällt in dessen Insolvenzmasse.<sup>49</sup> Im Hinblick auf die Höhe des Abfindungsanspruchs bleibt aber unter anderem die oben erwähnte und str Frage nach der Zulässigkeit von Abfindungsklauseln zu beachten.

### 1.4. Anwendung auf ähnliche schuldrechtliche Finanzierungsmodelle

Fraglich ist, ob die oben skizzierten Problemstellungen sowie in der Folge deren Lösungen über die stG hinaus auf Grund der Ähnlichkeit von stillen Gesellschaften und anderen schuldrechtlichen (unternehmenswertbeteiligten) Finanzierungsmodellen auch auf diese Anwendung finden sollen. So wird insbesondere die Nachrangigkeit einer Forderung aus Genussrechten bzw vergleichbaren Partizipationsscheinen gem § 57a IO iVm § 14 EKEG befürwortet, wenn die Voraussetzungen des § 10 Abs 2 EKEG erfüllt sind.<sup>50</sup> Fraglich ist, ob eine solche Anwendung *per analogiam* überhaupt möglich ist. Umgekehrt fragt sich aber auch, ob die zu schuldrechtlichen Finanzierungsmodellen ergangene Rsp<sup>51</sup> zur Nachrangigkeit in der Insolvenz, für stG von Bedeutung sein kann.

Andererseits bereitet schon die Abgrenzung zwischen Genussrechten und stG Schwierigkeiten.<sup>52</sup> Anzumerken ist, dass sich bei der Einordnung von kapitalmarktrechtlichen Genussrechten als stille Gesellschaften<sup>53</sup> die Frage nach der Relevanz und Anwendung der insolvenzrechtlichen Behandlung der stillen Einlage auf diese gar nicht stellen würde. Andernfalls spricht wegen der großen Ähnlichkeit wohl viel für eine Anwendung auch auf andere schuldrechtliche Finanzierungsmodelle.<sup>54</sup> Davon umfasst wäre uU der gesamte Gläubigerschutz, in gesellschafts- und insolvenzrechtlicher Ausprägung. Dies gilt es jedoch nicht pauschal sondern vielmehr im Einzelfall darzulegen und zu begründen. Viele insolvenzrechtlich relevante Normen wurden dahingehend noch nicht oder nur kaum

<sup>46</sup> Dagegen *Fraberger*, ZIK 1996, 42; bejahend zur vergleichbaren dt Rechtslage BGH 24.02.1969, II ZR 123/67.

<sup>47</sup> Vgl *Straube/V. Appl* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I<sup>4</sup> § 182 Rz 7 mwN.

<sup>48</sup> *Trenker* in *U. Torggler*, UGB<sup>3</sup> § 187 Rz 6; weiters kommt es auch bei einem Schuldenregulierungsverfahren zu keiner zwingenden Auflösung, anders aber bei Abstimmung über einen Zahlungsplan; vgl dazu; *Hochedlinger* in *Artmann*, UGB<sup>3</sup> § 185 Rz 13.

<sup>49</sup> *Straube/V. Appl* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I<sup>4</sup> § 187 Rz 14; *Hochedlinger* in *Artmann*, UGB<sup>3</sup> § 187 Rz 18.

<sup>50</sup> *Told*, Kapitalmarktrechtliche Schadenersatzansprüche in der Insolvenz, ZFR 2014, 109 (113); *Trenker*, ÖBA 2018, 612 (618) mwN.

<sup>51</sup> Vgl *Trenker*, Kapitalmarktrechtliche Ansprüche von Genussrechtsinhabern in der Insolvenz, VbR 2013/6.

<sup>52</sup> *Bergmann*, Genussrechte: Abgrenzung von ähnlichen Rechtsinstituten (Teil I), *ecolex* 2016, 1073; *Reich-Rohrwig*, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung (Teil I), *ecolex* 2013, 133 (138); *Krejci/van Husen*, *GesRZ* 2000, 54.

<sup>53</sup> So *Krejci/van Husen*, *GesRZ* 2000, 54; unter bestimmten Voraussetzungen *Lindiger*, Über Zulässigkeit und Beendbarkeit bestimmter Genussrechte, *JB* 2003, 724; wesensident seien stille Gesellschaften und Genussrechte nach *Trenker* in *U. Torggler*, UGB<sup>3</sup> § 179 Rz 5a.

<sup>54</sup> So zB *Trenker*, ÖBA 2018, 612 (618).

untersucht.

## **2. Zur deutschen Rechtslage**

### **2.1. Vergleichbarkeit**

Die dt und die österr Rechtslage eignen sich vor allem aufgrund der beinahe wortgleichen gesetzlichen Bestimmungen gut für einen Vergleich. In Deutschland wird die stG in den §§ 230 bis 236 HGB geregelt. Auch dort ist die Frage nach der Eigenkapitalqualität der Einlage eines stillen Gesellschafters Gegenstand zahlreicher Entscheidungen des BGH und Kontroversen im Schrifttum. Eine Übernahme des Standes in Deutschland ins österr Recht (womöglich durch den OGH, aber auch durch den Gesetzgeber) kann daher prima facie keinesfalls ausgeschlossen werden.

### **2.2. Rechtsprechung des BGH**

Bereits 1984 charakterisierte der BGH die Einlage eines atypisch stillen Gesellschafters erstmals als Eigenkapital.<sup>55</sup> Begründete wurde die Qualifikation der stillen Einlage als Teil der Eigenkapitalgrundlage einer Kommanditgesellschaft, ähnlich der älteren österreichischen Rsp, damit, dass den stillen Gesellschaftern in atypischer Weise weitreichende Befugnisse zur Einflussnahme auf die Geschäftsführung und die Gestaltung der KG eingeräumt wurden und sie den Kommanditisten grundsätzlich gleichgestellt waren. Ähnlich entschied der BGH 2012, dass der atypisch stille Gesellschafter einer GmbH & Co KG mit seinen Ansprüchen insolvenzrechtlich dem Gläubiger eines Gesellschafterdarlehens gleichsteht. Im Ergebnis war der Anspruch des stillen Gesellschafters in der Insolvenz des Geschäftsinhabers daher nachrangig iSd § 39 dInsO.<sup>56</sup> Auch zur Frage nach der Höhe der Auffüllungspflicht bei einer noch nicht einbezahlten Einlage in der Insolvenz des Geschäftsherren entschied der BGH, dass diese in dem Umfang bestehe, welcher zur Erfüllung der Gläubigeransprüche notwendig sei. Dies folge aus der einem Kommanditisten angenäherten Stellung des atypisch stillen Gesellschafters und dem daraus folgendem Eigenkapitalcharakter der Einlage.<sup>57</sup> Im Ergebnis wurde dadurch die Stellung des atypisch Stillen an die eines Gesellschafters angeglichen.

Bezüglich einer stillen Beteiligung an einer GmbH entschied der BGH 2006, dass der stille Gesellschafter im Hinblick auf die Kapitalerhaltungsregeln dann wie ein GmbH-Gesellschafter zu behandeln sei, wenn er aufgrund des Gesellschaftsvertrages hinsichtlich seiner vermögensmäßigen Beteiligung und seines Einflusses auf die Geschicke der GmbH weitgehend einem GmbH-Gesellschafter gleichgestellt ist.<sup>58</sup> Auch 2018 bestätigte der BGH diese Judikaturlinie. Stille Gesellschafter fallen zwar grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der Eigenkapitalersatzregeln. Anderes soll aber dann gelten, wenn der atypische stille Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsvertrags weitgehend einem GmbH-Gesellschafter gleichsteht.<sup>59</sup>

### **2.3. Literatur**

Auch in der deutschen Literatur wird die Einlage des Stillen an einer GmbH & Co KG als Eigenkapital eingeordnet und dieser einem Kommanditisten gleichgestellt, wenn die stille Einlage gleichwertig neben der Kommanditeinlage Basis der Innen- und Eigenfinanzierung sein soll.<sup>60</sup> Die Eigenkapitalqualifikation ergebe sich aus einer Gesamtwürdigung des

---

<sup>55</sup> BGH 17.12.1984, II ZR 36/84.

<sup>56</sup> BGH 28.06.2012, IX ZR 191/11; § 39 dInsO entspricht § 57a IO.

<sup>57</sup> BGH 16.05.2017, II ZR 284/15.

<sup>58</sup> BGH 13.02.2006, II ZR 62/04.

<sup>59</sup> BGH 23.01.2018, II ZR 246/15.

<sup>60</sup> Vgl K. Schmidt in Münchener Kommentar zum HGB<sup>4</sup> (2019) § 230 Rz 91 mwN.

Vertrags, wobei sowohl Vermögensbeteiligung als auch Mitwirkungsrechte vorliegen müssten.<sup>61</sup> Nach § 236 HGB<sup>62</sup> ist die Rückforderung der Einlage eines typisch Stillen jedenfalls Insolvenzforderung,<sup>63</sup> wohingegen § 236 HGB für atypisch Stille eben nicht gelten soll.<sup>64</sup> Gibt der Gesellschaftsvertrag dem Stillen Rechte wie einem Kommanditisten, so soll dieser wie ein Kommanditist gar nicht am Insolvenzverfahren teilhaben.<sup>65</sup> Nachrangig soll die Forderung in der Insolvenz dann sein, wenn der Stille einem Gläubiger eines Gesellschafterdarlehens wirtschaftlich gleichgestellt werden kann.<sup>66</sup>

### **3. Weitere insolvenzspezifische Besonderheiten der stillen Gesellschaft**

Neben der Frage nach der Einordnung der gegenseitigen Forderungen, insbesondere der Einlage, werfen allen voran das in § 188 UGB geregelte Anfechtungsrecht sowie die Auflösung der stillen Gesellschaft bei Insolvenz eines Gesellschafters nach § 185 UGB weitere insolvenzspezifische Fragestellungen auf.

#### **3.1. Anfechtung nach § 188 UGB**

Einen besonderen Anfechtungstatbestand in der Insolvenz (nach hL analog auch bei Abweisung mangels Masse)<sup>67</sup> des Geschäftsinhabers normiert § 188 UGB,<sup>68</sup> Ziel der Regelung ist es, eine Masseschmälerung durch eine zwischen Geschäftsinhaber und stillem Gesellschafter – aufgrund des bestehenden Naheverhältnis – getroffene Vereinbarung, mit welcher die Einlage dem stillen Gesellschafter ganz oder teilweise rückgewährt wird bzw dessen Verlustanteil ganz oder teilweise erlassen wurde, zu verhindern.<sup>69</sup> Die Norm stellt eine lex specialis zu den Anfechtungstatbeständen der IO (§§ 27 ff IO) dar. Fraglich ist idZ, welche Handlungen noch von § 188 UGB erfasst sind und welche Handlungen nach dem subsidiär anwendbaren Anfechtungsrecht der IO angefochten werden können (so zB Vereinbarungen über zukünftige Verlustfreistellungen oder langfristige Unternehmenskredite).<sup>70</sup>

#### **3.2. Auflösung der stillen Gesellschaft bei Insolvenz**

Die stG wird gem § 185 Abs 2 UGB durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Konkursverfahren ist der einzige insolvenzbezogene Auflösungsgrund, weil die die Änderungen der IO durch IRÄG 2010 vom UGB nicht nachvollzogen wurden.<sup>71</sup> Sohin hat nach einhelliger Lehre die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens als Sanierungsverfahren (§§ 166 ff IO) nicht die Auflösung der stillen Gesellschaft zur Folge.<sup>72</sup>

---

<sup>61</sup> Renner, Die Stellung des atypisch stillen Gesellschafters in der Insolvenz des Geschäftsinhabers, ZIP 2002, 1430.

<sup>62</sup> § 236 HGB ist das dt Pendant zu § 187 UGB.

<sup>63</sup> So K. Schmidt in Münchener Kommentar zum HGB<sup>4</sup> (2019) § 236 Rz 11 mwN.

<sup>64</sup> K. Schmidt in MünchKomm HGB<sup>4</sup> § 236 Rz 6.

<sup>65</sup> Haas/Vogel, Der atypisch stille Gesellschafter als nachrangiger Insolvenzgläubiger, NZI 2012, 875.

<sup>66</sup> K. Schmidt, JuS 2012, 1131 (1133).

<sup>67</sup> Trenker in U. Torggler, UGB<sup>3</sup> § 188 Rz 2 mwN; Hochedlinger in Hochedlinger/Fuchs, Stille Gesellschaft Rz 1/274.

<sup>68</sup> Parallelbestimmung in Deutschland ist § 136 dInsO.

<sup>69</sup> Vgl König, Die Anfechtung nach der Insolvenzordnung<sup>5</sup> (2014) Rz 12/3; Bei erfolgreicher Anfechtung der Einlagenrückgewähr durch den Insolvenzverwalter ist der Stille zur Rückzahlung in die Masse verpflichtet; vgl dazu Trenker, wbl 2011, 126 (127).

<sup>70</sup> König, Die Anfechtung nach der Insolvenzordnung<sup>5</sup> (2014) Rz 12/19; Fink in Clavora/Kapp/Mohr Jahrbuch Insolvenzrecht und Sanierungsrecht 2016, 227.

<sup>71</sup> Vgl Konwitschka in Zib/Dellinger UGB §§ 184, 185 Rz 50.

<sup>72</sup> Vgl statt aller Trenker in U. Torggler, UGB<sup>3</sup> § 185 Rz 6.

ME ist bei Eigenkapitalqualität der stillen Einlage jedoch fraglich, ob es zwingend zu einer Auflösung gem § 185 Abs 2 UGB kommen muss, oder ob eine teleologische Reduktion der Norm dahingehend passender (iSe umfassenden Interessenausgleichs mit den Gläubigern) wäre, die stG bestehen zu lassen um den stillen Gesellschafter zumindest den übrigen Gesellschaftern der Inhaberin gleichzustellen. Wäre dem nicht so, so würde der eigenkapitalgebende atypisch Stille im Insolvenzfall der Inhaberin wohl stets mit dem Verlust seiner gesamten Einlage – ohne Chance auf teilweises Weiterbestehen derselben – rechnen müssen.

In der Insolvenz des Stillen führen auch ein Schuldenregulierungsverfahren, sofern es zu einer Verwertung des Vermögens kommt, sowie die Abstimmung über einen Zahlungsplan zur Auflösung.<sup>73</sup>

Strittig sind dagegen die Auswirkungen der Abänderung der Bezeichnung Sanierungsverfahren in Konkursverfahren (§ 167 Abs 3 IO) sowie die Nichteröffnung des Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens (§ 71b IO) auf das Fortbestehen der stillen Gesellschaft.<sup>74</sup>

Auch die Zulässigkeit der außerordentlichen Kündigung der stillen Gesellschaft im Fall der Insolvenz des Geschäftsinhabers ist fraglich.<sup>75</sup>

## **B. Meinungsstand und Forschungsfragen**

Der bereits unter A. dargestellte Meinungsstand zeigt, dass die Problemstellungen, welche die insolvenzspezifischen Besonderheiten bei der stillen Gesellschaft aufwerfen uneinheitlich gelöst werden. Grund dafür sind wohl fehlende bzw unbestimmte und nicht eindeutige gesetzliche Regelungen.

Eine intensive gesamtheitliche Auseinandersetzung mit sämtlichen aufgezeigten Rechtsfragen ist nicht vorhanden. Zwar existieren auch etwas jüngere Artikel in Fachzeitschriften, wie insbesondere (i) *Fink*, Auswirkungen eines Insolvenzverfahrens auf die stille Gesellschaft, *Clavora/Kapp/Mohr* (Hrsg) Jahrbuch Insolvenzrecht und Sanierungsrecht 2016, 227, (ii) *Trenker*, Der atypisch stille Gesellschafter in der Insolvenz des Unternehmers, wbl 2011, 126 sowie (iii) *Trenker*, Kein (materieller) Eigenkapitalcharakter einer atypisch stillen Beteiligung nach 6 Ob 204/16t, ÖBA 2018, 612. Jedoch besteht keine ausführliche Monografie zu den aufgeworfenen Fragestellungen bzw werden manche nur rudimentär oder gar nicht behandelt. Vielmehr werden lediglich Teilbereiche der zu behandelnden Problemstellungen aufgegriffen und Lösungsansätze in aller Kürze dargestellt oder nur in Erwägung gezogen. Ziel der Dissertation ist es deshalb eine solche umfassende Arbeit zu erstellen.

Zunächst gilt es im oben dargestellten Sinn zu zeigen, wann die Einlage eines stillen Gesellschafters Eigenkapital darstellt und ob die ältere Rsp durch die Einführung des EKEG 2004 als überholt anzusehen ist oder fortgelten soll.

Konkret wird in der skizzierten uneinheitlichen Rsp sowie in der Lehre offengelassen, wann die Einlage eines atypisch stillen Gesellschafters neben eigenkapitalersetzend auch weiterhin

---

<sup>73</sup> *Fink* in *Clavora/Kapp/Mohr* Jahrbuch Insolvenzrecht und Sanierungsrecht 2016, 227 (233).

<sup>74</sup> Gegen eine Auflösung, entsprechend der GesBR (§ 1208 Z 3 ABGB) *Trenker* in *U. Torggler*, UGB<sup>3</sup> § 185 Rz 6; die Auflösung bejahend *Konwitschka* in *Zib/Dellinger* UGB §§ 184, 185 Rz 50; *Mohr*, Neuerungen im Unternehmensinsolvenzrecht, ÖJZ 2010/94 (891).

<sup>75</sup> Bejahend für den typisch Stillen, während anderes bei einer atypisch stillen Beteiligung gelten soll: *Fink* in *Clavora/Kapp/Mohr* Jahrbuch Insolvenzrecht und Sanierungsrecht 2016, 227 (233); *Trenker* in *U. Torggler*, UGB § 187 Rz 8 räumt unter Berücksichtigung von § 25a IO auch dem atypisch Stillen ein außerordentliches Kündigungsrecht ein.

(materielles) Eigenkapital sein könnte. Zu denken wäre dabei daran, dass das EKEG bloß Mindestschwellen vorgibt. IdZ wird auch die Frage zu beantworten sein, wie Darlehen (bzw Kredite) des atypisch Stillen in der Krise einzuordnen sind. Da der OGH die Eigenkapitalqualität einer stillen Einlage wohl anhand der Parteienvereinbarung prüft, gilt es auch, die – für das Vorliegen von Eigenkapital notwendige – inhaltliche Ausgestaltung einer solchen Vereinbarung zu untersuchen. Dabei dürften prima facie insbesondere die insolvenzrechtliche Nachrangigkeit (§ 57a IO) bzw eine qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarung iSd § 67 Abs 3 IO von Bedeutung sein.

Sodann soll die Stellung des stillen Gesellschafters im Insolvenzverfahren erörtert werden. Fraglich ist dabei, ob auch bei atypischer Ausgestaltung der stillen Gesellschaft trotz Nichtvorliegens von (materiellem) Eigenkapital oder der § 10 EKEG-Schwellen die Forderung des atypisch Stillen nachrangig iSd § 57a IO sein kann.<sup>76</sup> Es soll darüber hinaus dargestellt werden, welche insolvenzrechtlichen Folgen (Insolvenzgläubiger, nachrangiger Gläubiger, ausgeschlossener Eigenkapitalgeber) den stillen Gesellschafter jeweils – insbesondere bei Stellung als Eigenkapitalgeber – treffen und wie sich diese wirtschaftlich auswirken. Dabei soll weiters die jeweilige Durchsetzung im Insolvenzverfahren kurz beschrieben werden. Zudem soll die Relevanz der gezogenen Schlüsse auf schuldrechtliche Finanzierungsmodelle, wie insbesondere Genussrechte, aber auch partiarische Darlehen im Einzelfall untersucht werden. Denkbar wäre bei der Qualifikation der Einlage als Eigenkapital nicht nur eine teleologische Reduktion des § 187 Abs 1 UGB, sondern auch eine solche des § 185 Abs 2 UGB (Auflösung im Insolvenzfall), wäre der eigenkapitalgebende Stille sonst uU sogar schlechter gestellt als andere Eigenkapitalgeber (namentlich die jeweiligen Gesellschafter der „unternehmensinhabenden“ Gesellschaft). Dazu gibt es in der Literatur bisweilen noch keine Ansätze.

Auch die (teilweise) Leistung der Einlage durch den Stillen erst bei Insolvenz des Inhabers soll kritisch beleuchtet werden. Dabei drängt sich wiederum die Frage nach einer (uU gebotenen) Differenzierung zwischen typischem und atypischem stillen Gesellschafter auf; unter anderem bei noch nicht fälliger Einlageleistung. Auch hinsichtlich des Umfangs der noch zu leistenden Einlage gibt es in Österreich noch keine einschlägige Literatur oder Rechtsprechung. Fraglich ist dabei ob der eigenkapitalgebende atypisch Stille seine Einlage nur zur bis zur Verlustabdeckung oder darüber hinaus - sofern zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich<sup>77</sup> – die gesamte Einlage zu leisten hat.

Weiters sollen Fragen iZm der Sanierung des Inhabers beantwortet werden. Offen ist dabei einerseits die Frage, ob der Rückzahlungsanspruch eines stillen Gesellschafters aufgrund der Einordnung als Fremdkapital bei Sanierungsplanbestätigung quotenmäßig reduziert werden soll, sowie die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein stiller Gesellschafter an einem allfälligen Sanierungsgewinn der Gesellschaft partizipiert.

Sollte es der Umfang dieser Dissertation zulassen, so sollen auch noch die oben skizzierten offenen Fragestellungen betreffend das Anfechtungsrecht sowie die Auflösung bzw Kündigung der stillen Gesellschaft bei Insolvenz eines Gesellschafters Eingang in die Arbeit finden. Dies kann noch nicht abschließend beurteilt werden und wird deshalb in die Beschreibung aufgenommen, eine genauere Bearbeitung dieser Themen scheint jedoch eher unwahrscheinlich.

---

<sup>76</sup> So zB bei Vorliegen einer Nachrangabrede, welche die Einlage nicht zu Eigenkapital aufwertet. Die Nachrangigkeit könnte aber auch aus dem Vorliegen von Mitunternehmerschaft abgeleitet werden.

<sup>77</sup> IdS BGH 16.05.2017, II ZR 284/15.

### **C. Methode und Ziel**

Zentrale Forschungsmethode wird insbesondere die Interpretation der relevanten Rechtsnormen sein. Das Hauptaugenmerk wird dabei voraussichtlich auf § 187 Abs 1 und 2 UGB, § 10 EKEG sowie §§ 57a, 67 Abs 3 IO und § 82 GmbHG gelegt. Daneben sollen unter anderem auch die §§ 185, 188 UGB, §§ 27 ff IO sowie deren dt Parallelbestimmungen einer Auslegung im Hinblick auf ihre Anwendung im Bereich der stillen Gesellschaft unterzogen werden.

Weitere Methode wird die Analyse und der Vergleich der einschlägigen Rsp und Literatur sein. Dabei soll die jeweilige Argumentation kritisch dargestellt sowie dazu Stellung genommen werden.

Im Rahmen dieser Arbeit wird auch die Methode der Rechtsvergleichung Anwendung finden. Konkret sollen dabei das Verhältnis zwischen Österreich und Deutschland sowie die dort erarbeiteten Lösungen derselben Problemstellungen erforscht und daraus Rückschlüsse gezogen werden.

Ziel dieser Arbeit ist es eine dogmatisch saubere und nachvollziehbare Beantwortung bzw Lösung der Forschungsfragen zu liefern. Die erarbeiteten Lösungsvorschläge sollen dabei praxisnah sein und Anwendung finden können. Wesentlichste wissenschaftliche Erkenntnis soll sein, unter welchen Voraussetzungen einem stillen Gesellschafter welche konkrete Stellung im Insolvenzverfahren des Geschäftsinhabers zukommt und welche wirtschaftlichen Folgen daran anknüpfen.

Darüber hinaus soll, sofern dies den Umfang einer Dissertation nicht sprengen würde, wissenschaftlich erarbeitet werden, welche Rechtshandlungen vom Anfechtungstatbestand des § 188 UGB erfasst sind und unter welchen Umständen die stG in der Insolvenz eines Gesellschafters aufgelöst wird. Eine Einschränkung des Dissertationsvorhabens kann insofern nicht ausgeschlossen werden, als die zuvor letztgenannten Problematiken (insbesondere das Anfechtungsrecht des § 188 UGB) bloß in begrenztem Umfang oder gar nicht behandelt werden, dies wird sich womöglich erst im Laufe der schriftlichen Abhandlung ergeben.

### **D. Vorläufiger Zeitplan**

- |              |  |
|--------------|--|
| SoSe 2020    | <ul style="list-style-type: none"><li>• VO Rechtswissenschaftliche Methodenlehre;</li><li>• SE aus dem Dissertationsfach;</li><li>• SE zur Vorstellung des Dissertationsvorhabens;</li><li>• Stoffsammlung;</li><li>• Abfassen der Dissertation;</li></ul> |
| WiSe 2020/21 | <ul style="list-style-type: none"><li>• Zwei weitere Seminare aus dem Dissertationsfach;</li><li>• Abfassen der Dissertation;</li></ul>  |
| SoSe 2021    | <ul style="list-style-type: none"><li>• Fertigstellung und Abgabe der Dissertation;</li><li>• Defensio.</li></ul>  |

## **E. Vorläufige Literatur**

### **1. Kommentare, Monographien und Fachzeitschriftenartikel**

#### **1.1. Österreich**

*Aburumieh/Foglar-Deinhardstein*, Die verdeckte Kapitalgesellschaft - eine unendliche Geschichte, GES 2019, 3.

*Artmann/Karollus*, Kommentar zum Aktiengesetz, 6. Aufl. (Stand: 1.9.2019).

*Bauer*, Die Stille Gesellschaft als Finanzierungsinstrument (2001).

*Bauer*, Unternehmensfinanzierung durch stille Gesellschaft – heute und nach künftigem EKEG, GeS 2003, 109.

*Berger*, Stille Beteiligungen im Konkurs des Geschäftsinhabers, RdW 1996, 403.

*Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz: Kurzkommentar (2004).

*Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht<sup>4</sup> (2018).

*Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007).

*Fink*, Auswirkungen eines Insolvenzverfahrens auf die stille Gesellschaft, *Clavora/Kapp/Mohr* (Hrsg) Jahrbuch Insolvenzrecht und Sanierungsrecht 2016, 227.

*Fruhstorfer*, Beendigung von Dauerschuldverhältnissen im Konkurs durch den Vertragspartner des Gemeinschuldners, ZIK 2003, 78.

*Hochedlinger/Fuchs*, Stille Gesellschaft (2007).

*Hochedlinger* in *Artmann* (Hrsg), Unternehmensgesetzbuch: Kommentar - Band 13 (2019) zu §§ 179 bis 188 UGB.

*Höller*, Die (atypisch) stille Gesellschaft im Ausgleich des Geschäftsinhabers, *ecolex* 2003, 840.

*Koller/Lovrek/Spitzer*, IO - Insolvenzordnung (2019).

*Konecny*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen.

*Konecny*, Insolvenz-Forum 2012 (2013).

*König*, Die Anfechtung nach der Insolvenzordnung<sup>5</sup> (2014).

*König/Trenker*, Die Anfechtung nach der Insolvenzordnung<sup>6</sup> (2020).

*Konwitschka* in *Zib/Dellinger* (Hrsg), Unternehmensgesetzbuch (2016) zu §§ 179 bis 188 UGB.

*Krejci/van Husen*, Über Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften und partiarische Darlehen, *GesRZ* 2000, 54.

*Lindiger*, Über Zulässigkeit und Beendbarkeit bestimmter Genussrechte, *JBl* 2003, 724.

*Mohr* in *Konecny*, *ZIK Spezial - IRÄG 2010* (2010) Der Sanierungsplan.

*Nowotny*, Probleme des eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens, *ÖBA* 1994, 669.

*Nowotny*, Die GmbH & Co KG auf dem Weg zur Kapitalgesellschaft? *RdW* 2009, 326.

*Oberndorfer/Leitner*, Ausdehnung des Einlagenrückgewährverbots auf atypisch stille Gesellschafter? *ecolex* 2009, 956.

*Straube/V. Appl* in *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (Stand: 1.9.2019) Band I<sup>4</sup> §§ 179 bis 188 UGB.

*Told*, Kapitalmarktrechtliche Schadenersatzansprüche in der Insolvenz – Gleichzeitig ein Beitrag zur Eigen- und Fremdkapitalqualität von Genussscheinen und stillen Gesellschaften, ZFR 2014, 109.

*U. Torggler*, Kurzkomentar zum GmbHG (2014).

*Trenker*, Der atypisch stille Gesellschafter in der Insolvenz des Unternehmers, wbl 2011, 126.

*Trenker*, Nachrangigkeit kapitalmarktrechtlicher Ansprüche in der Insolvenz der emittierenden AG, ÖBA 2013, 187.

*Trenker*, Kein (materieller) Eigenkapitalcharakter einer atypisch stillen Beteiligung nach 6 Ob 204/16t, ÖBA 2018, 612.

*Trenker* in *U. Torggler*, UGB<sup>3</sup> §§ 179 bis 188 UGB.

*Reich-Rohrwig*, Stille Einlage als Eigenkapital, ecolex 1993, 21.

*Reisch*, Welche Gesellschaften erfasst das Eigenkapitalersatz-Gesetz, ecolex 2002, 320.

*Rüffler/Aburumrieh/Lind*, Kapitalerhaltung bei Nicht-Kapitalgesellschaften, in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung (2016).

*Schopper/Vogt*, Eigenkapitalersatzgesetz (2004).

*Schumacher*, Die Einlage des stillen Gesellschafters in der Überschuldungsprüfung, ZIK 1995, 141.

*Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht (2004).

## **1.2. Deutschland**

*Fleischer/Goette*, Münchener Kommentar zum GmbHG<sup>3</sup> (2018).

*Gundlach/Frenzel/N. Schmidt*, Der Auseinandersetzungsanspruch des stillen Gesellschafters in der Insolvenz des Unternehmensträgers – zugleich ein Beitrag zu § 84 InsO, ZIP 2006, 501.

*Haas/Vogel*, Der atypisch stille Gesellschafter als nachrangiger Insolvenzgläubiger, NZI 2012, 875.

*Renner*, Die Stellung des atypisch stillen Gesellschafters in der Insolvenz des Geschäftsinhabers, ZIP 2002, 1430.

*K. Schmidt*, Die Kreditfunktion der stillen Einlage, ZHR 1976, 475.

*K. Schmidt*, Das Vollstreckungs- und Insolvenzrecht der Stillen Gesellschaft, KTS 1977, 1.

*K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht: Atypisch stiller Gesellschafter als nachrangiger Insolvenzgläubiger, JuS 2012, 1131.

*K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht: Stille Einlage eines (mittelbaren) Alleingesellschafters als Quasi-Gesellschafterdarlehen, JuS 2018, 389.

*K. Schmidt*, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch<sup>4</sup> (2019).



## **2. Judikatur**

### **2.1. Österreich**

OGH 21.12.1995, 8 Ob 7/95.

OGH 08.02.1996, 8 Ob 39/95.

OGH 11.01.2005, 10 Ob 73/04i.

OGH 29.05.2008, 2 Ob 225/07p.

OGH 30.4.2012, 9 Ob 58/11m.

OGH 15.12.2014, 6 Ob 14/14y.

OGH 26.09.2017, 6 Ob 204/16t (sowie die dazu zahlreich bestehenden Glossen und Anmerkungen).

### **2.2. Deutschland**

BGH 17.12.1984, II ZR 36/84.

BGH 28.06.2012, IX ZR 191/11.

BGH 16.05.2017, II ZR 284/15.

BGH 23.01.2018, II ZR 246/15.

## **F. Vorläufige Gliederung (Inhaltsverzeichnis)**

Einzelne Punkte und Kapitel können aufgrund des uU einzuschränkenden Umfangs auch zur Gänze wegfallen oder abgeändert werden, davon betroffen wäre insbesondere das Kapitel V., welches einer abgesonderten Behandlung (im Vergleich zum hier sonst zu behandelnden Themenkomplex) bzw einer Miteinbeziehung in eine Monographie am ehesten zugänglich wäre. Eine andere Ordnung der Gliederung ist ebenfalls möglich, insbesondere hinsichtlich der Unterpunkte. Darüber hinaus können und werden zum Zweck der besseren Übersichtlichkeit vereinzelt noch mehrere Unterpunkte geschaffen werden.

## **I. Die stille Gesellschaft**

### **A. Allgemeines, gesetzliche Grundlagen und Zwecke**

### **B. Das Wesen der stillen Gesellschaft**

#### **1. Wesensmerkmale**

##### **1.1. Die typische Ausgestaltung**

###### 1.1.1. Hauptleistungspflichten

- a. Die Einlageleistung
- b. Gewinnteilnahme
- c. Betriebspflicht

###### 1.1.2. Nebenleistungspflichten

##### **1.2. Die atypische Ausgestaltung**

###### 1.2.1. Geschäftsführungsbefugnisse

###### 1.2.2. Beteiligung am Gesellschaftsvermögen/Unternehmenswert

###### 1.2.3. Die mehrgliedrige stille Gesellschaft

#### **2. Die Rechtsnatur der stillen Gesellschaft**

##### **2.1. Als echte Gesellschaft**

##### **2.2. Als Innengesellschaft**

##### **2.3. Zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft**

#### **3. Die Gründung der stillen Gesellschaft**

##### **3.1. Die Vertragsparteien**

##### **3.2. Der Gesellschaftsvertrag**

#### **4. Stille Gesellschaften und die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft**

##### **4.1. Anwendungsbereich und Rechtsfolgen bei der stG**

##### **4.2. Analoge Anwendung des EKEG**

###### 4.2.1. Gläubigerschutzerwägungen

###### 4.2.2. Rechtsfolgen

### **C. Abgrenzung von ähnlichen Rechtsinstituten**

#### **1. GesbR**

#### **2. Partiarische Darlehen**

3. **Genussrechte**
4. **KG**

## **II. Die stille Gesellschaft in der Krise**

### **A. Behandlung des Stillen in der Unternehmenskrise**

#### **1. Allgemeines zum Eigenkapitalersatzrecht**

#### **2. Erfassung des stillen Gesellschafters**

##### **2.1. Erfasste stille Gesellschafter**

2.1.1. Gesplittete Einlage (§ 10 Abs 1 EKEG)

2.1.2. Kommanditistenstellung: Mitverwaltung und Vermögensbeteiligung

2.1.3. Beherrschender Einfluss

##### **2.2. Nicht erfasste stille Gesellschafter**

##### **2.3. Sonderfälle**

2.3.1. Erhöhung der Einlage in der Krise

2.3.2. Darlehen des stillen Gesellschafters

#### **3. Rechtsfolgen (§ 14 EKEG, § 57a IO)**

### **B. Behandlung von „Alt-Beteiligungen“**

#### **1. Begründung vor Einführung des EKEG**

#### **2. Anwendung des EKEG?**

#### **3. Rechtsprechung zum Eigenkapitalersatz bei stillen Gesellschaften**

### **C. (Keine) Anwendung des § 10 EKEG auf kapitalmarktrechtliche Finanzierungsinstrumente**

## **III. Die stille Einlage zwischen Fremd- und Eigenkapital**

### **A. Eigen- und Fremdkapital, Funktionen, Gläubigerschutz**

### **B. Fremdkapital als gesetzliche Grundkonzeption**

### **C. Die Qualifikation der stillen Beteiligung als Eigenkapital**

#### **1. Die Eigenkapitaldiskussion im Überblick**

#### **2. Die Stellung eines Kommanditisten einer GmbH & Co KG**

2.1. Gefestigte Rechtsprechung

2.2. Erforderlicher Gläubigerschutz

2.3. (Keine) Übertragbarkeit auf die atypisch stille Gesellschaft

#### **3. Rechtsprechung zur stillen Gesellschaft**

3.1. Die Ältere Rechtsprechung

3.2. Mitunternehmerschaft als Abgrenzungsmerkmal

- 3.3. Die neue Rechtsprechung
- 3.4. OGH 6 Ob 204/16t
  - 3.4.1. Judikaturwende oder Präzisierung?
  - 3.4.2. Einführung des EKEG 2004
  - 3.4.3. Derogation der Vorjudikatur
    - a. Keine abschließende Beurteilung durch den OGH
    - b. Parteienvereinbarung als unklares Abgrenzungsmerkmal
- 4. **Änderung der Rechtslage durch Einführung des EKEG (2004)**
  - 4.1. Die gesetzgeberische Wertung
  - 4.2. Die Voraussetzungen des § 10 Abs 2 EKEG als Mindestschwellen
    - 4.2.1. Mindestbeteiligung und Kommanditistenstellung
    - 4.2.2. Beherrschender Einfluss
- 5. **Umgehungsschutz**
  - 5.1. Firmenbuch als Gläubigerschutz-Grundpfeiler
  - 5.2. Umgehungsschutz als notwendige Begründung für Eigenkapital?
- 6. **Zur deutschen Rechtslage**
  - 6.1. Vergleichbarkeit mit der Österreichischen Rechtslage
  - 6.2. Voraussetzungen für Eigenkapitaleigenschaft nach BGH
  - 6.3. Zur notwendigen Gleichstellung mit einem Gesellschafter der Inhaberin
    - 6.3.1. In der KG
    - 6.3.2. In der GmbH
  - 6.4. Darstellende Zusammenfassung der deutschen Literaturstimmen
- 7. **Eigenkapital durch Parteienvereinbarung**
  - 7.1. Die Bedeutung von KFS/RL 13
  - 7.2. Nachrangigkeit in der Insolvenz als wesentliche Voraussetzung
    - 7.2.1. Durch vereinbarte Nachrangigkeit nach § 57a IO
    - 7.2.2. Durch qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarung nach § 67 Abs 3 IO
    - 7.2.3. Zulässigkeit der Vereinbarung in Vertragsformblättern/AGB
    - 7.2.4. Ergebnis – Schranken für Eigenkapitalqualität
  - 7.3. Langfristigkeit
    - 7.3.1. Kein befristetes Eigenkapital
    - 7.3.2. Unbefristet oder konkrete Dauer
  - 7.4. Erfolgsabhängigkeit
  - 7.5. Gleichstellung mit anderen Gesellschaftern
- 8. **Ergebnis und Zusammenfassung**
  - 8.1. Kumulative Beteiligung am Vermögen und an der Entscheidungsfindung

- 8.2. Differenzierung nach der Gesellschaftsform des Inhabers
- 8.3. Übernahme der BGH-Rsp ins österreichische Recht?
- 8.4. Wertmäßige Mindestbeteiligung oder beherrschender als Unterschied zur deutschen Rechtslage
- 8.5. Zusammenfassung aller Voraussetzungen
- D. Eigenkapital eines stillen Gesellschafters de lege ferenda**
- E. Gesellschaftsrechtliche Folgen**
- 1. **Die gesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsvorschriften**
- 2. **Mitwirkungsrechte als besondere Voraussetzung?**

#### **IV. Die stille Gesellschaft in der Insolvenz**

- A. Die Auflösung der stG bei Insolvenz eines Gesellschafters**
- 1. **Eröffnung des Insolvenzverfahrens**
  - 1.1. Inhaber des Unternehmens oder Vermögens
  - 1.2. Stiller Gesellschafter
- 2. **Eröffnung des Sanierungsverfahrens gem §§ 166 ff IO**
  - 2.1. Inhaber des Unternehmens oder Vermögens
  - 2.2. Stiller Gesellschafter
- 3. **Schuldenregulierungsverfahren**
- 4. **Vereinbarung der Auflösung im Insolvenzfall**
- 5. **Außerordentliche Kündigung bei Insolvenz**
  - 5.1. Typische vs atypische Ausgestaltung
  - 5.2. Anwendung des § 25a IO per analogiam
- B. Die Insolvenz des Inhabers**
- 1. **Verhinderung der Antragspflicht durch Rangrücktrittserklärung**
  - 1.1. Allgemeines
  - 1.2. Nachrangigkeitsabrede/Rangrücktrittserklärung des stillen Gesellschafters im Lichte des § 67 Abs 3 IO
    - 1.2.1. OGH 30.4.2012, 9 Ob 58/11m
    - 1.2.2. Notwendige inhaltliche Ausgestaltung
    - 1.2.3. Zulässigkeit der Nachrangigkeitsabrede in Vertragsformblättern/AGB
- 2. **Insolvenzrechtliche Qualifikation der Forderungen des Stillen**
  - 2.1. Grundfall: Insolvenzforderung (§ 187 UGB)
    - 2.1.1. Fremdkapital und Insolvenzforderung als gesetzliche Grundkonzeption
    - 2.1.2. Der Abfindungsanspruch des Stillen
    - 2.1.3. Besserstellung bei noch nicht geleisteter Einlage (nach/vor Fälligkeit)

- 2.1.4. Die Teilnahme mit einer Insolvenzforderung §§ 51 ff IO
- 2.2.** Atypische Ausgestaltung alleine als unzureichendes Ausschlusskriterium
  - 2.2.1. Atypische Ausgestaltung ohne Eigenkapitalcharakter aber als Mitunternehmerschaft
  - 2.2.2. Steuerliche Mitunternehmerschaft als ungeeigneter Anknüpfungspunkt
- 2.3.** Nachrangigkeit gem § 57a IO
  - 2.3.1. Einlage als eigenkapitalersetzende Leistung iSd § 10 Abs 2 EKEG
  - 2.3.2. Nachrangigkeit kraft Parteiwillen (einfacher Rangrücktritt)
  - 2.3.3. Bei wirtschaftlicher Ähnlichkeit mit einem Gesellschafterdarlehen
  - 2.3.4. Aufrechterhaltung der älteren Rsp zu eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen?
  - 2.3.5. (Keine) Nachrangigkeit kraft steuerlicher Mitunternehmerschaft
  - 2.3.6. Rechtsfolgen des § 57a IO
  - 2.3.7. Durchsetzung im Insolvenzverfahren
- 2.4.** Gänzlicher Ausschluss vom Insolvenzverfahren als Eigenkapitalgeber
  - 2.4.1. Ausschluss und wirtschaftliche Folgen
  - 2.4.2. Schlechterstellung als Gesellschafter des Inhabers
  - 2.4.3. Notwendige teleologische Reduktion des § 185 Abs 2 UGB?
- 2.5.** Kapitalmarktrechtliche Finanzierungsinstrumente in der Insolvenz
  - 2.5.1. OGH 21.5.2013, 1 Ob 34/13a
  - 2.5.2. Nachrangigkeit kraft Eigenkapitalqualifikation oder gänzlicher Ausschluss?
  - 2.5.3. Nachrangigkeit kraft Parteienabrede
  - 2.5.4. Anwendbarkeit auf stG
- 2.6.** Kein sondergesetzlicher Ausschluss vom Insolvenzverfahren (BetFG)
- 2.7.** Insolvenzfeste Sicherung der Einlage / vorzugsweise Befriedigung
  - 2.7.1. Ab- und Aussonderungsrecht
  - 2.7.2. Pfandrecht
  - 2.7.3. Bürgschaft
- 2.8.** Masseforderungen des stillen Gesellschafters
- 2.9.** Anwendung der Forderungsqualifikation auf Genussrechte und andere kapitalmarktrechtliche Ansprüche
- 3. Forderungen des Inhabers gegen den Stillen**
  - 3.1.** Leistung einer rückständigen Einlage gem § 187 Abs 2 UGB
    - 3.1.1. Normzweck
    - 3.1.2. Zwingender Inhalt
  - 3.2.** Leistungsverweigerungsrecht bei noch nicht geleisteter Einlage
    - 3.2.1. Verschlechterung der finanziellen Lage des Inhabers

3.2.2. § 25a Abs 2 IO per analogiam?

- a. Bei typischer stG
- b. Bei atypischer stG

### **3.3. Die Zahlung einer rückständigen Einlage**

3.3.1. Grundfall: Erforderlichkeit zur Verlustabdeckung

3.3.2. Begrenzung mit der Höhe der Verlustbeteiligung

3.3.3. Besserstellung bei noch nicht geleisteter Einlage und Verlostauschluss

3.3.4. Leistung in Geld

3.3.5. Atypische stG und teleologische Reduktion?

3.3.6. Gläubigerbefriedigung durch den atypischen stillen Eigenkapitalgeber

### **3.4. Durchsetzung durch Insolvenzverwalter**

## **4. Die Sanierung im Rahmen der Insolvenz**

### **4.1. Sanierungsplan oder Sanierungsverfahren**

4.1.1. Allgemeines, jeweiliger Anwendungsbereich

4.1.2. Unterschiede

4.1.3. (Keine) Auflösung der stG

### **4.2. Außerordentliche Kündigung?**

4.2.1. Grundsatz: Keine Kündigung nach § 25a IO

4.2.2. Ausnahme bei noch nicht einbezahlter Einlage

### **4.3. Umfang der Partizipation des stillen Gesellschafters**

4.3.1. Quotenmäßige Reduktion des Rückzahlungsanspruches bei Sanierungsplanbestätigung

4.3.2. Partizipation am Sanierungsgewinn

a. Allgemeines zum Sanierungsgewinn

b. Die betriebliche Verursachung

4.3.3. Teilnahme am Sanierungsverfahren (bedingte Insolvenzforderung nach § 16 IO)

## **C. Die Insolvenz des Stillen**

### **1. Forderungen des Inhabers**

### **2. Exkurs: Abfindungsklauseln**

2.1. Ausgestaltungen in der Praxis

2.2. Zulässigkeit

2.2.1. In der Insolvenz des Geschäftsinhabers

2.2.2. In der Insolvenz des stillen Gesellschafters

2.3. Rechtsfolgen bei Unzulässigkeit

### **3. Forderungen des insolventen stillen Gesellschafters**

## **D. Weitere relevante Normen der IO**

1. **Ab- und Aussonderungsrechte (§ 12b IO)**
2. **Eigenkapital ersetzende Gesellschaftersicherheiten (§ 18a IO)**

**E. Exkurs: Abfindungsklauseln bei der stG in der Insolvenz**

1. **Ausgestaltungen in der Praxis**
2. **Zulässigkeit**
  - 2.1. In der Insolvenz des Geschäftsinhabers
  - 2.2. In der Insolvenz des stillen Gesellschafters
3. **Rechtsfolgen bei Unzulässigkeit**

**V. Anfechtung bei Insolvenz in der stillen Gesellschaft**

**A. Allgemeine Regelung nach den §§ 27 ff IO**

1. **Anfechtbare Handlungen**
2. **Anfechtungsberechtigte**
3. **Rechtsfolgen**

**B. Besondere Vorschrift des § 188 UGB**

1. **Allgemeines**
  - 1.1. Normzweck, Entstehungsgeschichte
  - 1.2. Lex specialis zur IO
  - 1.3. Subsidiäre Anwendung auch des Anfechtungsrechts der IO
2. **Anwendungsbereich**
  - 2.1. Anfechtbare Handlungen
  - 2.2. Analogie bei einseitiger oder (bilateral) vereinbarter Auflösung von Geschäftsführungsbefugnissen oder Unternehmenswertbeteiligung des Stillen
    - 2.2.1. Umwandlung einer atypischen in eine typische stG
    - 2.2.2. Umwandlung einer nachrangigen oder ausgeschlossenen Forderung in eine Insolvenzforderung
  - 2.3. Ausschluss der Anfechtung (§ 188 Abs 2 UGB)

**C. Anwendungskonstellationen der §§ 27 ff IO bei der stG**

- 1.1. § 28 IO (wegen Benachteiligungsabsicht): Vereinbarte Auflösung von Geschäftsführungsbefugnissen des Stillen
- 1.2. § 29 IO (Anfechtung unentgeltlicher und ihnen gleichgestellter Verfügungen): schenkungsweise Einbuchung der Einlage
- 1.3. §§ 30 f IO (Anfechtung wegen Begünstigung, wegen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit)

**D. Ergebnis (Verhältnis der Normen zueinander)**

1. **Wahl der Falschen Rechtsgrundlage?**
2. **Geltendmachung (§ 43 IO)**



3. **Rechtsfolgen**
- E. **Anwendbarkeit auf Genussrechte?**
  1. **Normzweck**
  2. **Ähnlichkeit und Abgrenzung**
  3. **Ergebnis**

## **VI. Conclusio**

- A. **Zusammenfassung der Fremd- und Eigenkapitalqualifikation**
  1. **Eigenkapitalersatzrecht**
  2. **Voraussetzungen**
  3. **Gesellschaftsrechtliche Folgen**
- B. **Zusammenfassung der Stellung von stillem Gesellschafter und Inhaber in der Insolvenz**
- C. **Ausblick: de lege ferenda**