

| | |
|---------------------------|---|
| Anmerkung zu: | BGH 2. Zivilsenat, Urteil vom 18.09.2012 - II ZR 50/11 |
| Autor: | Dr. Martin Heckelmann, LL.M., RA und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht |
| Erscheinungsdatum: | 26.03.2013 |
| Quelle: |  |
| Normen: | § 125 BGB, § 292 AktG, § 294 AktG, § 516 BGB, § 518 BGB ... mehr |
| Fundstelle: | jurisPR-HaGesR 3/2013 Anm. 5 |
| Herausgeber: | Dr. Jörn-Christian Schulze, RA und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht |
| Zitiervorschlag: | Heckelmann, jurisPR-HaGesR 3/2013 Anm. 5 |

Freiwillige Leistungen an stille Gesellschafter

Leitsätze

- 1. Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen an einzelne Gesellschafter, die im Hinblick auf die Mitgliedschaft erfolgen, beruhen regelmäßig auch dann, wenn im Leistungszeitpunkt keine rechtliche Verpflichtung zur Erbringung der Leistung besteht, auf der gesellschaftsvertraglich verabredeten gemeinsamen Zweckverfolgung, an deren Erfolg der Gesellschafter teilhaben soll; auch bei einer stillen Gesellschaft steht der im Gesellschaftsverhältnis wurzelnde Zweck einer solchen Leistung der Annahme einer unentgeltlichen Zuwendung i.S.d. § 516 Abs. 1 BGB ebenso entgegen wie bei entsprechenden freiwilligen Leistungen des Gesellschafters an die Gesellschaft.**
- 2. Eine Änderung eines Unternehmensvertrags i.S.d. § 295 AktG ist gegeben, wenn durch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung inhaltlich auf die nach der bisherigen Vertragslage bestehenden Rechte und Pflichten der Parteien eingewirkt wird, ohne dass zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen zu unterscheiden ist.**

A. Problemstellung

Auch nach vollständiger Erbringung der in der Satzung versprochenen Einlagen benötigen die meisten Gesellschaften im Laufe der Zeit frische Mittel. Wo eine Finanzierung durch Fremdkapital nicht möglich oder sinnvoll ist, werden die Gesellschaften regelmäßig von ihren Gesellschaftern mit Liquidität, Rangrücktrittserklärungen und anderen Mitteln unterstützt. Umgekehrt nehmen Gesellschaften mitunter auch ohne Verpflichtung Ausschüttungen vor, etwa weil die Mittel nicht mehr benötigt werden oder weil die Gesellschaft langfristig die Beziehung zu ihren Eigenkapitalgebern festigen will.

In der Praxis wird aus praktischen, steuerlichen oder sonstigen Gründen meist auf eine Änderung der Satzung verzichtet. Dann stellt sich die Frage, ob die Leistungen zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern unentgeltlich erbracht wurden und somit den Formerfordernissen des Schenkungsrechts unterliegen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Am Rechtsvorgänger der heutigen HSH Nordbank AG hatten sich mehrere Sparkassen im Wege einer stillen Gesellschaft beteiligt, darunter auch die klagende Landessparkasse Oldenburg. Wie üblich war die Gewinnbeteiligung für den Fall eines Jahresfehlbetrags ausgeschlossen. Der Vertrag über die stille Gesellschaft war wie die übrigen 123 stillen Beteiligungen als Teilgewinnabführungsvertrag im Handelsregister eingetragen.

Obwohl die HSH Nordbank das Geschäftsjahr 2008 mit einem Verlust abschloss, entschied die Bank, eine Dividende auf nahezu sämtliche Beteiligungen zu zahlen. Hintergrund war die Befürchtung eines erheblichen Reputationsverlustes, der angesichts der damaligen Finanzmarktkrise unmittelbar existenzbedrohende Bedeutung erlangen könnte. Weiter befürchtete man, dass ohne die Sonderzahlung die Bereitschaft der stillen Gesellschafter sinken könnte, die Bank im Bedarfsfalle mit weiterer Liquidität zu versorgen. Ende 2008 ermächtigte daher die Hauptversammlung den Vorstand der HSH Nordbank, die Sonderzahlungen vorzunehmen und mit den stillen Gesellschaftern Verträge über das Unterbleiben einer Verlustzuweisung zu schließen. Daraufhin bestätigte die HSH Nordbank der Klägerin dieses Vorgehen per Brief und schloss mit ihr besagten Vertrag betreffend das Ausbleiben der Verlustzuweisung; über die Sonderzahlung selbst verlor der Vertrag kein Wort. Anschließend stimmte die Hauptversammlung der HSH Nordbank dem Vertrag zu und er wurde in das Handelsregister eingetragen. In den folgenden Monaten äußerte die Europäische Kommission beihilferechtliche Zweifel am Vorgehen der HSH Nordbank. Diese teilte schließlich der Klägerin mit, dass sie die geplante Sonderzahlung aus diesem Grunde nicht erbringen werde.

Die Zahlungsklage der Landessparkasse Oldenburg hatte keinen Erfolg. Der BGH erkennt zwar eine Einigung über die Vornahme einer Sonderzahlung an. Diese Vereinbarung sei jedoch formunwirksam gemäß § 125 Satz 1 BGB. Denn als Änderung des ursprünglichen Vertrags über die stille Gesellschaft sei auch die Zahlungsabrede Teilgewinnabführungsvertrag i.S.v. § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG. Dieser hätte folglich gemäß den §§ 295 Abs. 1 Satz 2, 293 Abs. 3 AktG schriftlich abgeschlossen und außerdem gemäß den §§ 295 Abs. 1 Satz 2, 294 Abs. 2 AktG in das Handelsregister eingetragen werden müssen. Beides war nicht geschehen.

Entgegen der Vorinstanz wendet der BGH nicht die Formvorschrift des § 518 Abs. 1 BGB an. Denn bei der versprochenen Sonderzahlung handele es sich nicht um eine Schenkung. Die von § 516 Abs. 1 vorausgesetzte Unentgeltlichkeit könne nicht schon deshalb angenommen werden, weil die stillen Gesellschafter keine unmittelbaren Gegenleistungen erbringen. Vielmehr beruhten Zuwendungen der Gesellschaft an ihre Gesellschafter auf der gemeinsamen Zweckverfolgung, an deren Erfolg die Gesellschafter teilhaben sollen.

C. Kontext der Entscheidung

In den entscheidungserheblichen Punkten stützt sich der BGH auf seine bestehende Rechtsprechung, etwa indem er stille Beteiligungen als Teilgewinnabführungsvertrag charakterisiert (BGH, Urt. v. 21.07.2003 - II ZR 109/02 Rn. 9; BGH, Urt. v. 08.05.2006 - II ZR 123/05 Rn. 20; ebenso die herrschende Lehre, vgl. Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 292 Rn. 15; Veil in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 292 Rn. 21). Gleiches gilt für die Position, dass auch konkludente Vertragsanpassungen als Änderung i.S.v. § 295 AktG gelten, die gemäß § 293 Abs. 4 AktG der Schriftform bedürfen (Emmerich in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, § 295 Rn. 9; Hüffer, AktG, § 295 Rn. 4; Veil in: Spindler/Stilz, AktG, § 295 Rn. 13). Ferner kommt es aus Gründen der Rechtssicherheit nicht darauf an, ob die Änderungen wesentlich oder unwesentlich sind (BFH, Beschl. v. 22.10.2008 - I R 66/07 Rn. 18 - BFHE 223, 162; Emmerich in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 295 Rn. 6; Hüffer, AktG, § 295 Rn. 3; Veil in: Spindler/Stilz, AktG, § 295 Rn. 3).

Damit war der Fall an sich schon entschieden. Der BGH ergreift jedoch die Gelegenheit, eine Lücke in seiner Rechtsprechung über die Leistung *societas causa* zu schließen. So hat sich der BGH nämlich bislang noch nicht zum Rechtsgrund von Leistungen der Gesellschaft an die Gesellschafter geäußert.

Der umgekehrte Fall – die Erbringung von Leistungen von Gesellschaftern an die Gesellschaft – ist bereits entschieden. Denn nach der Rechtsprechung des BGH ist die Anwendung von Schenkungsregeln ausgeschlossen, wenn ein Gesellschafter ohne entsprechende gesetzliche oder gesellschaftsvertragliche Pflicht eine Leistung an die Gesellschaft im Hinblick auf seine Mitgliedschaft (*causa societatis*) erbringt oder eine solche zusagt (BGH, Urt. v. 08.05.2006 - II ZR 94/05 Rn. 11; BGH, Urt. v. 14.01.2008 - II ZR 245/06 Rn. 17; ebenso Grunewald, NZG 2011, 613, 616). Die Mitgliedschaft stehe regelmäßig im Vordergrund, weil sich der Gesellschafter von der Leistung eine Stärkung der Gesellschaft und damit zumindest mittelbar eine Verbesserung seiner Vermögenslage oder auch nur immaterielle Vorteile verspricht (BGH, Urt. v. 08.05.2006 - II ZR 94/05 Rn. 12; BGH, Urt. v. 14.01.2008 - II ZR 245/06 Rn. 17). Praxisbeispiele solcher freiwilliger und doch nicht unentgeltlicher Zuwendungen im Gesellschaftsrecht sind etwa der Schuldenerlass im Zusammenhang mit einer Sanierung, die Verlustanteilerhöhung eines Gesellschafters, Gesellschafterzuwendungen zur Abwendung einer Unterbilanz, die nachträgliche Übernahme der Gründungskosten durch die Gründer oder Übernahme des Verlustes einer Tochtergesellschaft durch ihr Mutterunternehmen (Wimmer-Leonhardt in: Staudinger, BGB, 2005, § 516 Rn. 158).

Nun entscheidet der BGH, dass auch die Leistung einer Gesellschaft an ihre Gesellschafter selbst bei fehlender Erbringungspflicht oder Gegenleistung nicht unentgeltlich ist, wenn sie auf der Verfolgung des gemeinsamen Zwecks beruht. Letzteres sei in der Regel anzunehmen.

An dieser Sichtweise kann man seine Zweifel haben. Denn während bei der Leistung an die Gesellschaft die Förderung des gemeinsamen Zwecks auf der Hand liegt, erscheint es zunächst einmal befremdlich, weshalb eine Verminderung der Ressourcen der Gesellschaft dem gemeinsamen Zweck dienen soll. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der – von dem in vielfältiger Ausprägung erscheinende Unternehmensgegenstand zu unterscheidende – Gesellschaftszweck jedenfalls bei gewerblichen Unternehmen in der Erzielung von Gewinnen liegt. Sofern die jeweils anwendbaren Kapitalschutzvorschriften beachtet werden, ist nichts dagegen einzuwenden, dass die Auskehrung von Mitteln an Gesellschafter *societatis causa* vorgenommen wird.

Dass keine Unentgeltlichkeit vorliegt, lässt sich im Übrigen auch mit dem Sinn und Zweck des Schenkungsrechts begründen (Grunewald, NZG 2011, 613, 614 f.). Denn die §§ 516 ff. BGB belohnen Altruismus, indem sie den Schenker in besonderer Weise schützen. Wenn aber wie hier eine Gesellschaft eine Leistung mit dem Ziel erbringt, dass potentielle Finanzierer dem Unternehmen gewogen bleiben, ist ein für altruistisch Handelnde gedachter Schutz nicht angebracht (Grunewald, NZG 2011, 613, 614). Dem BGH ist daher in seiner Sichtweise auf die Formvorschrift des § 518 Abs. 1 BGB beizupflichten.

Nebenbei stellt der BGH klar, dass die Grundsätze der Leistung *societatis causa* auch auf die stille Gesellschaft Anwendung finden.

D. Auswirkungen für die Praxis

Nach der Rechtsprechung des BGH ist kaum noch eine Leistung im Verhältnis zwischen einer Gesellschaft und ihren Gesellschaftern vorstellbar, auf die das Formerfordernis des § 518 Abs. 1 BGB Anwendung findet. Umso größere Bedeutung haben jedoch – jedenfalls bei Beteiligung einer AG oder KGaA – die §§ 293, 295 AktG. Die Rechtspraxis sollte eine einvernehmliche inhaltliche Abweichung von einem Unternehmensvertrag immer als formbedürftige Vertragsänderung ansehen und die erforderlichen Schritte einleiten (Derlin/Menge, GWR 2013, 43). Der hiesige Fall zeigt,

dass die Form- und Verfahrensvorschriften auch bei einmaligen Abweichungen beachtet werden müssen. Leichter haben es die stillen Gesellschafter einer GmbH, denn ihr Vertrag ist nach wohl überwiegender Rechtsprechung mangels Anwendung von § 293 Abs. 3 AktG weder form- noch eintragungsbedürftig (OLG München, Urt. v. 17.03.2011 - 31 Wx 68/11).

Verstöße gegen diese Regeln können unangenehme Konsequenzen nach sich ziehen. Zum einen bergen Fehler in der Abfassung von Unternehmensverträgen stets die Gefahr, dass das Finanzamt die steuerliche Organschaft aberkennt und Binnenumsätze des Konzerns der Besteuerung unterwirft. Zum anderen kommt eine Haftung der Leitungsorgane in Betracht. Geben sie Gesellschaftsvermögen ohne messbare Gegenleistung her, stellt sich die Frage einer persönlichen Haftung gemäß den §§ 93, 116 AktG. Für Vorstände und Aufsichtsräte besteht daher bestenfalls ein geringer Spielraum für „wirtschaftliche Landschaftspflege“.

© juris GmbH