

III. OHG & Still: Gründung einer typisch stillen Gesellschaft

1. Einsatzmöglichkeiten, Besonderheiten, Alternativen

- 21.187 Die Vereinbarung einer stillen Gesellschaft bietet für die OHG eine alternative Finanzierungsmöglichkeit und wird häufig in sog. Mezzanine-Finanzierungen eingebunden. Die stille Beteiligung hat gerade bei Rechtsträgern, die hinsichtlich der Haftung ihrer Gesellschafter keine Beschränkung vorsehen, eine ganz besondere Bedeutung für diejenigen, die sich einerseits finanziell beteiligen wollen, gewisse Kontrollrechte erlangen möchten, aber eine Haftung vermeiden wollen. Auch diejenigen, die sog. Wagniskapital zur Verfügung stellen, bevorzugen häufig die Vereinbarung einer stillen Gesellschaft. Auch bei der OHG als Geschäftsinhaberin muss § 136 InsO im Rahmen der Beratung beachtet werden. § 135 InsO findet dagegen (aufgrund § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 Satz 1 InsO) auf die OHG nur dann Anwendung, wenn kein Gesellschafter eine natürliche Person oder eine Gesellschaft ist, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Wenn dies der Fall ist, dann gelten die zuvor (I. 1., II. 1. M 21.2, Rz. 21.72) beschriebenen Grundsätze zur Anwendung von § 135 InsO auf Beteiligungen stiller Gesellschafter. Das Formular kann für die Gründung einer typisch stillen Beteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft verwendet werden, die weitgehend dem gesetzlichen Leitbild entspricht. Dem Anwender stehen daneben unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten u.a. für die Ausgestaltung der Verlustbeteiligung des typisch stillen Gesellschafters, der Auszahlung von Gewinngutschriften und der Unternehmensnachfolge für den Tod eines Gesellschafters zur Verfügung.

2. Fallgestaltung

- 21.188 In dem dem nachfolgenden Formulierungsvorschlag zugrunde liegenden Sachverhalt beteiligt sich eine natürliche Person an einer offenen Handelsgesellschaft. Der stille Gesellschafter leistet im Rahmen der Gründung eine Bareinlage und wird im Gegenzug prozentual am Jahresergebnis beteiligt. Zur Bestimmung der Gewinn- und Verlustbeteiligung werden Gesellschafterkonten eingerichtet (Mehrkontenmodell). Die Kontroll- und Informationsrechte entsprechen den gesetzlichen Vorgaben; die Mitbestimmung des stillen Gesellschafters ist auf Grundlagengeschäfte beschränkt. Mit Beendigung der Gesellschaft erhält der stille Gesellschafter sein Auseinandersetzungsguthaben, ohne an den stillen Reserven bzw. einem Firmenwert beteiligt zu sein.

3. Wegweiser

- 21.189 **Zwingend:**
- Gründungsprotokoll bzw. Gesellschaftsvertrag über die Gründung der stillen Gesellschaft (→ M 21.7 Rz. 21.190)

Je nach Fallgestaltung zwingend:

- Notariell zu beurkundender oder schriftlicher Einbringungsvertrag (→ M 1.16, M 3.19, M 12.17, M 12.18 Rz. 1.276, 3.299, 12.167, 12.174)

Zwingend:

- Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung (→ M 21.8 Rz. 21.240)

4. Muster mit Checklisten und Anmerkungen

M 21.7 Gesellschaftsvertrag

M 21.7 Gesellschaftsvertrag

21.190

Die ... (Firma) OHG^{21.192}

vertreten durch die geschäftsführenden Gesellschafter ... (Vorname, Name)

– Geschäftsinhaberin –^{21.193}

und

Herr ... (Vorname, Name)

– stiller Gesellschafter –^{21.194}

schließen folgenden Vertrag über die Errichtung einer stillen Gesellschaft:

§ 1 Gründung der Gesellschaft

(1) Die Geschäftsinhaberin betreibt in ... (Ort) ein Handelsgewerbe^{21.195}. Die Firma ... ist im Handelsregister von ... (Ort) unter der Nr. HRA ... eingetragen. Gegenstand des Unternehmens ist^{21.196} ...

(2) An diesem Handelsgewerbe beteiligt sich Herr ... (Vorname, Name) als stiller Gesellschafter.

§ 2 Beginn und Dauer der Gesellschaft

Das Gesellschaftsverhältnis beginnt am 1.1.... (Jahr) und wird auf unbestimmte Dauer abgeschlossen [Alternative: endet am 31.12.... (Jahr)].

§ 3 Geschäftsjahr

Das Geschäftsjahr der stillen Gesellschaft entspricht dem der Geschäftsinhaberin^{21.197}.

§ 4 Einlage des stillen Gesellschafters

(1) Der stille Gesellschafter leistet eine Bareinlage^{21.198} in Höhe von Euro ...,-.

(2) Die Einlage ist fällig zum ... (Datum) und auf das Konto ... (Kontodaten) der Geschäftsinhaberin zu überweisen.

§ 5 Konten des stillen Gesellschafters

(1) Für den stillen Gesellschafter werden ein Einlagekonto, ein Verlustkonto und ein Verrechnungskonto geführt^{21.199}.

(2) Auf das Einlagekonto^{21.200} wird die Einlage des stillen Gesellschafters gebucht. Es ist fest und unverzinslich.

(3) Die entnahmefähigen Gewinnanteile und Entnahmen werden auf das Verrechnungskonto^{21.201} gebucht, ferner Zinsen sowie der sonstige Zahlungsverkehr zwischen der Geschäftsinhaberin und dem stillen Gesellschafter. Das Konto wird im Soll und Haben mit 5 % verzinst. Die Zinsen werden jeweils zum Ende des Geschäftsjahres berechnet.

§ 6 Verlustbeteiligung

(1) Auf dem Verlustkonto werden die auf den stillen Gesellschafter entfallenden Verlustanteile – [Alternative: maximal bis zur Höhe der vereinbarten Einlage] – gebucht^{21.202}.

(2) Ein Verlust begründet keine Nachschusspflicht^{21.203} des stillen Gesellschafters.

(3) Künftige Gewinne werden dem Verlustkonto solange gutgeschrieben, bis es ausgeglichen^{21.204} ist.

Heckschen | 1855

(5) Das Auseinandersetzungsguthaben ist in ... (Anzahl) gleichen Jahresraten auszuzahlen. Die erste Rate ist ... (Anzahl) Monate nach Beendigung der Gesellschaft fällig^{21.238}.

(6) Der jeweils noch ausstehende Teil des Auseinandersetzungsguthabens ist mit ... % zu verzinsen. Die jeweils aufgelaufenen Zinsen sind mit Fälligkeit der nächstfolgenden Rate fällig.

(7) Der Inhaber ist berechtigt, das Auseinandersetzungsguthaben jederzeit ganz oder teilweise vor Fälligkeit auszuzahlen.

§ 16 Schriftform^{21.239}

Änderungen des Vertrages bedürfen der Schriftform. Mündliche Nebenabreden sind unwirksam.

§ 17 Salvatorische Klausel

Sollte eine Bestimmung des Vertrages unwirksam sein oder werden, wird die Rechtswirksamkeit der übrigen Bestimmungen hiervon nicht berührt. Die unwirksame Bestimmung ist von den Gesellschaftern durch eine dem Zweck möglichst nahekommende, den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Bestimmung zu ersetzen. Entsprechendes gilt, wenn sich bei Durchführung des Vertrages eine ergänzungsbedürftige Lücke ergibt.

... (Ort), den ... (Datum)

Geschäftsführende Gesellschafter der OHG (Unterschriften)

Stiller Gesellschafter (Unterschrift)

Checkliste zu Muster M 21.7

- 21.191 ☐ **Erfordernis:** Zwingend
- ☐ **Handelnde:** Abschluss des Gesellschaftsvertrages durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter der OHG und den stillen Gesellschafter; Beteiligung nicht vertretungsberechtigter OHG-Gesellschafter ist nicht erforderlich. Aufnahme von Minderjährigen kann Beteiligung von Pfleger und Familiengericht begründen (Ergänzungspfleger § 1809 Abs. 1 Satz 1, § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1824 Abs. 2, § 181 BGB; Genehmigung § 1643, § 1852 Nr. 1 BGB).
- ☐ **Form:** Formlos; besondere Formvorschriften z.B. bei Schenkung (§ 518 Abs. 1 BGB), Grundstücksübertragungen (§ 311b Abs. 1 BGB) sind aber zu beachten

Anmerkungen zu Muster M 21.7

- 21.192 **Eintragung ins Handelsregister:** Die stille Gesellschaft wird nicht im Handelsregister eingetragen. Für die KG & (typisch) Still hat dies das OLG München (OLG München v. 8.2.2011 – 31 Wx 2/11, GmbHR 2011, 376 = GWR 2011, 214 (Heckschen)), für die GmbH & (atypisch) Still das KG (KG v. 24.3.2014 – 12 W 43/12, NZG 2014, 668) festgestellt, obwohl eine starke Ansicht in der Literatur dies im Hinblick auf die Bedeutung der Unternehmensverträge für die Struktur der Personengesellschaft und auch im Interesse außenstehender Dritter fordert (vgl. Nagel in Ebenroth/Boujong, 5. Aufl. 2024, § 105 HGB Anh. Rz. 52; Kindler in Koller/Kindler/Drüen, § 109 HGB Rz. 4a a.E.; Roth in Hopt, § 105 HGB Rz. 162; Liebscher, GmbH-Konzernrecht, 2006, Rz. 1149; Kleindiek, Strukturvielfalt im Personengesellschaftskonzern, 1971, S. 243; offen gelassen von Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Vor § 291 Rz. 11 a.E.).
- 21.193 **Handelnde:** Der Gesellschaftsvertrag ist von den zur Vertretung berechtigten Gesellschaftern der OHG (§ 124 Abs. 1 HGB) und dem stillen Gesellschafter abzuschließen. Eine Beteiligung der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter ist nicht erforderlich, weil die Einräumung einer stillen Beteiligung kein Grundlagengeschäft ist; anders bei einer atypisch stillen Gesellschaft (Wertenbruch in Westermann/Wertenbruch, Hdb. Personengesellschaften, Rz. I 328d; Roth in Hopt, § 124 HGB Rz. 29). Ist einer der Gesellschafter minderjährig, so bedarf es keiner vormundschaftlichen Genehmigung, da dies keinen Fall des § 1852 Nr. 1 BGB darstellt. Dies stellt sich anders dar, wenn die