

## BGH: Zur Haftung des atypisch stillen Gesellschafters im Außenverhältnis

BGH, Beschluss vom 1.3.2010 – II ZR 249/08

Volltext des Beschlusses: [// BB-ONLINE](#) BBL2010-1883-1

unter [www.betriebs-berater.de](http://www.betriebs-berater.de)

### LEITSATZ

Ein atypischer stiller Gesellschafter, der im Gesellschaftsvertrag hinsichtlich seiner Rechte und Pflichten einem Kommanditisten gleichgestellt ist, haftet allein deswegen noch nicht für die Verbindlichkeiten des Inhabers des Handelsgeschäfts nach §§ 128, 171 HGB; eine solche Außenhaftung erfordert einen darüber hinausgehenden besonderen Haftungsgrund.

### ZUSAMMENFASSUNG

Der Beklagte war als atypisch stiller Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft beigetreten. Ausweislich des Gesellschaftsvertrags sollte er die gleichen Rechte und Pflichten wie ein Kommanditist der Gesellschaft haben. Der Beklagte hatte zur Finanzierung der Einlage ein entsprechendes Darlehen aufgenommen. Die Darlehensvaluta sollte letztlich der Gesellschaft zugute kommen. Der Kläger nahm als Insolvenzverwalter den Beklagten auf Zahlung seiner Einlage in Anspruch, insbesondere nach § 171 HGB. In allen drei Instanzen blieb die Klage des Insolvenzverwalters erfolglos.

### PRAXISFOLGEN

1. Der BGH bestätigt in dieser Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung zur Außenhaftung des atypisch stillen Gesellschafters für Verbindlichkeiten des Inhabers des Handelsgeschäfts. Schon früh hat der BGH ausgeführt, dass eine solche grundsätzlich nicht bestehe (vgl. BGH, Urteil vom 6.11.1963 – IV ZR 32/63, BB 1964, 327). Ausnahmen hiervon seien ein Schuldbeitritt oder eine Rechtsscheinhaftung. In der Praxis sollten daher stille Gesellschafter darauf achten, dass sie trotz einer gesellschaftsvertraglichen Gleichstellung hinsichtlich der Rechte und Pflichten eines Kommanditisten nicht wie ein Kommanditist im Außenverhältnis auftreten und so eine Rechtsscheinhaftung begründen.
2. Die gesellschaftsvertragliche Regelung, dass der atypisch stille Gesellschafter die gleichen Rechte und Pflichten wie Kommanditisten habe, könne nur dahingehend verstanden werden, dass allein das Innenverhältnis der Gesellschaft betroffen ist. Ein solches Verständnis sei gerechtfertigt, da zwischen einem Beitritt als stiller Gesellschafter und einem Beitritt als Kommanditist gewählt werden kann. Eine solche Wahlmöglichkeit zeige aber auch, dass es Unterschiede in der Außenhaftung gibt, da beide Gesellschaftergruppen im Innenverhältnis gleichgestellt sind. Bei dem Entwurf des Gesellschaftsvertrags sollte daher strengstens darauf geachtet werden, inwieweit der atypisch stille Gesellschafter dem Kommanditisten gleichgestellt ist.
3. Darüber hinaus äußert sich das Gericht zu der Frage, wann der gesellschaftsvertragliche Einlagenanspruch, den der Insolvenzverwalter geltend gemacht hatte, verjährt. Der BGH stellt fest, dass der Einlagenanspruch im Falle der Gleichstellung von Kommanditist und stillem Gesellschafter bei einer Personengesellschaft nach §§ 195, 199 BGB verjähre. Für die Praxis ist bedeutsam, dass dies im Fall einer Kapitalgesellschaft anders sein kann, da der BGH in der Vergangenheit die Regeln über die Erhaltung des Eigenkapitals bei einer Kapitalgesellschaft auf einen stillen Gesellschafter für anwendbar erklärt hat. Insoweit könnten dann die speziellen Verjährungsvorschriften des GmbH- bzw. Aktienrechts Anwendung finden.

Dr. Nils Krause, LL.M., Rechtsanwalt, Solicitor (England/Wales) und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Hamburg

## BGH: Saldotheorie und Entreicherungs- einwand bei der Insolvenzanfechtung von Scheingewinnausschüttungen

BGH, Urteil vom 22.4.2010 – IX ZR 163/09

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2010-1883-2

unter [www.betriebs-berater.de](http://www.betriebs-berater.de)

### LEITSÄTZE

1. Der aus der Anfechtung der Auszahlung von Scheingewinnen resultierende Rückgewähranspruch des Insolvenzverwalters ist nicht mit den als Einlage des Anlegers erbrachten Zahlungen zu saldieren (Fortführung von BGHZ 179, 137).
2. Hat der Anfechtungsgegner aufgrund der Auszahlung von Scheingewinnen bleibende steuerliche Belastungen zu tragen, so kann er sich insoweit auf den Einwand der Entreicherung berufen.

### ZUSAMMENFASSUNG

Der Kläger ist Verwalter in dem am 1.7.2005 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der P-GmbH (Schuldnerin). Die Schuldnerin bot dem Beklagten die Möglichkeit der Teilnahme an Optionsgeschäften an, betrieb jedoch in Wahrheit ein Schneeballsystem, indem sie die Einlagen neu gewonnener Kunden überwiegend dazu verwendete, Scheingewinne an Altanleger auszuschütten. Der Beklagte trat der Anlegergemeinschaft der Schuldnerin im Jahre 1996 bei und erbrachte eine Einlage nebst Agio. Im Dezember 2001 erhielt der Beklagte eine erste Auszahlung, Ende Oktober 2002 eine weitere. Der Kläger hat beide Auszahlungen als unentgeltliche Leistungen angefochten (§ 134 I InsO). Er macht gegen den Beklagten einen Rückgewähranspruch geltend, der sich aus einer Neuberechnung des realen Kontostands des Beklagten ergibt abzüglich eines Betrages, der bereits anderweitig in einem rechtshängigen Rechtsstreit geltend gemacht wurde.

Das Berufungsgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Rückgewähranspruch des Klägers sei nach der Saldotheorie mit der Einlage zu verrechnen, so dass der Beklagte durch die Auszahlung der Scheingewinne nur insoweit ungerechtfertigt bereichert sei, als nach Abzug der Einlage ein Restbetrag verbleibe.

Der BGH folgt dem nicht. Zunächst bestätigt er jedoch seine bisherige Rechtsprechung, nach der die Auszahlung von in Schneeballsystemen erzielten Scheingewinnen durch den späteren Insolvenzverwalter als objektiv unentgeltliche Leistung gem. § 134 Abs. 1 InsO angefochten werden kann. Durchgreifende Bedenken bestünden aber gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte sei durch die Auszahlung der Scheingewinne nur insoweit bereichert, als nach Abzug seiner Einlage ein Restbetrag verbleibe. Der auf den Rückgewähranspruch anwendbare § 143 Abs. 2 Satz 1 InsO enthalte zwar die Verweisung auf die Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten Bereicherung. Die Saldotheorie sei im Insolvenzrecht jedoch nur eingeschränkt anwendbar. Ein nichtiger Vertrag dürfe im Insolvenzverfahren keine stärkere Wirkung entfalten als ein rechtsgültiger. Die Saldotheorie dürfe nicht dazu führen, dass Forderungen, die ohne Saldierungsmöglichkeit lediglich Insolvenzforderungen wären, zu Masseforderungen erhoben werden. Leistungen, die wie die ausgezahlten Scheingewinne einerseits und die Einlage des Anlegers andererseits, nicht in einem synallagmatischen Verhältnis stehen, sollen nicht durch die Saldierung in ein gegenseitiges Verhältnis gebracht werden können, welches dem anderen Teil mehr Rechte verschaffe, als ihm nach dem Insolvenzrecht zustünde.

Gegen die Möglichkeit einer Saldierung spreche zudem der insolvenzrechtliche Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung. Damit wäre es nicht zu vereinbaren, wenn (Alt-)Gläubiger, die bereits Ausschüttungen erhalten haben, ihre Einlagen mit den erhaltenen Ausschüttungen verrechnen könnten, während (Neu-)Gläubiger, die noch keine Ausschüttung erhalten haben, ihre Einlagen nur als Insolvenzgläubiger zurückverlangen könnten. Die Auszahlungen an den Beklagten seien deshalb ohne Anrechnung der Einlage zurückzugewähren. Eine Saldierung sei ausgeschlossen. Entreicherungsrechtlich berücksichtigungsfähig seien dagegen die steuerlichen Belastungen, die der Beklagte aufgrund der Gewinnausschüttungen unwiderruflich zu tragen habe.

## PRAXISFOLGEN

Der BGH bestätigt mit der vorliegenden Entscheidung seine Rechtsprechung, wonach die Auszahlung von Scheingewinnen als unentgeltliche Leistung angefochten werden kann (zuletzt BGHZ 179, 137, 140). Bisher nicht entschieden hatte der BGH, ob die Einlage des Anlegers nach § 143 Abs. 2 S. 1 InsO ein saldierungsfähiger Abzugsposten ist, welcher die Bereicherung des Anlegers infolge der ausgezahlten Scheingewinne mindert. Dies verneint der BGH und lehnt eine Saldierungsmöglichkeit des Rückgewähranspruchs mit der Forderung auf Erstattung der Einlage zu Recht ab. Die Privilegierung des gutgläubigen Empfängers einer unentgeltlichen Leistung gem. § 143 Abs. 2 S. 1 InsO durch Verweis auf den Entreichungseinwand, darf nicht dazu führen, dass Insolvenzforderungen zu Masseforderungen erhoben werden, da dies mit dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung nicht zu vereinbaren wäre. Dies entspricht auch der anfechtungsrechtlichen Systematik bei der Rückabwicklung eines angefochtenen Vertrages gem. § 144 InsO. Insofern ist anerkannt, dass bei der Rückabwicklung eines Vertrages nach erfolgreicher Anfechtung eine Saldierung der gegenseitigen Herausgabeansprüche (§ 143 InsO einerseits und § 144 Abs. 2 InsO andererseits) nicht möglich ist (vgl. *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO, 2. Aufl., § 144 Rn. 16). Allerdings besteht ein Zurückbehaltungsrecht (bzw. bei Gleichartigkeit eine Aufrechnungsmöglichkeit), wenn für den Gegenanspruch die Voraussetzungen des § 144 Abs. 2 S. 1 InsO erfüllt sind, also die Gegenleistung noch in der Masse unterscheidbar vorhanden ist oder die Masse um ihren Wert bereichert ist, nicht aber wenn die Gegenleistung gem. § 144 Abs. 2 S. 2 InsO nur als Insolvenzforderung geltend gemacht werden kann (vgl. *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO, 2. Aufl., § 144 Rn. 18). Diese Einschränkung muss auch für den (gutgläubigen) Empfänger einer unentgeltlichen Leistung gelten, wenn er dem anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruch den Einwand der Entreichung entgegenhält. Nicht zu entscheiden hatte der BGH, ob dem Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, wenn die Voraussetzungen analog § 144 Abs. 2 S. 1 InsO erfüllt sind, also die Leistung des Beklagten noch in der Masse unterscheidbar vorhanden gewesen wäre (etwa bei Erbringung einer Sacheinlage) oder die Masse um ihren Wert bereichert ist. Eine unmittelbare Anwendung des § 144 Abs. 2 S. 1 InsO scheidet aus, weil nicht der (nach Auffassung des BGH nichtige) Vertrag, sondern nur die Auszahlungen angefochten wurden. Gleichwohl spricht einiges dafür dem gutgläubigen Empfänger einer unentgeltlichen Leistung in diesem Fall analog § 144 Abs. 2 S. 1 InsO einen Anspruch auf Rückgewähr seiner Leistung zugestehen und insoweit ein Zurückbehaltungsrecht zu bejahen.

**Dr. Christoph Janssen**, RA und Assoziierter Partner bei Görg Rechtsanwälte, Köln

## // REZENSION

### Minoggio – Firmenverteidigung: das Buch eines Praktikers für die Praxis

*Dr. Ingo Minoggio: Firmenverteidigung – Die Vertretung von Unternehmensinteressen im Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren, Münster, ZAP Verlag, 2. Aufl. 2010, geb., 649 S., 78 Euro*

Siemens, Daimler, Telekom: Unternehmen stehen im Fadenkreuz wirtschaftsstrafrechtlicher Ermittlungen. Durchsuchungen, Kontensperrungen oder negative Presseberichte richten Schaden an. Auch professionelle Compliance kann hiervon nicht vollständig schützen. Praktiker wissen um die faktischen Verfahrensbelastungen und die unmittelbare Sanktionsgefahr durch nationale und europäische Geldbußen und Gewinnabschöpfungen.

Dem Wirtschaftsunternehmen muss daher eine eigene Rechtsposition zuerkannt werden, die verteidigt werden darf und muss.

Hier setzt das in erweiterter 2. Auflage 2010 erschienene Werk *Firmenverteidigung* an. Minoggio (Fachanwalt Strafrecht und Steuerrecht, langjährig als Unternehmensverteidiger und wissenschaftlich tätig) zeigt dabei effektive Verteidigungs- und Schutzinstrumente auf. Das Buch wendet sich nicht nur an den Strafverteidiger, sondern den Unternehmensjuristen, den Compliance-Officer oder externen Berater – idealerweise an das interdisziplinäre Firmenverteidigungsteam. Zentrale Bedeutung schreibt Minoggio der Koordination von Firmenverteidigung in allen strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Bereichen zu und erläutert das anhand von Praxisfällen und Standardsituationen.

Er beschreibt, wie sämtliche Strategiefäden zur Auflösung des gesamtsozialen Konflikts zusammenlaufen müssen. Pressearbeit (Litigation-PR) zur Verhinderung negativer Publizität wird ebenso dargestellt wie richtiges Verhalten bei der Firmendurchsuchung.

Minoggio gibt Praxistipps zum Schutz der Verteidigungskommunikation und dem Schweigerecht von Unternehmen und Mitarbeitern. Weitere Themen sind die Teilnahmerechte der Unternehmensverteidigung im Strafverfahren, Verteidigung gegen Vermögensabschöpfung und Kontenbeschlagnahme, die optimale Zusammenarbeit von Unternehmensführung und Beratern, das besondere Verfahren bei EG-Kartellbußen und internationalen Wirtschaftsstrafverfahren.

Kritisch setzt sich der Autor mit der unabhängigen Untersuchung nach amerikanischem SEC-Muster auseinander. Sie stellt seiner Meinung nach keineswegs ein Allheilmittel dar, kann leicht sogar Schaden verursachen.

Behandelt werden Präventivmaßnahmen gegen Strafbarkeitsrisiken, etwa Compliance-Instrumente sowie Strafrechts- und D&O-Versicherungen. Effektive Schadensrückführung (asset tracing) nach strafrechtlichen Angriffen gegen das Unternehmen wird ebenfalls erörtert, ein eigenes Kapitel ist der Strafanzeige als taktischem Mittel im Unternehmenskampf gewidmet.

Die 2. Auflage des Werkes *Firmenverteidigung* erscheint zur rechten Zeit und ist Beratern zu empfehlen, die Verantwortung für die Verteidigung der Rechtsposition des Unternehmens tragen. Die beiden, von Minoggio dabei verfolgten roten Fäden – interdisziplinäre Unternehmensverteidigung zur vollständigen Erledigung des sozialen Gesamtkonflikts und rechtsstaatlich legitime Verteidigung der Unternehmensposition auch gegen Strafverfolgungsinteressen – sollten auf jeden Fall von der Beratungspraxis umgesetzt werden.

Das Standardwerk *Firmenverteidigung* schließt zweifellos eine Lücke, das Buch eines Praktikers für die Praxis. Einen vergleichbaren Ratgeber mit Ausrichtung auf das Wirtschaftsunternehmen gibt es nicht.

**Prof. Dr. Eckhard Flohr**, RA bei Tigges Rechtsanwälte, Kitzbühel