



Sehr geehrte Damen und Herren,

mit nachfolgendem Beitrag möchte ich Sie darüber informieren, dass die Art, in der man sich ggf. als stiller Teilhaber an einer Personenhandelsgesellschaft, z. B. Kommanditgesellschaft (KG) beteiligt nicht nur unter steuerlichen Aspekten genau bedacht werden muss, sondern dass das vereinbarte Ausmaß der Informations-, Kontroll- und Vermögensrechte auch unterschiedliche Konsequenzen haben kann, wenn die Gesellschaft, an der man sich still beteiligt hat (KG) einmal in Insolvenz geht. Hier gilt: je schwächer die Stellung des Stillen, desto größer sind seine Chancen im Insolvenzfall nicht nachrangig zu gesellschaftsfremdem Dritten Gläubigern, z. B. Warenlieferanten behandelt zu werden. Oder umgekehrt: je stärker die Stellung des Stillen laut Beteiligungsvertrag ist, desto größer ist auch das Risiko mit seinen Forderungen im Insolvenzfall der Gesellschaft nachrangig zu anderen Gläubigern behandelt zu werden.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. jur. Sandro Kanzlspurger

Rechtsanwalt / Fachanwalt für Insolvenz- und Steuerrecht

## BGH: Ein atypisch stiller Gesellschafter einer GmbH & Co. KG kann mit seinen Ansprüchen als nachrangiger Insolvenzgläubiger zu behandeln sein

**1. Nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs steht der atypisch stille Gesellschafter einer GmbH & Co. KG mit seinen Ansprüchen wirtschaftlich dem Gläubiger eines Gesellschafterdarlehens insolvenzrechtlich gleich, wenn in einer Gesamtbetrachtung seine Rechtsposition nach dem Beteiligungsvertrag der eines Kommanditisten im Innenverhältnis weitgehend angenähert ist.**

**2. Der Nachrang von Ansprüchen des atypisch stillen Gesellschafters in der Insolvenz einer GmbH & Co. KG als Geschäftsinhaberin kann jedenfalls dann eintreten, wenn im Innenverhältnis das Vermögen der Geschäftsinhaberin und die Einlage des Stillen als gemeinschaftliches Vermögen behandelt werden, die Gewinnermittlung wie bei einem Kommanditisten stattfindet, die Mitwirkungsrechte des Stillen in der Kommanditgesellschaft der Beschlusskompetenz eines Kommanditisten in Grundlagenangelegenheiten zumindest in ihrer schuldrechtlichen Wirkung nahe kommen und die Informations- und Kontrollrechte des Stillen denen eines Kommanditisten nachgebildet sind.**

BGH, Urteil vom 28.06.2012 - IX ZR 191/11 (OLG Köln), BeckRS 2012, 19437

### Sachverhalt

Die Klägerin hatte sich aufgrund Vertrages vom November 2007 über die Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft mit Wirkung vom 01.01.2008 für vier Jahre an dem Handelsgewerbe der Insolvenzschuldnerin (Geschäftsinhaberin) mit einer Einlage von 750.000 EUR beteiligt. Die Einlage war mit 7 % verzinst und in festen monatlichen Beträgen von zunächst 11.973,12 EUR, später 18.305,80 EUR, in welche die Zinszahlungen eingerechnet waren, zurückgeführt worden. Von dem Jahresüberschuss nach Zinsen und Steuern hatte die Klägerin einen Gewinnanteil von 15 % erhalten sollen. Ihre Verlustbeteiligung war auf die Höhe der Einlage begrenzt. Die Grundla-

gengeschäfte der Insolvenzschuldnerin, d. h. besonders wichtige Geschäfte erfolgten gegenüber der Klägerin mit ihrer Zustimmung. Die Klägerin hatte sich vertraglich wie die Geschäftsinhaberin einer OHG von den Angelegenheiten der Geschäftsinhaberin unterrichten sowie alle Bücher, Unterlagen und Betriebsprüfungsberichte einsehen können. Die ordentliche Kündigung der Beteiligung war ausgeschlossen. Zur Sicherung des Auseinandersetzungsguthabens der Klägerin hatte die Geschäftsinhaberin ihr sämtliche Kundenforderungen abgetreten.

In § 1 Nr. 3 des Gesellschaftsvertrages vom 23.11.2007 hatte es weiter geheißen:

„Die (Name der Klägerin) ist am Ergebnis, Vermögen und an den stillen Reserven der Gesellschaft beteiligt. Das Vermögen der Gesellschaft wird unbeschadet der Tatsache, dass kein Gesamthandsvermögen besteht, im Innenverhältnis wie gemeinschaftliches Vermögen behandelt. Die Beteiligung des stillen Gesellschafters erstreckt sich insbesondere auch auf die offenen und stillen Reserven der Gesellschaft.“

Am 04.12.2008 hatte die Geschäftsinhaberin, eine GmbH & Co. KG, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen beantragt. Der spätere Beklagte war am gleichen Tage zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt worden. Die Klägerin hatte ihre stille Beteiligung gekündigt. Am 01.03.2009 hatte das Amtsgericht das Insolvenzverfahren eröffnet und den Beklagten zum Insolvenzverwalter bestellt.

Der Beklagte hatte den Standpunkt vertreten, die Ansprüche der Klägerin seien nachrangig, zur abgesonderten Befriedigung sei sie gegenüber der Insolvenzmasse nicht berechtigt. Die Klägerin hatte daraufhin Klage erhoben mit dem Antrag, ihren Anspruch auf noch 600.013,45 EUR Einlagerückgewähr nach Abzug der Tilgungen und Zinsen zur Insolvenztabelle festzustellen. Hilfsweise hatte sie im Wege der Stufenklage die Auseinandersetzung der stillen Gesellschaft und Tabellenfest-



stellung ihres Auseinandersetzungsguthabens, ferner in der Hauptsache im Wege einer weiteren Stufenklage Auskunft über den Bestand der ihr sicherungshalber abgetretenen Kundenforderungen und Zahlung einer noch zu bestimmenden Geldsumme aus der Masse bis zum Betrag der festgestellten Tabellenforderung nebst Rechtshängigkeitszinsen begehrt.

Die Klage war in beiden Tatsacheninstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision hatte die Klägerin ihr bisheriges Klageziel weiterverfolgt. Im Ergebnis ohne Erfolg.

## Rechtliche Wertung

Die Frage, um die es hier im Wesentlichen ging, war ob ein stiller Gesellschafter, der so umfangreiche Informations- und Kontrollrechte sowie Teilhabe am Vermögen einer Kommanditgesellschaft hat wie oben beschrieben im Falle der Insolvenz dieser KG wie jeder andere Gläubiger, z. B. ein Warenlieferant behandelt wird oder ob er nachrangig wie ein Gesellschafter der Kommanditgesellschaft behandelt werden muss. Der BGH führt in der o. g. Entscheidung aus, er habe zum personellen Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, welcher den Nachrang für Gesellschafterdarlehen regelt bereits bei anderer Gelegenheit darauf hingewiesen, dass von der Neuregelung auch Rechtshandlungen Dritter erfasst seien, welche der Darlehensgewährung durch einen Gesellschafter wirtschaftlich entsprechen (BGH, NZI 2011, 257).

Die Revision dringe auch nicht mit der Rüge durch, die Beteiligung der Klägerin an der Geschäftsinhaberin entspreche insbesondere wegen ihres unterentwickelten Einflusses auf die Geschäftsleitung wirtschaftlich keinem insolvenzrechtlich nachrangigen Gesellschafterdarlehen. Die atypisch stille Gesellschaft der Klägerin sei nicht mit einer GmbH eingegangen, sondern mit einer davon getrennt zu sehenden Kommanditgesellschaft (GmbH & Co. KG). Der atypisch stille Gesellschafter einer GmbH & Co. KG entspreche mit seinen Ansprüchen wirtschaftlich dem Gläubiger eines nachrangigen Gesellschafterdarlehens, wenn in einer Gesamtbetrachtung seine Stellung nach dem Beteiligungsvertrag der eines Kommanditisten im Innenverhältnis weitgehend angenähert sei.

Der Nachrang seiner Ansprüche in der Insolvenz der Geschäftsinhaberin könne danach jedenfalls dann eintreten, wenn

- im Innenverhältnis das Vermögen der Geschäftsinhaberin und die Einlage des Stillen als gemeinschaftliches Vermögen behandelt werden,
- die Gewinnermittlung wie bei einem Kommanditisten stattfinde,
- die Mitwirkungsrechte des Stillen in der GmbH & Co. KG der Beschlusskompetenz eines Kommanditisten in Grundlagenangelegenheiten jedenfalls in ihrer schuldrechtlichen Wirkung gleichkomme,
- die Informations- und Kontrollrechte des Stillen denen eines Kommanditisten nachgebildet seien.

Sämtliche Voraussetzungen seien zu bejahen:

Die Klägerin habe mit ihrer Beteiligung am Vermögen der Geschäftsinhaberin nach § 1 Nr. 3 des Vertrages vom 23.11.2007 schuldrechtlich der gesamthänderischen Vermögensbeteiligung eines Kommanditisten gleichgestanden, da

dieses Vermögen im Innenverhältnis einschließlich der offenen und stillen Reserven wie gemeinschaftliches Vermögen behandelt werden sollte. Eine dementsprechende Auseinandersetzung unter Einbeziehung des Geschäftswertes der Inhaberin und der stillen Reserven bei Beendigung der Gesellschaft sei nach § 14 des Beteiligungsvertrages vorgesehen gewesen. Demgegenüber sei der typische stille Gesellschafter bei der Auseinandersetzung nach § 235 Abs. 1 HGB nicht an den stillen Reserven des Inhabers und dessen Geschäftswert beteiligt (BGH, NJW 1995, 192).

Auch habe die Klägerin mit ihrer Gewinnbeteiligung nach § 9 des Vertrages vom 23.11.2007 infolge der ausbedungenen festen Zinsen von 7 % besser als ein Kommanditist nach dem gesetzlichen Leitbild mit der gewinnabhängigen Vorausverzinsung seines Kapitalanteils von 4 % gestanden. Die Klägerin habe sich hier vor allem in der Gewinnermittlung mit der Einbeziehung der gebildeten stillen Reserven vom typischen stillen Gesellschafter unterschieden und sei daher wirtschaftlich einem Kommanditisten gleichzustellen.

Die Mitwirkungsrechte der Klägerin in den durch § 4 Nr. 2 des Beteiligungsvertrages näher bezeichneten Grundlagenangelegenheiten haben ebenfalls weitgehend dem Umfang entsprochen, in dem innerhalb einer Kommanditgesellschaft von den Gesellschaftern zu beschließen sei. Die Klägerin könne zwar solche Beschlüsse durch ihre Stimmabgabe nicht herbeiführen oder verhindern; denn sie besäße kein Stimmrecht innerhalb der Kommanditgesellschaft. Sie könne unabhängig von Mehrheitsverhältnissen in der Kommanditgesellschaft aber nach § 4 Nr. 3 des Beteiligungsvertrages durch ihre Stellungnahme sich schuldrechtlich den Wirkungen der von ihr abgelehnten Grundlagenbeschlüsse entziehen.

Schließlich haben die Informations- und Kontrollrechte der Klägerin nach § 5 des Beteiligungsvertrages die einer Kommanditistin nach § 166 HGB übertroffen; denn sie sei nicht auf die Prüfung der Jahresabschlüsse und auf das außerordentliche Informationsrecht des § 233 Abs. 3 HGB beschränkt gewesen, vielmehr haben ihr weitergehende Rechte der § 716 BGB, § 118 HGB zugestanden.

**In der gebotenen Gesamtbetrachtung sei die Rechtsstellung der Klägerin als atypisch stille Gesellschafterin daher der einer Kommanditistin wirtschaftlich so nahe, dass ihre Forderung in der Insolvenz der Geschäftsinhaberin nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO einem Gesellschafterdarlehen im Nachrange gleichstehe.**

## Praxishinweis

Ungeachtet der Frage, ob die Beteiligung eines stillen Gesellschafters unter steuerlichen Aspekten in der Form des typischen stillen Gesellschafters mit sehr wenigen Einfluss- und Vermögensrechten oder als atypisch stiller Gesellschafter mit Rechten ähnlich einem Kommanditisten die bessere Variante ist, gibt das o. g. Urteil auch Anlass, die rechtliche und wirtschaftliche Position eines beteiligungswilligen Stillen insolvenzrechtlich zu überlegen. Sollen seine Forderungen in der Insolvenz der Geschäftsinhaberin nicht von vornherein mit dem Nachrangmakel behaftet sein, muss er sich auf die typische stille Beteiligung beschränken (in diesem Sinne auch Buck, BeckRS 2012, 19437).