

Professor Dr. H. Baumann

Übung im Handels- und Gesellschaftsrecht

1. Hausarbeit

Sommersemester 2001

Ulf Riemeier

Studiengang: Wirtschaftsingenieurwesen (Maschinenwesen)

Matrikelnummer: XXX

Sachverhalt

Nick Noise (N) ist Händler für Anwaltsbedarf. Er kauft als Einzelkaufmann vom Hersteller bzw. Großhandel und verkauft bundesweit an Anwälte und Anwaltssozietäten spezifisches Zubehör zur Bewältigung der typischen Geschäftsvorfälle. Sein Sortiment reicht von einschlägigen Formularen bis zur Spezialsoftware. Der Absatz wird durch ständige Akquisition über Inserate und Wurfsendungen sowie ein Ladengeschäft in Berlin/Wilmersdorf gefördert. N konnte sich über seine jahrelange Tätigkeit einen großen Kundenstamm aufbauen, der Absatz ist kontinuierlich gestiegen und hat vor allem durch zahlreiche Eröffnungen von Anwaltssozietäten in den neuen Bundesländern deutlich zugenommen.

Die Geschäftsräume und die Organisation des N müssen dringend dem stark gestiegenen Umsatz angepasst werden. N plant einen Umzug in größere Räume und die Eröffnung einer Niederlassung in Leipzig. Das hierfür benötigte Kapital möchte er sich über die Beteiligung eines Kapitalanlegers an seinem Gewerbe beschaffen. Mit Susanne Silenzio (S), die 300.000,- DM aus einer Erbschaft anlegen will, wird er sich handelseinig; S beteiligt sich mit einer Einlage von 300.000,- DM an dem einzelkaufmännischen Gewerbe des N, von der sie sogleich 250.000; DM einzahlt. Am Gewinn und Verlust, der sich aus der Gewinn- und Verlustrechnung ergibt, ist sie mit 10% beteiligt. Hierbei werden Erträge, die aus der Auflösung stiller Reserven entstehen, nicht berücksichtigt. S werden keinerlei Geschäftsführungsbefugnisse eingeräumt. S und N sind sich darüber einig, dass S nur ihr Geld anlegen will und nicht nach außen auftreten oder gar für Verbindlichkeiten des Unternehmens haften soll. Eine Eintragung der S im Handelsregister erfolgt nicht. N betreibt das Gewerbe weiterhin unter seiner einzelkaufmännischen Firma.

Nach dem ersten Geschäftsjahr entfällt auf S nur ein Gewinnanteil von 10.000,- DM. S ist wegen der Relation zu ihrem Kapitaleinsatz entsetzt. Eine Einsicht in die Bücher ergibt schließlich, dass die Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen, die ihr von N für den Abschluß des Vertrages über die Beteiligung vorgelegt worden waren, "geschönt" waren. N hatte sein Unternehmen speziell für die Aufnahme der S substanzstärker und ertragreicher dargestellt, als dies tatsächlich der Fall war. S will von N und einer Beteiligung an dessen Unternehmen nichts mehr wissen und erklärt den Vertrag für "null und nichtig". Zwischenzeitlich hat ein Gläubiger des Einzelkaufmanns N, der Großhändler Giesbert Gallo (G), gegen diesen wegen nicht bezahlter Warenlieferungen ein rechtskräftiges Urteil erwirkt und betreibt die Zwangsvollstreckung. Hierbei wurde die Einlageforderung des N gegen S in Höhe von 50.000; DM gerichtlich gepfändet und an G überwiesen.

G verlangt von S Zahlung der 50.000; DM. S wendet ein, die Einlageforderung existiere überhaupt nicht, da der Vertrag über ihre Beteiligung von Anfang an als nichtig anzusehen sei.

Prüfen Sie gutachtlich, ob eine wirksame Einlageforderung besteht.

1. Variante:

S hat ihre Einlage in voller Höhe sofort nach Vertragsschluss einbezahlt. Die von N vorgelegten Bilanzen waren korrekt. Bereits wenige Monate, nachdem die neuen Geschäftsräume und die Niederlassung eröffnet worden sind, geht der Absatz stark zurück, da ein Konkurrent zu Dumpingpreisen das Sortiment des N abdeckt. N kann zu diesen Preisen nicht mehr kostendeckend anbieten und gerät in Zahlungsschwierigkeiten. Noch vor Ende des Geschäftsjahres wird das Insolvenzverfahren eröffnet. Zum Insolvenzverwalter wird Kai Kasse (K) bestellt. Er errechnet ordnungsgemäß, dass am Tag der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Verlust von 2 Mio. DM aufgelaufen ist.

S möchte von dem von ihr an N aufgrund der Beteiligung gezahlten Geld möglichst viel zurückbekommen und fragt, ob und in welcher Höhe sie deswegen eine Forderung zur Insolvenztabelle anmelden darf.

2. Variante:

Wie ist der Anspruch der S zur Variante 1 zu beurteilen, wenn sie aufgrund einer Bestimmung des Vertrags über ihre Beteiligung Prokura für das Einzelkaufmännische Unternehmen des N eingeräumt bekommen hat und eigenverantwortlich für die Bereiche Finanzierung und Personal zuständig ist?

Literaturverzeichnis

Ensthaler	Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch	5. Auflage 1997
Kraft/Kreutz	Grundzüge des Gesellschaftsrechts	10. Auflage 1995
Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts	BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, PartG, Band 1	1995
Roth, Günter H.	Handels- und Gesellschaftsrecht – Das Recht des kaufmännischen Unternehmens	5. Auflage
Schmidt, Karsten	Gesellschaftsrecht	2. Auflage 1991

Gliederung

A. Ansprüche des N gegen S auf eine Einlageforderung i.H. v. 50.000,- DM aus Vertrag zwischen N und S	5
I. Willenserklärung.....	5
II. Darlehensvertrag	5
III. Gesellschaftsvertrag	5
1. Gesellschaft	5
2. Gesellschaftstypen	6
a) OHG gemäß § 105 HGB	6
a a) Gemeinschaftliche Firma nach § 105 I HGB	6
b b) unbeschränkte Gesellschafterhaftung nach § 105 I HGB	6
b) KG gemäß § 161 I HGB	6
a a) gemeinschaftliche Firma nach § 161 I HGB	6
c) stille Gesellschaft gemäß §230 HGB	6
a a) Kaufmannseigenschaft und Handelsgewerbe	6
b b) Beteiligung an einem Handelsgewerbe mit Vermögenseinlage	7
c c) Haftung	7
d d) Beteiligung an Gewinn und Verlust	7
e e) Einlage.....	8
f f) Abgrenzung zur GbR	8
IV. Rechtshindernde Einwendungen.....	9
1. Formerfordernis	9
2. Sittenwidriges Rechtsgeschäft.....	9
3. Anfechtung nach § 142 I BGB	9
a) Anfechtung nach § 123 I BGB	9
aa) Erklärung gemäß § 143 BGB	10
bb) Grund gemäß § 123 I BGB	10
aaa) Täuschung, Arglist.....	10
bbb) Widerrechtlichkeit.....	10
ccc) Kausalität zu Willenserklärung.....	11
cc) Frist gemäß § 124 BGB	11
4. Anwendbarkeit der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft	11
B. Anspruch der S gegen N als Insolvenzgläubiger gemäß § 236 I HGB	14
I. Bestehen einer stillen Gesellschaft	14
II. Insolvenzverfahren	14
III. Abgleich Einlage und Anteil am Verlust	14
IV. Ausschluss Rückforderung der Einlage	15
C. Anspruch der S gegen N als Insolvenzgläubiger gemäß § 236 I HGB	15
I. Bestehen einer stillen Gesellschaft	15
1. Außenverhältnis des stillen Gesellschafters	15
a) Prokura nach § 48 HGB	16
II. Insolvenzverfahren	17
III. Abgleich Einlage und Anteil am Verlust	17
IV. Stellung der atypischen stillen Gesellschaft im Insolvenzverfahren	17

**A. Ansprüche des N gegen S auf eine Einlageforderung
i.H. v. 50.000,- DM aus Vertrag zwischen N und S**
Für einen Anspruch aus Vertrag ist zunächst das Bestehen
und die Art des Vertrages zu prüfen.

I. Willenserklärung

Für einen wirksamen Vertrag müssen zwei
übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen.

Im Fall werden sich N und S handelseinig und schließen
einen Vertrag über die Beteiligung der S an dem
Gewerbe des N durch eine Einlage.

Es ist daher von zwei übereinstimmenden
Willenserklärungen bei dem Vertragsschluss
auszugehen.

II. Darlehensvertrag

Bei einem Darlehen kommt insbesondere das
„partiarische“ Darlehen mit ergebnisabhängigen Zinsen
in Betracht.

Jedoch stiftet dieser Vertrag keine Zweckgemeinschaft,
sondern bestehen widerstrebende Interessen.¹

Kennzeichen für das Bestehen eines „partiarischen“
Darlehens wie eine Höchstbegrenzung der
Gewinnbeteiligung, eine garantierte Mindestverzinsung,
der Ausschluss der Verlustübernahme, der Verzicht auf
Kontrollrechte liegen nicht vor.²

Somit ist der Schluss, dass ein Darlehensvertrag nicht
besteht.

III. Gesellschaftsvertrag

1. Gesellschaft

Eine Gesellschaft im weiteren Sinne liegt gemäß § 705
BGB vor, wenn sich eine Personenvereinigung bzw.
privatrechtliche Organisation der Erreichung eines
gemeinsamen Zweckes verpflichtet. Dazu ist ein
Gesellschaftsvertrag zu schließen.

Als gemeinsamer Zweck wird nach § 705 BGB die
Förderung des Handelsgewerbes verstanden.

In dem vorliegenden Fall liegt der gemeinsame Zweck in
der Förderung des Handelsgewerbes durch die
Vermögenseinlage.³

Es liegt also ein Gesellschaftsvertrag vor.

¹ BGH 09.02.1967 LM Nr.8 zu § 335 = BB 1967, 349; BFH 07.12.1983
BB 1984, 1028

² Ensthaler, § 230, Rdnr. 42

³ Ensthaler, § 230, Rdnr. 2

2. Gesellschaftstypen

Falls ein Vertrag auf die Beteiligung an einem Gewerbe abzielt, sind mehrere Gesellschaftstypen möglich.

a) OHG gemäß § 105 HGB

aa) Gemeinschaftliche Firma nach § 105 I HGB

Der Zweck einer OHG ist der Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma

Im vorliegenden Fall ist der Zweck der Gesellschaft von N und S der Betrieb des Handels mit Anwaltsbedarf. Die Geschäfte werden unter dem einzelkaufmännischen Gewerbe des N geführt.

Somit ist keine gemeinschaftliche Firma der S und des N vorhanden.

bb) unbeschränkte Gesellschafterhaftung nach § 105 I HGB

Bei einer OHG ist die Gesellschafterhaftung gegenüber den Gesellschaftergläubigern unbeschränkt. Die Gesellschafter sind also persönlich haftend.

Im Fall ist die Haftung der S auf 10% der Verluste aus der Gewinn- und Verlustrechnung beschränkt.

Es liegt daher keine unbeschränkte Haftung der S vor.

Diese beiden Kennzeichen einer OHG sind nicht gegeben. Es liegt dadurch keine OHG Gesellschaft zwischen N und S vor.

b) KG gemäß § 161 I HGB

aa) gemeinschaftliche Firma nach § 161 I HGB

Der Zweck einer KG ist der Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma.

Hier ist keine gemeinschaftliche Firma der S und des N vorhanden (siehe A.III.2.a)aa)).

Somit liegt keine Kommanditgesellschaft zwischen N und S vor.

c) stille Gesellschaft gemäß §230 HGB

aa) Kaufmannseigenschaft und Handelsgewerbe

Für den Abschluss eines Vertrages über eine stille Gesellschaft muss der Geschäftsinhaber eine kaufmännische Qualifikation gemäß §§ 1 - 6 HGB haben und ein Handelsgewerbe gemäß §1 II HGB betreiben.

Im Fall ist N ein Einzelkaufmann und hat ein einzelkaufmännisches Gewerbe.

Diese Voraussetzung ist deshalb erfüllt.

bb) Beteiligung an einem Handelsgewerbe mit Vermögenseinlage

Der stille Gesellschafter beteiligt sich mit seiner Vermögenseinlage an dem Handelsgewerbe.

Hier beteiligt sich die S mit einer Vermögenseinlage von 300.000,- DM an dem Handelsgewerbe des N.

Es liegt also eine Beteiligung an einem Handelsgewerbe mit einer Vermögenseinlage vor.

cc) Haftung

Der stille Gesellschafter haftet gemäß §230 II HGB nicht für die in dem Betrieb des Gewerbes geschlossenen Geschäfte.

Die stille Gesellschaft ist nicht nach außen rechtsfähig. Sie ist eine reine Innengesellschaft und tritt nicht im Handelsverkehr in Erscheinung.⁴

Hier ist vereinbart, dass S als stille Gesellschafterin nicht für die Verbindlichkeiten des Unternehmens haftet. Sie tritt nicht nach außen auf.

Die Haftungseinschränkung für die stille Gesellschafterin gemäß §230 II HGB ist somit erfüllt.

dd) Beteiligung an Gewinn und Verlust

Bei einer stillen Gesellschaft muß zumindest eine Gewinnbeteiligung des stillen Gesellschafters vorliegen.

Im Vertrag über die stille Gesellschaft können die Vertragspartner den Anteil des stillen Gesellschafters am Gewinn und Verlust des Gewerbes festlegen (§ 231 HGB).

⁴ RG 10.10.1933 RGZ 142, 13, 20.02.1941 RGZ 166, 160; BGH 29.10.1952 BGHZ 7, 371

Eine ergebnismäßige Risikobeteiligung ist außerdem ein Kennzeichen der stillen Gesellschaft in Abgrenzung zum „partiarischen“ Darlehen.⁵

Hier ist der Anteil der stillen Gesellschafterin S an Gewinn und Verlust durch den Vertrag auf 10% festgelegt.

Somit liegt eine Gewinn- und Verlustbeteiligung vor.

ee) Einlage

Die Einlage des stillen Gesellschafters ist durch ihn gemäß § 230 I HGB so zu leisten, dass sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäftes übergeht.

Die stille Gesellschafterin S hat also dem N als Geschäftsinhaber die vertraglich festgehaltene Einlage i.H. v. 300.000,- DM in sein Vermögen zu leisten. Die S hat im Fall bereits 250.000,- DM einbezahlt.

Demnach hat N gegen S weiterhin einen Anspruch auf 50.000,- DM gemäß § 230 I HGB.

Die Wirksamkeit des Vertrages scheitert daran jedoch nicht.

ff) Abgrenzung zur GbR

Die Abgrenzung der stillen Gesellschaft insbesondere zur Innengesellschaft bürgerlichen Rechts ist schwierig.⁶ Die Rechtsprechung verlangt jeweils eine umfassende Vertragsauslegung mit Würdigung der konkreten Umstände des einzelnen Falles.⁷ Die stille Gesellschaft wird dabei als ein Unterfall der BGB-Innengesellschaft gesehen. Die Beteiligung an einem Handelsgewerbe und die Beteiligung in Form einer Kapitaleinlage gemäß § 230 I HGB sind die qualifizierenden Merkmale, die die Anwendbarkeit der §§ 230 ff. HGB anstelle der Vorschriften des BGB begründen. In Abgrenzung zur GbR wird kein Gesellschaftsvermögen gebildet.

Hier liegt aufgrund des Sachverhaltes eine typische stille Gesellschaft vor.

Demnach besteht zwischen N und S ein Vertrag über eine stille Gesellschaft.

⁵ Ensthaler, § 230, Rdnr. 43

⁶ OLG Köln 29.05.1995 NJW-RR 1996, 27 = WM 1995, 1881

⁷ Ensthaler, § 230, Rdnr. 39

Der geschlossene Vertrag ist also wirksam.
Somit besteht aus § 230 I HGB möglicherweise eine wirksame Resteinlageforderung über 50.000,- DM.

IV. Rechtshindernde Einwendungen

1. Formerfordernis

Gemäß § 125 BGB kann für einen wirksamen Vertrag eine bestimmte Form, z.B. die Schriftform, erforderlich sein. Dies ist abhängig von der Art des Vertrages. Bei der stillen Gesellschaft gibt es bei einer Einlage in Geld keine Formerfordernisse. Davon ist bei der notariellen Beurkundung bestimmter Rechtsakte abzuweichen z.B. der Einlage von Grundstücken.⁸ Weiterhin sind die Genehmigungserfordernisse des Vormundschafts- und Pflegerechts zu beachten.⁹

Hier liegt ein Vertrag über eine stille Gesellschaft vor und es wird eine Geldeinlage vereinbart. Laut Sachverhalte ergeben sich keine Anhaltspunkte für eine Minderjährigkeit oder eine nötige notarielle Beurkundung.

Es bedarf also keiner bestimmten Form und eine Rechtshinderung liegt nicht vor.

2. Sittenwidriges Rechtsgeschäft

Nach § 138 BGB ist ein Vertrag über eine stille Gesellschaft nichtig, wenn ihr Zweck gegen die guten Sitten verstößt oder eine Übervorteilung eines Partners stattfindet.¹⁰

Im Fall ist dies bei tragenden Regelungen wie der Einlagenbewertung oder Gewinn- und Verlustteilung nicht so. Eine Rechtshinderung liegt nicht vor.

3. Anfechtung nach § 142 I BGB

S kann gegen die Forderung aus dem Vertrag über eine stille Gesellschaft die rechthindernde Einwendung der Anfechtung gemäß § 142 I BGB erheben. Dann wäre ihre Willenerklärung bezüglich des Gesellschaftsvertrages als von Anfang an als nichtig anzusehen.

a) Anfechtung nach § 123 I BGB

S kann nach § 123 I BGB den Vertrag über die stille Gesellschaft anfechten, wenn die Anfechtung von S innerhalb der Frist erklärt wurde und mit

⁸ siehe § 313 BGB

⁹ Ensthaler, § 230, Rdnr. 17

¹⁰ NJW 1974, 1201

widerrechtlicher Täuschung oder Drohung durch N begründet ist.

aa) Erklärung gemäß § 143 BGB

Die Anfechtung muss gegenüber dem Anfechtungsgegner erklärt werden.

S muss gegenüber dem Vertragspartner N als Anfechtungsgegner eine Anfechtungserklärung zu dem Vertrag über die stille Gesellschaft abgegeben haben. Dies hat sie dadurch getan, dass sie den Vertrag für "null und nichtig" erklärte, nachdem sie von der Fälschung der Bilanzen erfuhr.

Es liegt eine wirksame Anfechtungserklärung vor.

bb) Grund gemäß § 123 I BGB

Der Anfechtung des Vertrages muss nach § 123 I BGB ein Grund in einer Täuschung oder Drohung zugrundeliegen.

aaa) Täuschung, Arglist

Eine arglistige Täuschung liegt bei einer bewussten Herbeiführung eines Irrtums vor. Eine Arglist ist vorhanden, wenn bewusste Handlungen oder ein bewusstes Unterlassen von Handlungen zur Täuschung vorliegen.

Hier "schönte" N die Bilanzen sowie Gewinn- und Verlustrechnungen seines Handelsgewerbes, so dass sein Unternehmen als substanzstärker und ertragreicher erschien. Es ist davon auszugehen, dass es N an einiger Zeit bedurfte, die Fälschung der Bilanzen vorzunehmen.

Diese aktive Handlung ist demnach eine bewusste Handlung des N mit der arglistigen Absicht, die Täuschung der S herbeizuführen. N hat den Willen zur Täuschung der S.

Es liegt also eine arglistige Täuschung vor.

bbb) Widerrechtlichkeit

Bei der Erstellung von Bilanzen sowie Gewinn- und Verlustrechnungen sind die Grundsätze der ordnungsgemäßen Buchführung nach §§ 238 ff. HGB zu beachten. Dabei ist insbesondere § 239 II HGB relevant, wonach die Eintragungen vollständig, richtig, zeitgerecht und geordnet erfolgen müssen.

N „schönte“ die Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen und machte somit unrichtige Angaben. Er befolgte diese Grundsätze nicht.

Es liegt also eine Widerrechtlichkeit der Handlung vor.

ccc) Kausalität zu Willenserklärung

Es muss ein kausaler Zusammenhang zwischen der Täuschung und der Abgabe der Willenserklärung bestehen.

Hier hat S die Willenserklärung bezüglich des Vertrages über eine stille Gesellschaft aufgrund des Scheins der positiven Geschäftsaussichten gemacht. Der Schein eines ertragreichen und substanzstarken Gewerbes ist durch die „Schönung“ der Bilanzen sowie Gewinn- und Verlustrechnungen durch N erweckt worden.

Die Täuschung war Ursache für die Abgabe der Willenserklärung. Es liegt somit ein kausaler Zusammenhang vor.

cc) Frist gemäß § 124 BGB

Die Jahresfrist der Anfechtungserklärung beginnt bei einer arglistigen Täuschung mit dem Zeitpunkt, an dem der Anfechtungsberechtigte die Täuschung entdeckt.

Die Anfechtungsberechtigte S erklärte die Anfechtung sogleich, nachdem sie die Täuschung bemerkte.

Die Frist ist also eingehalten.

Es liegt daher eine möglicherweise wirksame Anfechtung der S gegenüber N vor.

4. Anwendbarkeit der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft

Eine mögliche Wirksamkeit der Anfechtung ist nur bei begründeter Anwendbarkeit dieser gegeben. Allerdings ist die Anwendbarkeit der Anfechtung aufgrund der Frage, ob die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auch für stille Gesellschaft gelten, umstritten.

Die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft verdrängen bzw. verändern die Vorschriften des BGB. Es wird argumentiert, dass die §§ 812 ff. BGB bei in

Wirkung versetzten gesellschaftsrechtlichen Beziehungen nicht geeignet sind. Dies resultiert daraus, dass Gewinne und Verluste mit Beginn des gesellschaftsrechtlichen Verhältnisses entstehen. Die Rückabwicklung und Rückverteilung dieser Gewinne und Verluste lässt sich nach herrschender Meinung nicht mit den Regelungen der ungerechtfertigten Bereicherung bewältigen.

Auch aus Sicht des Gläubigerschutzes können die Rechtsgeschäfte einer invollzuggesetzten Gesellschaft nicht ex tunc, also von Anfang an, als nichtig angesehen werden (wie dies z.B. bei der Anfechtung gemäß § 142 I BGB oder der Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB der Fall wäre). Durch die Arbeitnehmerbeschäftigung und die Geschäfte werden soziale Tatsachen geschaffen. Wird die Gesellschaft als von Anfang an als nichtig angesehen, ergäben sich daraus weitreichende Folgen.

Die gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzungsvorschriften sind deshalb zu bevorzugen. Rechtshindernde Einwendungen mit rückwirkender Wirkung wie eine Anfechtung wären danach nicht zulässig.

Nach Meinung des BGH und auch einem Teil des Schrifttums sind die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auch auf die stille Gesellschaft anwendbar.¹¹ Somit sind rechtshindernde Einwendungen nicht zulässig. Die Gründe, die laut den Gesetzesvorschriften die Nichtigkeit, Unwirksamkeit und Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften bestimmen, sind demnach schon allein „wichtige“ Gründe gemäß § 723 I, 2 BGB, die eine form – und fristlose Kündigung rechtfertigen (§ 234 I, 2 HGB i.V.m. § 723 BGB). Bis zu einer eventuell ausgesprochenen Kündigung und der nachfolgenden Auseinandersetzung gemäß § 235 HGB sind die für die stille Gesellschaft maßgeblichen Gesetzesbestimmungen zu unterstellen.

Die gegenläufige Mindermeinung vertritt die Ansicht, dass die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf die stille Gesellschaft unanwendbar sind, weil es kein Gesamthandsvermögen mit dinglicher Wirkung gibt und es somit auch an der dafür vorauszusetzenden Organisationsstruktur fehlt, die in einem Organisationsvertrag festgehalten sein könnte. Der stille Gesellschafter hat entsprechend dem

¹¹ BGHZ 8, 157/167 ff.; 55, 5/8 f.; 62, 234/237; 75, 214/217 f.; BGH NJW 1992, 2696; 1993, 2107; BGH WM 1972, 1056; 1973, 900/901; 1976, 1027/1028; OLG Brandenburg 08.02.1995 NJW-RR 1996, 156

Gesellschaftsvertrag schuldrechtliche, nicht dingliche Rechte.¹²

Andere sind der Meinung, die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft sind zwar bei der typischen stillen Gesellschaft nicht anwendbar, jedoch bei der den Personengesellschaften angenäherten atypischen stillen Gesellschaft doch anwendbar.¹³

Dazu wird auf die wirtschaftliche Nähe zum partiarischen Darlehen verwiesen.¹⁴

Weiterhin wird auch ein „gesetzliches Vertrauensschuldverhältnis“ angeführt, das einen Ausgleich durch die Bereicherungshaftung gemäß §§ 812 ff. BGB begründet.¹⁵

Die herrschende Meinung befürwortet also die Anwendbarkeit der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft, wonach eine sonst wirksame Anfechtung der S gegenüber N nicht zulässig ist.

Damit stehen dem Vertrag über die stille Gesellschaft keine rechtshindernden Einwendungen entgegen. Es besteht also eine wirksame Einlageforderung des N gegen S i.H.v. 50.000,- DM.

Ergänzung zum Sachverhalt

G als Gläubiger des Geschäftsinhabers N kann sich grundsätzlich nur an diesen wenden. Wenn jedoch wie hier ein nach herrschender Meinung berechtigter Anspruch des N gegen die stille Gesellschafterin S gerichtlich gepfändet und an G überwiesen wurde, hat G nunmehr einen Anspruch gegen S.

¹² Münchner Hb d. GesR, § 17, Rdnr. 182

¹³ K. Schmidt, GesR, § 6 II 3d, e

¹⁴ im Ergebnis BGHZ 62, 234/242; BGH WM 1967, 229/231

¹⁵ Münchner Hb d. GesR, § 17, Rdnr. 182, 183, 184

(1. Variante)

B. Anspruch der S gegen N als Insolvenzgläubiger gemäß § 236 I HGB

I. Bestehen einer stillen Gesellschaft

Zuerst ist bei einem Anspruch nach § 236 I HGB das Bestehen einer stillen Gesellschaft nötig, bei der S die stille Gesellschafterin und N der Geschäftsinhaber des Handelsgewerbes ist, an dem sich S durch die Einlage beteiligt hat.

Laut den Ausführungen unter A. I. bis III. liegt im Sachverhalt eine stille Gesellschaft mit der genannten Konstellation der Personen vor.

II. Insolvenzverfahren

Über das Vermögen des Geschäftsinhabers muss ein Insolvenzverfahren eröffnet sein.

Das Insolvenzverfahren über das Vermögen des N als Inhabers des Gewerbes wurde eröffnet.
Es liegt somit diese Voraussetzung ebenfalls vor.

III. Abgleich Einlage und Anteil am Verlust

Hinsichtlich des Vermögens ist der stille Gesellschafter Insolvenzgläubiger.¹⁶

Nach § 236 I HGB besteht nur eine Forderung, wenn die Einlage den Anteil am Verlust übersteigt. Nach § 236 II HGB ist dabei ein möglicherweise ausstehender Restbetrag der Einlage zur Deckung des Verlustanteiles des stillen Gesellschafters zur Insolvenzmasse einzubezahlen.

Im Fall 1. Variante hat S die gesamte Einlage von 300.000,- DM in das Vermögen des N einbezahlt. Es besteht also keine rückständige Einlage.

Der durch den Insolvenzverwalter K ordnungsgemäß errechnete Verlust beträgt 2 Mio. DM.

Der Anteil der stillen Gesellschafterin an Gewinn und Verlust beträgt laut Gesellschaftsvertrag 10%. Bei einem Verlust von 2 Mio. DM entspricht ein zehnpromzentiger Anteil 200.000,- DM.

Damit übersteigt die vollständig geleistete Einlage von 300.000,- DM den Verlustanteil von 200.000,- DM um 100.000,- DM.

¹⁶ Ensthaler, § 236, Rdnr. 3

IV. Ausschluss Rückforderung der Einlage

In bestimmten seltenen Fällen kann der stille Gesellschafter die Einlage im Insolvenzverfahren nicht zur Insolvenztabelle anmelden, wenn besondere Umstände vorliegen, die bewirken, dass die Einlage dem Grundstock der Insolvenzmasse zugeführt wird.¹⁷

Von diesem Sonderfall ist hier nicht auszugehen.

Die Forderung von 100.000,- DM kann die S als Insolvenzgläubiger daher geltend machen.

(2. Variante)

C. Anspruch der S gegen N als Insolvenzgläubiger gemäß § 236 I HGB

I. Bestehen einer stillen Gesellschaft

Zuerst ist bei einem Anspruch nach § 236 I HGB das Bestehen einer stillen Gesellschaft nötig, bei der S die stille Gesellschafterin und N der Geschäftsinhaber des Handelsgewerbes ist, an dem sich S durch die Einlage beteiligt hat.

Laut den Ausführungen unter A. I. bis III. liegt bei fehlender Prokura der S im Sachverhalt der 1. Variante eine stille Gesellschaft mit der genannten Konstellation der Personen vor.

Fraglich ist nun, ob durch das Schließen des Gesellschaftsvertrages und das Erteilen der Prokura weiterhin eine stille Gesellschaft wie in der 1. Variante oder eine andere Gesellschaftsform besteht.

1. Außenverhältnis des stillen Gesellschafters

Im Gegensatz zur 1. Variante besteht nun für S eine Prokura für das Handelsgeschäft, die das Außenverhältnis der S wesentlich verändert.

In einer typischen stillen Gesellschaft handelt der stille Gesellschafter nicht im Außenverhältnis. Hier räumt der N der S jedoch eine Prokura für das einzelkaufmännische Unternehmen des N aufgrund einer Bestimmung im Vertrag ein. Die S handelt eigenverantwortlich für die Bereiche Finanzierung und Personal.

Bei einer Prokura gibt der Prokurist eigene Willenserklärungen im Namen des Geschäftsinhabers ab. Somit hat die S eine umfassende wirksame Vertretungsmacht für den N. Im Außenverhältnis ist die

¹⁷ BGH 01.03.1982 BGHZ 83, 341; 09.02.1981 ZIP 1981, 734

Prokura grundsätzlich nicht beschränkt, während im Innenverhältnis eine Beschränkung auf die Bereiche Finanzierung und Personal gegeben ist.¹⁸

Auch bei einer Prokura vertritt der stille Gesellschafter nur den Geschäftsinhaber und wird weder für sich selbst noch für die stille Gesellschaft tätig.

Fraglich ist nun, wie sich die Erteilung der Prokura und das eigenverantwortliche Handeln auf die Stellung der stillen Gesellschafterin im Außenverhältnis der Gesellschaft auswirkt.

a) Prokura nach § 48 HGB

Dazu ist zunächst zu prüfen, ob eine wirksame Prokura gemäß § 48 HGB vorliegt.

Eine Prokura muss ausdrücklich durch den Inhaber des Handelsgeschäftes formuliert werden. Eine Verleihung von Vertretungsmacht durch Prokura gemäß § 48 HGB oder Generalvollmacht gemäß § 54 I HGB kann nicht allein durch den Gesellschaftsvertrag, sondern nur durch eine gesonderte Vollmacht vollzogen werden.¹⁹

Hier ist die Prokura der S durch N innerhalb des Vertrages über die stille Gesellschaft durch eine gesonderte Bestimmung zwischen S und N ausdrücklich erteilt worden.

Es besteht also eine wirksame Prokura der S.

S tritt demnach mit der Prokura auch im Außenverhältnis für die Gesellschaft auf.

Die Mitwirkung des stillen Gesellschafters an dem Betrieb des Handelsgeschäftes durch die Prokura ist kein Kennzeichen der typischen stillen Gesellschaft. Stille Gesellschaften mit einer aufgewerteten Stellung des stillen Gesellschafters werden atypische stille Gesellschaften genannt.²⁰

Es liegen weiterhin die zwei wesentlichen Merkmale der stillen Gesellschaft, die Beteiligung an einem Handelsgewerbe und die Beteiligung in Form einer Vermögenseinlage, vor. Deswegen werden die atypischen stillen Gesellschaften den stillen Gesellschaften zugeordnet.²¹

¹⁸ siehe § 49 HGB, § 50 HGB

¹⁹ BGH 27.03.1961 BB 1961, 583

²⁰ BGH 29.06.1992 NJW 1992, 2696 = WM 1992, 1576 = JuS 1993, 343
m Anm. K.Schmidt

²¹ Roth, G.H., S. 197

Es liegt also eine stille Gesellschaft, wenn auch eine atypische, vor.

II. Insolvenzverfahren

Über das Vermögen des Geschäftsinhabers muss ein Insolvenzverfahren eröffnet sein.

Laut B.II. liegt diese Voraussetzung vor.

III. Abgleich Einlage und Anteil am Verlust

Nach § 236 I HGB besteht nur eine Forderung, wenn die Einlage den Anteil am Verlust übersteigt. Nach § 236 II HGB ist dabei ein möglicherweise ausstehender Restbetrag der Einlage zur Deckung des Verlustanteiles des stillen Gesellschafters zur Insolvenzmasse einzubezahlen.

Laut B.III. übersteigt die vollständig geleistete Einlage von 300.000,- DM den Verlustanteil von 200.000,- DM um 100.000,- DM.

Damit übersteigt die vollständig geleistete Einlage von 300.000,- DM den Verlustanteil von 200.000,- DM um 100.000,- DM. Diese Forderung von 100.000,- DM kann die S möglicherweise als Insolvenzgläubiger geltend machen.

IV. Stellung der atypischen stillen Gesellschaft im Insolvenzverfahren

Fraglich ist, ob die Regelung über Stellung des stillen Gesellschafters im Insolvenzverfahren gemäß § 236 I HGB auch auf die atypische stille Gesellschaft anwendbar ist.

Die Stellung der S könnte durch die erteilte Prokura so aufgewertet sein, dass die Einlage als Haftungskapital bzw. Eigenkapital angesehen wird. Dann würde der S kein Anspruch nach § 236 I HGB zustehen.

Diese Frage ist unter den Juristen umstritten.

Einerseits wird die Meinung vertreten, dass ein aufgewerteter stiller Gesellschafter eine der Stellung des Kommanditisten nahekommende Gesellschafterstellung habe.

Somit ist er dann im Falle der Insolvenz so haftbar zu machen, als ob er an dem Vermögen des Geschäftsinhabers eine gesamthänderische Beteiligung habe. Dann wäre die Einlage als Eigenkapital einzustufen.

Die Gegenseite ist der Auffassung, dass eine Einlage des atypischen stillen Gesellschafters immer Fremdkapital darstellt, da die atypische wie die typische stille Gesellschaft eine Innengesellschaft sei.

Das Maß der Aufwertung der atypischen stillen Gesellschaft wird daran gemessen, wieviel Mitunternehmerinitiative und –risiko der stille Gesellschafter trägt.

Das Mitunternehmerisiko wird dabei durch die Beteiligung an Erfolg oder Misserfolg des Gewerbes gegeben. Dieses ist mit 10% zwar schwach ausgeprägt, S hat jedoch um so mehr Anteil an der Mitunternehmerinitiative, da sie eigenverantwortlich für die zwei Unternehmensabteilungen Finanzierung und Personal handelt.

Damit ist die Stellung der S wie die eines Mitunternehmens zu bewerten.

Die Einlage ist demnach als Eigenkapital der Insolvenzmasse zuzuführen.

Es besteht also kein Anspruch nach § 236 I HGB .