

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 26

Erweiterte Kommanditistenhaftung und atypische Kommanditgesellschaft

Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der sogenannten
unterkapitalisierten KG

Von
Siegfried Elsing



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

SIEGFRIED ELSING

Erweiterte Kommanditistenhaftung und atypische Kommanditgesellschaft

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 26

Erweiterte Kommanditistenhaftung und atypische Kommanditgesellschaft

Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der sogenannten
unterkapitalisierten KG

Von
Siegfried Elsing



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

D 6

Alle Rechte vorbehalten

© 1977 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1977 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3 428 03983 1

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit will zur Lösung der vor allem auch in der Praxis immer wieder auftauchenden Problematik der atypischen Kommanditgesellschaft einen Beitrag leisten. Sie hat im WS 1976/77 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation vorgelegen. Das Manuskript wurde im August 1976 abgeschlossen. Rechtsprechung und Schrifttum wurden, soweit möglich, bis April 1977 berücksichtigt.

Zu danken habe ich Herrn Bundesverfassungsrichter a. D. Prof. Dr. Hans Brox, der die Arbeit betreut hat, wie auch den Herren Prof. Dr. Dietrich Reinicke und Prof. Dr. Wilfried Schlüter, die mich während der Anfertigung der Arbeit in großzügiger Weise gefördert haben.

Dank schulde ich auch der Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., die mir ein Promotionsstipendium gewährte und der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, die die Drucklegung durch einen Kostenzuschuß ermöglichte. Schließlich bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. Johannes Broermann für die freundliche Aufnahme in die von ihm betreute Reihe „Schriften zum Wirtschaftsrecht“.

Münster, im April 1977

Siegfried Elsing

Inhaltsverzeichnis

§ 1. Einleitung	15
I. Das Problem	15
II. Abgrenzung und Gang der Darstellung	18

Erster Teil

Grundzüge der gesetzlichen Struktur der KG und Abweichungen von der Dispositivregelung des Gesetzes

§ 2. Grundzüge der gesetzlichen Struktur	20
I. Abgrenzung zur Offenen Handelsgesellschaft, Stillen Gesellschaft und Kapitalgesellschaft	20
II. Innere Organisation	21
1. Geschäftsführung	21
2. Kontroll- und Informationsrechte, Wettbewerbsverbot	23
3. Vermögensrechtliche Verteilung	23
III. Außenverhältnis	24
1. Vertretung	24
2. Haftung	25
§ 3. Abweichungen von der gesetzlichen Dispositivregelung	25
I. Motive für eine abweichende Regelung und Abdingbarkeit der gesetzlichen Vorschriften	25
II. Fallgruppen zum Ausbau der Kommanditistenstellung	28
1. Die vom Kommanditisten beherrschte KG mit wenigen Gesell- schaftern	28
a) Vereinbarungen hinsichtlich des Innenverhältnisses	29
aa) Geschäftsführung	29
bb) Sonstige Mitverwaltungsrechte	31
cc) Vermögensrechtliche Position	36
b) Vereinbarungen hinsichtlich des Außenverhältnisses	37
2. Die Strohmänn-KG	38

3. Die körperschaftlich-kapitalistische KG	38
4. Zusammenfassung	40
III. Auswirkungen der beherrschenden Stellung des Kommanditisten auf die Beurteilung des Innenverhältnisses als Gesellschaftsver- trag	40

Zweiter Teil

Haftungserweiterung aufgrund beherrschender Stellung des Kommanditisten

§ 4. <i>Behandlung des Problems in der Rechtsprechung</i>	45
§ 5. <i>Haftung aus besonderen Schuldgründen</i>	47
I. Unmittelbare Mithaft	47
II. Mittelbare Haftung aufgrund Pfändung eines internen Freistel- lungsanspruches des Komplementärs gegen den Kommanditisten	48
1. Ausdrücklich vereinbarte Haftungsfreistellung und auftrags- ähnliches Innenverhältnis	48
2. Mittelbare Haftung bei Verlustausschluß des Komplementärs	49
§ 6. <i>Haftungserweiterung aus dem Gesichtspunkt der Überschreitung allgemeiner, immanenter Grenzen der Gestaltungsfreiheit</i>	53
I. Die verschiedenen Lösungsansätze	54
1. Das Wesensargument und die Bindungswirkung allgemeiner Grundsätze der Wirtschaftsverfassung	54
2. Die institutionelle Theorie	57
3. Die Bindung an gesetzliche Strukturtypen	58
II. Sachliche und methodische Analyse und Kritik	61
1. Wesensargument	61
2. Der Gleichlauf von Herrschaft und Haftung als zwingender Grundsatz der Wirtschaftsverfassung?	62
3. Institutionelles Rechtsdenken	67
a) Der Ansatz von Teichmann	67
b) Gefahren des institutionellen Rechtsdenkens im all- gemeinen	69
4. Typengesetzlichkeit	70
a) Verbreitetes Unbehagen an der Typenlehre	70
b) Analyse der Kernaussage bei der Bestimmung immanenter Schranken der Gestaltungsfreiheit	71
c) Zweifel an der Folgerichtigkeit	72
d) Schwierigkeiten bei der Ermittlung des zwingenden Gehal- tes des gesetzlichen Leitbildes	72

Inhaltsverzeichnis

11

aa) Zurückhaltende Stellungnahmen bei Vertretern der Typenlehre	73
bb) Die Rolle der dispositiven Vorschriften	74
cc) Verdacht eines Zirkelschlusses	75
dd) Die logische Struktur des Typus	76
ee) Gefahr des Eindringens wirtschaftspolitischer Glaubensbekenntnisse	78
III. Zusammenfassung der Kritik: „Abschied von Illusionen“	79
§ 7. Die instrumentale Betrachtungsweise	80
I. Die Eigenart der instrumentalen Betrachtungsweise, Skizze der eigenen Ansicht	80
II. Die Schranke der Sittenwidrigkeit	82
1. § 138 BGB	82
2. § 826 BGB	84
III. Teleologische Reduktion des § 171 HGB	85
1. Begriff und Eigenart der teleologischen Reduktion	85
a) Voraussetzungen und Funktionsweise	85
b) Grenzen der teleologischen Reduktion	86
c) Verhältnis zur Gesetzesumgehung und zum Rechtsmißbrauch	87
2. Die rechtspolitische Zielsetzung (ratio legis) des § 171 HGB ..	89
a) Das Haftungsprivileg als materielle Wertentscheidung ...	89
b) Das Haftungsprivileg als formale Ordnungsvorschrift ...	91
3. Ergebnis: keine verdeckte Regelungslücke	92
IV. Rechtsscheinshaftung	92
1. Der Rechtsscheinsgedanke im Gesellschaftsrecht	92
2. Rechtsschein entgegen dem Handelsregister?	93
3. Konkretisierung der Rechtsscheinstatbestände	95
a) Anknüpfen an die Tatbestände des ADHGB und ausländischer Rechte	95
b) Der Name des Kommanditisten in der Firma	96
c) Eintragung des Kommanditisten als organschaftlicher Vertreter	100
d) Sonstiges Verhalten des Kommanditisten	101
V. Zusammenfassung	102

Dritter Teil

Haftungserweiterung bei der sogenannten „unterkapitalisierten“ KG

§ 8. Geringe Beachtung des Problems in Rechtsprechung und Schrifttum	103
--	-----

§ 9. <i>Das Parallelproblem bei der GmbH</i>	105
I. Das Fehlen einer gesicherten dogmatischen Grundlage in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Haftungsdurchgriff wegen Unterkapitalisierung	105
1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	105
2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	107
3. Kritik	108
II. Die wichtigsten im Schrifttum vertretenen dogmatischen Lösungskonzeptionen	109
1. Der deliktische Ansatz	109
a) Organisationsmangelhaftung	109
b) Die sittenwidrig-vorsätzliche Schädigung	110
2. Die Erklärhaftung	110
3. Die Aufbringshaftung (Verlust des Haftungsprivilegs)	111
4. Kritik	112
III. Die Position des Regierungsentwurfs zu einem neuen GmbH-Gesetz	113
IV. Zusammenfassende Analyse	114
1. Echter und unechter Durchgriff	114
2. Der Haftungsumfang	114
§ 10. <i>Die Rechtslage bei der KG</i>	115
I. Volle Ausfallhaftung	116
1. Methodischer Ausgangspunkt (§ 826 BGB)	116
2. Unterkapitalisierung an sich als Sittenverstoß (Reinhardt)	116
3. Unterkapitalisierung als Mittel zu einem Sittenverstoß	120
II. Differenzhaftung	121
1. Methodischer Ausgangspunkt	121
2. Teleologische Reduktion des § 171 HGB für die unterkapitalisierte KG?	122
III. Funktionshaftung (Grundsatz der einsatzbezogenen Risikoübernahme)	126
1. Methodischer Ausgangspunkt (Analogie zu § 172 Abs. 4 HGB; § 242 BGB)	126
2. Begründung für eine Gleichbewertung von effektivem Kapitaleinsatz und Haftkapital	127
a) GmbH	127
b) GmbH & Co KG	129
c) reine KG	129

Inhaltsverzeichnis	13
aa) Der Unterschied zur GmbH	129
bb) Kritik der Auffassung H. P. Westermanns	130
cc) Kritik der Auffassung C. Otts	131
d) Ergebnis: Keine einsatzbezogene Haftung für die KG	132
IV. Das Verbot der Gläubigerbenachteiligung	133
1. Ausgangspunkt des eigenen Lösungsansatzes: Gläubigerbenachteiligung durch Insiderstellung des Kommanditisten	133
2. Die Rechtsprechung zur Gläubigerbenachteiligung bei Übersicherung als Argumentationsbasis	134
3. Analogie zu § 342 HGB (Rückforderung der abgezogenen Mittel durch den Konkursverwalter)	137
4. Schadensersatz nach § 826 BGB als Rechtsbehelf für die Gläubiger	141
5. Ergebnis: Gleiches Risiko auch für den Kommanditisten	143
V. Zusammenfassung	144
Literaturverzeichnis	146

§ 1. Einleitung

I. Das Problem

Die Haftung des Kommanditisten¹ ist nach der gesetzlichen Regelung grundsätzlich beschränkt. Nach der Legaldefinition in § 161 Abs. 1 HGB ist die Haftungsbeschränkung „gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage“ sogar sein wesentliches Begriffsmerkmal. Man könnte daher die Erweiterung der Haftung über das vom Gesetz vorgesehene Maß hinaus bereits als einen Widerspruch in sich ansehen². Dies würde um so mehr gelten, wenn man an eine Haftungserweiterung im Sinne einer unbeschränkten Haftung, wie sie das Gesetz für den Komplementär bestimmt, denkt. Dieser scheinbare Widerspruch löst sich jedoch schon bei weiterer Durchsicht der gesetzlichen Vorschriften über die Kommanditgesellschaft auf; denn das Gesetz enthält in § 176 HGB — bei Geschäftsaufnahme oder Geschäftseintritt vor Eintragung — selbst einen Fall unbeschränkter Kommanditistenhaftung. Die Legaldefinition ist also offenbar nur als Grundsatz zu verstehen, von dem schon das Gesetz selbst Ausnahmen macht.

Ob es mit dem gesetzlichen Fall der Haftungserweiterung sein Bewenden hat oder ob der Kommanditist darüber hinaus in bestimmten Fällen mit einem vollkommenen oder teilweisen Wegfall seines Haftungs Vorteils rechnen muß, ist eine Frage von lebhaftem praktischen Interesse.

Fällt die Haftungsbeschränkung weg, so entfällt oft auch der entscheidende Grund für die Wahl der Rechtsform der Kommanditgesellschaft überhaupt. Denn die beschränkte Haftung auf eine bestimmte Vermögenseinlage und die damit erreichte Verhinderung des Zugriffs auf sein Privatvermögen ist für den Kommanditisten ein wesentlicher Gesichtspunkt für die Gründung einer KG, die ihm auf diese Weise die steuerlichen Vorteile einer Personengesellschaft³ bei beschränktem Risiko eröffnet.

¹ Es soll in der Darstellung grundsätzlich von der zweigliedrigen Kommanditgesellschaft ausgegangen werden; daher ist, soweit nicht ausdrücklich auf die mehrgliedrige Bezug genommen wird, immer von „dem Kommanditisten“ und „dem Komplementär“ die Rede.

² Vgl. Hofmann, NJW 1969, S. 577 (578).

³ So vor allem bei der GmbH & Co KG; vgl. Hesselmann, Handbuch der GmbH & Co KG, 11. Aufl., 1970, S. 25 ff., 148 ff.; Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co, 2. Aufl., 1971, S. 574; Berg, JuS 1974, 685 (691); eingehend zu den Gründen für die Wahl der Rechtsform der KG, insbesondere zu deren steuerlichen Behandlung: Wenninger, Personengesellschaften mit kör-

Dem beschränkten Risiko des Kommanditisten stehen allerdings nach der gesetzlichen Ausgestaltung der KG auch nur beschränkte Mitwirkungs- und Kontrollrechte gegenüber. Eine organschaftliche Vertretung ist sogar ausgeschlossen (§ 170 HGB); hierzu ist nur der Komplementär berechtigt. Diese Regelung ist für die Praxis häufig unbefriedigend. Aus den verschiedensten Gründen besteht ein Bedürfnis zur Abwandlung der gesetzlichen Regelung vor allem in Richtung auf eine Verstärkung der Kommanditistenstellung. Durch entsprechende Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag entfernt man sich unter Ausnutzung der in § 163 HGB für das Innenverhältnis gewährten Gestaltungsfreiheit immer mehr vom gesetzlichen Leitbild, bis der Kommanditist in zahlreichen Fällen schließlich als der eigentliche Beherrscher der KG anzusehen ist. Dieser Ausbau der Kommanditistenstellung geht vielfach einher mit einer nur geringen Hafteinlage des Kommanditisten und einer weitgehenden Vermögenslosigkeit des Komplementärs, so daß das Unternehmen oft nur durch Darlehen des Kommanditisten die für seine Funktionsfähigkeit und zur Abwendung des Konkurses notwendige Liquidität erhält. Läßt sich ein Konkurs nicht mehr verhindern, so hat der Kommanditist sich das Darlehen vielfach zum Nachteil der sonstigen Gläubiger kurz vorher zurückgewähren lassen, oder er macht die Forderung als normale Konkursforderung geltend.

Fälle dieser Art führten zu der Frage, ob hier nicht, weil die Gläubiger des Schutzes bedürfen und sich die jeweiligen Gestaltungsformen zu sehr vom gesetzlichen Leitbild lösen, eine unbeschränkte Haftung des Kommanditisten oder jedenfalls eine Haftungserweiterung angenommen werden muß.

Diese Frage ist nicht neu. Während sich die Stellungnahmen zu diesem Problemkreis zunächst, teilweise unter Hinweis auf ausländische Rechte⁴, im rechtspolitischen Bereich bewegten⁵, erstreckten sie sich bald auch

perschaftlichen Strukturelementen, Diss. München 1969, S. 12 ff.; Stehle/Stehle, Die rechtlichen und steuerlichen Merkmale der verschiedenen Gesellschaftsformen, 1975; Scherpf, Handbuch der Personengesellschaften, 1967, II. Teil, Rdz. 17 ff.

⁴ Frankreich: nach der früheren Fassung des Art. 28 des Code de commerce von 1807 hatte selbst eine nur vereinzelte Geschäftsführerhandlung die allgemeine und dauernde Haftung des Kommanditisten auch für früher entstandene Verbindlichkeiten der KG zur Folge; nach der Novelle von 1863 haftete er zwingend nur noch für die von ihm vorgenommenen Handlungen, während seine Haftung im übrigen auf richterlichem Ermessen beruhte. England: nach § 8 des Limited Partnership Act von 1907 haftete der limited partner (Kommanditist) für alle in der Zeit begründeten Verpflichtungen, in der er an der Geschäftsführung beteiligt war. Vgl. hierzu Schlegelberger/Mügel, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, 5. Band, 1936, S. 1 ff. (21) und zum ganzen rechtsvergleichenden Aspekt: H. J. Müller, Die Haftung des Kommanditisten im deutschen, französischen und englischen Recht, Diss. Münster 1955.

⁵ Müller-Erbach, Deutsches Handelsrecht, 1928, S. 180, 233; ders., Festschrift für Ernst Heymann, 2. Bd., 1931, S. 736 ff.; ders., LZ 1933, Sp. 145 ff.; Würdin-

auf das geltende Recht⁶. Anknüpfungspunkt war regelmäßig die beherrschende Stellung des Kommanditisten, während die Auswirkungen der Unterkapitalisierung bei der KG, im Gegensatz zur GmbH⁷, nur vereinzelt erörtert wurde⁸.

In jüngerer Zeit fand das Problem, wieder mit Schwerpunkt bei der beherrschenden Stellung des Kommanditisten, mehrfach eine eingehende Behandlung⁹. Es stand dabei im Rahmen größerer methodischer Untersuchungen hinsichtlich der *Begrenzung der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsfreiheit durch allgemeine Prinzipien*, die aus der gesetzlichen Typologie der Gesellschaftsformen oder einer Institutionenlehre entwickelt werden sollten. Dies ließe eine erneute Bearbeitung nicht angebracht erscheinen, wenn diese Untersuchungen nicht die Fragwürdigkeit des jeweils gewählten methodischen Ausgangspunktes gezeigt hätten. Es ist nicht gelungen, aufgrund klarer Kriterien allgemeine Prinzipien aufzustellen und sie für die hier interessierende Problematik fruchtbar zu machen. Nicht zu Unrecht sprach ein Rezensent der vorgenannten Untersuchungen von einem „Abschied von Illusionen“¹⁰. Statt dessen ge-

ger, Das Recht der Personalgesellschaften (Arbeitsbericht des Ausschusses für das Recht der Personalgesellschaften der Akademie für Deutsches Recht), 1939, S. 32 (37); Boesebeck, Die „kapitalistische“ Kommanditgesellschaft, 1938, S. 67 ff.; Keutner, Der Mißbrauch der Rechtsform der KG und seine Bekämpfung, Diss. Köln 1938, S. 45 ff.

⁶ Müller-Erbach, Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Denkens, 1948, S. 114 ff.; ders., AcP 154, 299 (342 ff.); J. v. Gierke, Handelsrecht und Schifffahrtsrecht, 1958, S. 172, 232; Haupt/Reinhardt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 1952, S. 79; Reinhardt, Gesellschaftsrecht, 1973, S. 121; Lehmann, Handelsrecht, 2. Teil, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 1959, S. 333 ff.; Paulick, Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung, 1954, S. 70 ff.; Zwanzig, Die Erweiterung des Herrschaftsbereiches des Kommanditisten und ihre Auswirkung auf die Stellung des Kommanditisten zu den Gläubigern der Gesellschaft, Diss. Köln 1937, S. 35 ff.; Klotz, Mißbrauch der Rechtsform der Kommanditgesellschaft und seine Bekämpfung, Diss. Köln 1940; Wagner, Der Ausbau des Einflusses des Kommanditisten bis zur beherrschenden Stellung und dessen Auswirkungen auf seine Haftung, Diss. München 1960, S. 101 ff.; A. Wolf, Grenzen der Dispositionsfreiheit im Recht der Personengesellschaften, Diss. Heidelberg 1963, S. 41 ff.; Schröder, Der geschäftsleitende Kommanditist und seine Haftung, Diss. Kiel 1968; C. Ott, Typenzwang und Typenfreiheit im Recht der Personengesellschaft, Diss. Tübingen 1966, S. 287; Wenninger, S. 21 ff.

⁷ Eine ausführliche Übersicht über den Problemkreis bei der GmbH gibt Winter, Der Konkurs der unterkapitalisierten GmbH, 1973, S. 59 ff.; vgl. auch § 9 dieser Arbeit.

⁸ z. B. Wagner, S. 106 ff.

⁹ Teichmann, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970; H. P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970; vgl. auch Nitschke, Die körperchaftlich strukturierte Personalgesellschaft, 1970.

¹⁰ So der Titel der Besprechung der vorgenannten Arbeiten von Schultze-v. Lasaulx, ZfG 21 (1971), 325 ff., vgl. vor allem S. 347; kritisch auch Helm, ZGR 1973, 478.