

Schriften zum Wirtschaftsrecht

---

Band 90

**Anlegerschutz bei der Publikums-KG  
durch Einrichtung eines Beirats**

Von

**Friedrich Grote**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**FRIEDRICH GROTE**

**Anlegerschutz bei der Publikums-KG  
durch Einrichtung eines Beirats**

**Schriften zum Wirtschaftsrecht**

**Band 90**

# **Anlegerschutz bei der Publikums-KG durch Einrichtung eines Beirats**

**Von  
Friedrich Grote**



**Duncker & Humblot · Berlin**

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Grote, Friedrich:**

Anlegerschutz bei der Publikums-KG durch Einrichtung eines  
Beirats / von Friedrich Grote. – Berlin : Duncker und  
Humblot, 1995

(Schriften zum Wirtschaftsrecht ; Bd. 90)

Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 1994

ISBN 3-428-08437-3

NE: GT

D 6

Alle Rechte vorbehalten


© 1995 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 3-428-08437-3

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Tätigkeit am Institut für Arbeits-, Sozial- und Wirtschaftsrecht der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Im Sommersemester 1994 wurde sie von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät als Dissertation angenommen. Prof. Dr. Kollhosser hat sie betreut. Hierfür danke ich ihm ebenso sehr herzlich wie für die Möglichkeit, an seinem Lehrstuhl tätig zu sein. Weiterer Dank gilt Prof. Dr. Timm, der das Zweitgutachten erstellt hat.

Mein herzlicher Dank gilt ebenfalls der Konrad-Adenauer-Stiftung für ihre großzügige Förderung während meines Studiums und meiner Doktorandenzeit.

Persönlich danken möchte ich meiner Familie, die mich während der Erstellung dieser Arbeit vielfältig unterstützte.

Iserlohn, im Februar 1995

*Friedrich Grote*



# Inhaltsverzeichnis

## *1. Kapitel*

<b>Einführung</b>	<b>17</b>
A. Begriff der Publikums-KG .....	17
I. Voraussetzungen .....	17
II. Erscheinungsformen; Eingrenzung auf den Grundtyp der GmbH&Co KG .....	18
III. Gründungsmotive; derzeitige Situation .....	19
1. Steuerrechtliche Motive .....	19
2. Gesellschaftsrechtliche Motive .....	24
a) Motive haftungsrechtlicher Art .....	24
b) Motive innergesellschaftlicher Art .....	24
B. Rechtliche Anerkennung der Publikums-KG .....	25
I. Scheitern der Ansätze eines Typenzwangs bzw. der Typenlehren .....	25
II. Reaktion des Gesetzgebers sowie der Rechtsprechung und Lehre .....	26
1. Gesetzgeber .....	26
2. Prospekthaftung .....	27
3. Inhaltskontrolle .....	27
III. Fehlen einer konkreten strukturellen Mindestanforderungen stellenden Judikatur; Fragestellung dieser Untersuchung .....	28

## *2. Kapitel*

### **Kontrollrechte der Kommanditisten in einer dem gesetzgeberischen Leitbild entsprechenden KG** **29**

A. Informationsrechte .....	29
I. Systematik der Informationsrechte; im HGB normierte Rechte .....	29
II. Umfang des zwingenden Teils des § 166 HGB aus personengesellschaftsrechtlichen Erwägungen .....	30
1. Umfang kraft gesetzlicher Anordnung .....	30
a) Wortlaut und Systematik .....	30
b) Entstehungsgeschichte .....	30
2. Konkretisierung des Begriffs der Unabdingbarkeit .....	31
3. Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung .....	32
a) Übersicht .....	32
b) Der andere Ansatz von Schmidt .....	33
4. Unverzichtbarer Teil des § 166 HGB .....	35



a) Bedeutung der §§ 716 II BGB, 118 II HGB .....	35
b) Erstreckung dieses Prinzips auf § 166 III HGB .....	35
c) Unverzichtbare Elemente des § 166 I HGB neben § 166 III HGB .....	36
5. Unentziehbarer Teil des § 166 HGB .....	37
6. Zwischenergebnis .....	37
III. Umfang des zwingenden Teils von § 166 HGB unter Berücksichtigung des Kapitalgesellschaftsrechts .....	37
1. § 51 a GmbHG als neue gesetzgeberische Wertung mit rechtsformübergreifendem Charakter .....	37
a) Inhalt des § 51 a GmbHG .....	37
b) Diskrepanzen zu § 166 HGB und deren Bewertung in der Literatur .....	38
2. Auswirkungen auf den Umfang des Einsichtsrechts durch analoge Anwendung des § 51 a GmbHG .....	39
3. Auswirkungen auf den Umfang des Kernbereichs .....	40
4. Steuerrechtliche Anforderungen für die Mitunternehmerschaft .....	41
5. Zwischenergebnis .....	42
IV. Auskunftsrechte des Kommanditisten .....	42
1. Erfordernis eines Auskunftsrechts .....	42
2. Auskunftsrechte als allgemeines Prinzip des Schuldrechts .....	42
3. Gesetzlich normierte Auskunftsrecht im Recht der KG .....	43
a) Auskunftsrecht aus §§ 716 II BGB, 118 II HGB .....	43
b) Auskunftsrecht im Rahmen des § 166 III HGB .....	43
c) Auskunftsrecht aus §§ 713, 666 BGB, 161 II, 105 II HGB .....	44
aa) Verhältnis zu § 166 HGB .....	44
bb) §§ 713, 666 BGB als Kollektivrecht .....	45
cc) Der Ansatz Hubers .....	45
dd) Zwingender Teil des Kollektivrechts .....	46
4. Fehlende Kongruenz von ermitteltem Auskunftsbedürfnis und gesetzlich geregelten Auskunftsansprüchen .....	47
5. Auskunftsrecht kraft richterlicher Rechtsfortbildung .....	47
a) Keine Ausschlußwirkung durch § 166 HGB .....	47
b) Dogmatische Herleitung .....	49
aa) Analogie zu § 51 a I GmbHG .....	49
bb) Analogie zu § 131 I I AktG .....	49
cc) Annex zu den Mitgliedschaftsrechten .....	50
c) Kein Ausschluß wegen widerstreitender Interessen .....	51
6. Zwischenergebnis .....	52
B. Mitwirkungsrechte .....	53
I. Inhalt der gesetzlichen Regelung .....	53
1. Zustimmungspflicht zu außergewöhnlichen Geschäften .....	53
2. Begriff des außergewöhnlichen Geschäfts .....	55
II. Abdingbarkeit des Zustimmungsrechts .....	56
1. Gesellschaftsrechtliche Möglichkeiten .....	56
2. Steuerrechtliche Erfordernisse .....	56

## 3. Kapitel

**Interessengerechtigkeit eines Beirats zur  
Wahrnehmung der Anlegerrechte in der Publikums-KG  
und Begründung seiner rechtlichen Notwendigkeit  
im Wege richterlicher Rechtsfortbildung**

57

A. Andere Interessenlage in der Publikums-KG .....	57
I. Gesetzgeberisches Leitbild der KG .....	57
II. Gesteigerter Kontrollbedarf in der Publikums-KG .....	57
III. Gefahren weitergehender Kontrollrechte .....	58
IV. Effektivität weitergehender Rechte .....	59
V. Konfliktlösungsmöglichkeiten .....	59
1. Erweiterung der Individualrechtsposition .....	59
2. Einrichtung eines Gremiums zwischen Geschäftsführung und Gesellschaftern .....	60
a) Vorteile einer solchen Lösung .....	60
b) Vertragspraxis; Modelle .....	61
aa) Empirische Beobachtungen .....	61
bb) Vertragliche Ausgestaltungen solcher Gremien .....	62
(1) Unterscheidung nach rechtlicher Verankerung .....	62
(2) Unterscheidung nach Zugehörigkeit .....	63
(3) Unterscheidung nach Organqualität bzw. Zusammensetzung .....	64
(4) Unterscheidung nach Aufgaben .....	66
cc) Bezeichnung .....	66
c) Zulässigkeit einer solchen Lösung .....	67
aa) Vertragsfreiheit .....	67
bb) Abspaltungsverbot .....	67
cc) Kernbereichslehre/unverzichtbare Rechte .....	68
dd) Verbandssouveränität .....	69
ee) Selbstorganschaft .....	71
d) Bedenken gegen eine Beiratslösung .....	72
aa) Minderheitenschutz .....	72
bb) Individualschutz .....	72
cc) Kosten des Gremiums/Belastung der Verwaltung .....	73
dd) Gefahr der Aberkennung der Mitunternehmerschaft .....	74
B. Praktische Durchsetzbarkeit der Beiratslösung .....	76
I. Beirat nur im Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung durchsetzbar .....	76
II. Grundsätzliche Legitimität richterlicher Rechtsfortbildung .....	77
III. Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung .....	80
IV. Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung .....	80
1. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen .....	80
2. Rechtsfortbildung im Bereich der Publikums-KG .....	81
a) Inhaltskontrolle als Ergebnis gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung .....	81

b)	Kein Ausschluß aufgrund entgegenstehender Willensäußerung des Gesetzgebers	81
aa)	Ausschluß durch fehlende spezialgesetzliche Regelung	81
bb)	Ausschluß durch gesetzliche Regelungen solcher Gremien	82
(1)	Gesetzliche Regelungen von Kontrollorganen	83
(2)	Konsequenzen aus der Systematik der gesetzlichen Regelungen	83
3.	Meinungsstand zur Rechtsfortbildung im Hinblick auf die rechtliche Notwendigkeit eines Beirats	85
a)	Rechtsprechung	85
aa)	Rechtsprechung des BGH	85
bb)	Rechtsprechung anderer Obergerichte	86
b)	Stellungnahmen in der Literatur	86
4.	Rechtfertigung einer solchen Rechtsfortbildung	91
a)	Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf ein unabweisbares Bedürfnis des Rechtsverkehrs	91
aa)	Anlegerschutzgesichtspunkte als Verkehrsbedürfnis	91
bb)	Vermeidung von Wettbewerbsgefahren	91
cc)	Verkehrsbedürfnis wegen der großen Gesellschafterzahl	92
b)	Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf ein rechtsethisches Prinzip	93
aa)	Voraussetzungen eines rechtsethischen Prinzips	93
bb)	Aus Verfassung abgeleitetes rechtsethisches Prinzip	94
(1)	Sozialstaatsprinzip	94
(2)	Demokratischem Verständnis inhärentes Prinzip	95
cc)	aus einfach-gesetzlichen Normen abgeleitetes Prinzip	96
(1)	Anlegerschutzprinzip als gesetzlich anerkanntes rechtsethisches Prinzip	96
(2)	Erstreckung des Anlegerschutzprinzips auf die Publikums-KG	97
(a)	Anlegerbegriff der herrschenden Meinung	97
(b)	Die Kritik Hilles	98
(3)	Inhalt des Anlegerschutzprinzips	103
(a)	Erfordernis zur Formulierung von Unterprinzipien	103
(b)	Differenzierungen in der Literatur	103
aa)	Der Ansatz Hopt's	103
bb)	Der Ansatz Schwark's	104
cc)	Der Ansatz Wiedemann's	107
5.	Eigener Ansatz	111
a)	Ausgangspunkt	111
b)	Regelungen mit grundsätzlich zwingendem Aufsichtsrat	111
aa)	AG und KGaA	111
bb)	Die eG	113
cc)	Der große VVaG	114
dd)	Zusammenfassung	114
c)	Regelung von Gesellschaften ohne zwingenden Aufsichtsrat	114
aa)	Die GmbH	115
(1)	1. Sonderfall: Die Kapitalanlagegesellschaft	118

(2) 2. Sonderfall: Das gemeinnützige Wohnungsunternehmen .....	121
bb) Die Personengesellschaft .....	121
cc) Die Wohnungseigentümergeinschaft .....	122
dd) Der kleine VVaG .....	123
ee) Exkurs: Der Treuhänder im Hypothekensbankrecht .....	124
d) Konsequenz: Existenz eines allgemeinen Rechtsprinzips als Unterfall des Anlegerschutzprinzips .....	125
aa) Inhalt des Prinzips .....	125
bb) Überwachungsorgan u.U. nur bei besonderer Ausgestaltung notwendig .....	126
cc) Keine Fixierung auf einheitlichen Aufsichtsrat .....	126
e) Erstreckung des Prinzips auf die Publikums-KG .....	126
aa) Parallelstrukturen .....	126
bb) Entgegenstehende Prinzipien .....	129
(1) Ausgangspunkt .....	129
(2) § 52 I GmbHG als Ausdruck eines Stufenverhältnisses .....	130
(3) Der Grundsatz der Privatautonomie .....	131
(4) Der Grundsatz der Rechtssicherheit .....	134
6. Zwischenergebnis .....	137

*4. Kapitel*

**Mittelbare Maßnahmen zur Förderung  
der gesellschaftsvertraglichen Einrichtung eines Überwachungsorgans 139**

A. Die Einrichtung im Wege der Änderung des Gesellschaftsvertrages .....	139
I. Einführung; Problemstellung .....	139
II. Abkehr vom Grundsatz der allseitigen Zustimmung .....	141
1. Aufgabe des Grundsatzes der allseitigen Mitwirkung .....	141
2. Einführung des Mehrheitsprinzips .....	141
a) Mehrheitsklausel vorhanden .....	141
aa) Allgemeine Zulässigkeit einer Mehrheitsklausel .....	141
bb) Grenzen durch den Bestimmtheitsgrundsatz .....	142
(1) Inhalt des Bestimmtheitsgrundsatzes .....	142
(2) Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes für die Publikums-KG .....	144
b) Keine Mehrheitsklausel vorhanden .....	145
aa) Ausgangspunkt BGHZ 71, 53 (58 f.) .....	145
bb) Stellungnahmen in der Literatur .....	146
cc) Eigene Stellungnahme .....	147
III. Mehrheitsbildung in der Publikums-KG .....	149
1. Kein Stimmrechtsausschluß der Kommandit Anleger .....	149
2. Stimmrecht der Komplementär-GmbH .....	150
a) Vetorecht .....	150
b) Mehrstimmrechte .....	152

c) Das Stimmrecht der nicht anwesenden Gesellschafter .....	154
3. Einführung des Überwachungsorgans einer Mehrheitsentscheidung zugänglich .....	156
a) Meinungsstand .....	156
aa) Die Ansicht Stimpels .....	156
bb) Die Ansicht Heids .....	156
cc) Die Ansicht Dietrichs .....	157
b) Eigener Ansatz .....	157
4. Kündigungsrecht der überstimmten Gesellschafter .....	159
5. Zwischenergebnis .....	160
IV. Überwachungsorgan trotz Verfehlens der erforderlichen Mehrheit .....	161
1. Zustimmungspflicht zu Gesellschaftsvertragsänderungen .....	161
a) Darstellung der herrschenden Meinung bei der typischen Personengesellschaft .....	161
b) Kritik an dieser Lehre .....	162
c) Eigene Stellungnahme .....	164
2. Anwendbarkeit der Lehre der Zustimmungspflicht auf die Publikums-KG .....	165
a) Treuepflicht in der Publikums-KG .....	165
b) Modifikation durch eine Zustimmungsfiktion .....	166
aa) Ansätze zur Modifikation bei typischen Personengesellschaften .....	166
bb) Modifikation bei der Publikums-KG .....	168
3. Anwendbarkeit der Ergebnisse für die Einrichtung eines Beirats .....	169
4. Zustimmungspflicht bei verschiedenen Vorschlägen .....	171
5. Zwischenergebnis .....	171
V. Einberufung der Gesellschafterversammlung .....	172
1. Grundsätzliche Erwägungen .....	172
2. Recht zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung .....	172
a) Recht der Kommanditisten, die Einberufung zu verlangen .....	173
aa) Individualrecht oder Quorum .....	173
bb) Rechtslage bei zusätzlichem Quorum .....	175
b) Kosten der Gesellschafterversammlung .....	176
c) Recht zur Ergänzung der Tagesordnung .....	176
3. Einladung zur Gesellschafterversammlung und Beschlußfähigkeit .....	176
a) Allgemeine Grundsätze .....	176
b) Regelung zur Tagesordnung .....	177
c) Regelung zu Fristen .....	178
d) Regelung zur Versendung der Einladung .....	178
e) Regelung zum Ort der Gesellschafterversammlung .....	179
f) Regelung zu Beschlußfähigkeitsvoraussetzungen .....	180
4. Zwischenergebnis .....	180
B. Die Regelung des Beirats durch die Gründer .....	181
I. Prospekthaftungsansprüche .....	181
1. Aufklärungspflicht über einen fehlenden Beirat .....	181
a) Grundsätze zum Umfang der Aufklärungspflicht .....	181
b) Konkretisierung durch die Rechtsprechung .....	181

c) Konkretisierung durch gesetzlich normierte Fälle der Prospekthaftung .....	182
d) Konkretisierung durch den RegE zum VermAnlG .....	184
e) Konkretisierung durch Prospektprüfungskataloge von Interessenverbänden und aus der Literatur .....	184
f) Eigener Ansatz .....	186
2. Weitere Tatbestandsvoraussetzungen bei der Prospekthaftung .....	187
3. Schadensumfang .....	187
4. Mitverschulden .....	187
5. Zwischenergebnis .....	188
II. Ansprüche der Anleger aus CIC wegen pflichtwidriger Vertragsgestaltung .....	189
1. Problemstellung; Stellungnahmen in der Literatur .....	189
2. Eigene Stellungnahme .....	190
a) Regelungslücke .....	190
b) Pflichtverletzung .....	190
c) Verschulden .....	192
d) Schaden .....	192
aa) Umfang beim Anspruch wegen Verwendung unwirksamer AGB .....	192
bb) Umfang beim Anspruch wegen mangelnder Regelung eines Beirats .....	193
3. Zwischenergebnis .....	194

*5. Kapitel*

**Strukturelle Mindeststandards**

**196**

A. Erfordernis struktureller Mindeststandards .....	196
B. Zusammensetzung des Beirats .....	197
I. Zahl der Beiratsmitglieder .....	197
II. Persönliche Voraussetzungen .....	197
1. Grundsätzlich freie Vereinbarkeit .....	197
2. Zulässigkeit juristischer Personen .....	197
3. Voraussetzungen gem. § 100 II 1 AktG .....	198
4. Inkompatibilität .....	199
III. Bestellung der Beiratsmitglieder .....	202
1. Möglichkeiten der Bestellung .....	202
2. Beteiligung der Komplementär-GmbH bzw. der Gesellschaftsgründer .....	202
a) Vorschlagsrecht .....	202
b) Stimmrecht der Komplementär-GmbH .....	203
aa) Grundsätzliche Zulässigkeit .....	203
bb) Mehrstimm- und Vetorechte; Sperrminoritäten .....	205
c) Entsendungsrecht .....	206
aa) Zweckmäßigkeit eines Entsendungsrechts .....	206
bb) Entsendungsrecht der GmbH bzw. einzelner Gründer .....	206
cc) Kombination von Stimm- und Entsendungsrechten .....	207

3. Gerichtliche Bestellung .....	207
4. Möglichkeiten der Rechtsprechung .....	207
C. Amtsdauer .....	209
I. Erfordernis von Periodizität .....	209
II. Ablauf der Amtsdauer .....	209
D. Ausnahmen beim Gründungsbeirat .....	210
E. Abberufung der Beiratsmitglieder .....	211
I. Möglichkeit der Abberufung als unabdingbarer Mindeststandard .....	211
II. Abberufung gewählter Mitglieder .....	211
1. Abberufung durch Mehrheitsbeschluß .....	211
a) Beirat mit unbestimmter Amtsdauer .....	211
b) Beirat mit fester Amtsdauer .....	212
2. Abberufung aus wichtigem Grund .....	213
III. Abberufung entsandter Mitglieder .....	214
F. Zwischenergebnis .....	215

### *6. Kapitel*

#### **Materielle Mindeststandards**

**216**

A. Mindestbefugnisse im Hinblick auf die Informationsrechte .....	216
I. Übertragbarkeit der Rechtslage bei der typischen KG auf die Publikums-KG .....	216
1. Einsichtsrecht .....	216
2. Auskunftsrecht .....	217
II. Befugnisse des Beirats .....	218
1. Vergleichbare Interessenlage wie beim überwachenden Aufsichtsrat .....	218
2. Überwachung der Geschäftsführung anhand des Jahresabschlusses .....	219
a) Unabhängige Abschlußprüfung .....	219
b) Eigenständige Abschlußprüfung .....	220
c) Sonderprüfung .....	221
3. Überwachung der laufenden Geschäftsführung .....	222
a) Berichte der Geschäftsführung als Grundlage .....	222
b) Eigene Nachforschungspflichten .....	223
c) Überwachungsschwerpunkte .....	224
4. Befugnisse zur Durchsetzung der Überwachungstätigkeit .....	224
a) Maßnahmen gegenüber den Geschäftsführern .....	224
b) Rechte und Pflichten gegenüber den Gesellschaftern .....	226
III. Möglichkeiten der Rechtsprechung .....	227
1. Kein Beirat vorhanden .....	227
2. Beirat vorhanden .....	228
IV. Zwischenergebnis .....	229
B. Mindestbefugnisse im Hinblick auf das Zustimmungsrecht .....	232
I. Verbot kompensationsloser Abdingbarkeit .....	232

## Inhaltsverzeichnis

15

1. Übertragbarkeit der Rechtslage bei der typischen KG auf die Publikums-KG .....	232
2. Engere Grenzen der Abdingbarkeit bei der Publikums-KG .....	233
II. Befugnisse des Beirats .....	234
1. Zustimmungsrecht als Mindeststandard .....	234
2. Analogie zu § 111 IV 3 AktG .....	235
3. Analogie zu § 111 IV 2 AktG .....	236
4. Befreiung der Komplementär-GmbH von § 181 BGB .....	236
III. Möglichkeiten der Rechtsprechung .....	238
1. Kein Beirat vorhanden .....	238
2. Beirat vorhanden .....	238
IV. Zwischenergebnis .....	239

### *7. Kapitel*

<b>Zusammenfassung</b>	<b>241</b>
------------------------	------------

<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>245</b>
-----------------------------	------------

<b>Gesetzesmaterialien; Kommissionsberichte; Verbandsveröffentlichungen</b>	<b>257</b>
---	------------



## Abkürzungsverzeichnis

Die in dieser Arbeit verwandten Abkürzungen wurden entnommen aus:

Kirchner, Hildebert: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. A., Berlin/ New York 1993;

Duden: Rechtschreibung der deutschen Sprache, 20. A., Mannheim 1991.

Davon abweichend bzw. ergänzend dazu wurden folgende Abkürzungen verwandt:

A.	Auflage
BayNot	Bayerisches Notariat
BF	Beck'sches Formularbuch
BTDrs	Bundestagsdrucksache
bzgl.	bezüglich
CIC	Culpa in Contrahendo
ders.	derselbe
eG	eingetragene Genossenschaft
Einl.	Einleitung
FG	Freiwillige Gerichtsbarkeit
FördergebietsG	Fördergebietsgesetz
gem.	gemäß
GK	Großkommentar zum Handelsgesetzbuch
HdK	Handbuch des Kapitalanlagerechts
H.d.V.	Hervorhebung des Verfassers
HK	Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch
krit.	kritisch
MH	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
mind.	mindestens
MK	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
m.N.	mit Nachweisen
Rdn.	Randnummer
Tab.	Tabelle
VermAnlG	Gesetz über den Vertrieb von Anteilen an Vermögensanlagen
VPVO	Verordnung über Wertpapier-Verkaufsprospekte
zit.	zitiert
zust.	zustimmend

# 1. Kapitel

## Einführung

### A. Begriff der Publikums-KG

#### I. Voraussetzungen

Kommanditgesellschaften mit großen Mitgliederzahlen und körperschaftlichen Strukturen gibt es in Deutschland schon seit der frühen Neuzeit. Erinnert sei an diverse frühkapitalistische Massenkommanditgesellschaften. Sie verloren jedoch ihre Bedeutung, als 1861 mit dem ADHGB das Recht der Aktiengesellschaft und der Kommanditgesellschaft neu gefaßt wurde.<sup>1</sup> Während die Aktiengesellschaft auf eine große Zahl von Aktionären zugeschnitten war, lag der Regelung der KG das Leitbild einer Gesellschaft zugrunde, die nur aus wenigen Gesellschaftern besteht, die zueinander in einem engen, persönlichen Vertrauensverhältnis stehen. Das HGB übernahm in den §§ 161 - 177 die entsprechenden Normen aus dem ADHGB nahezu unverändert. Das gesetzliche Leitbild prägte lange Zeit die Rechtswirklichkeit. Bis in die 60er Jahre bestanden Kommanditgesellschaften üblicherweise nur aus einer recht begrenzten Zahl von Gesellschaftern.

Erst in den 60er Jahren tauchten wieder Kommanditgesellschaften mit großen Kommanditistenzahlen auf. Seit etwa 20 Jahren ist die Rechtsprechung mit dem Phänomen der sog. Publikums-KG beschäftigt.<sup>2</sup> Aus verschiedenen Gründen entwickelten sich zahlreiche Spielarten von Publikumspersonengesellschaften mit z.T. enormen Mitgliederzahlen, die zunächst eine definitive Eingrenzung erforderlich machten, um eine rechtliche Reaktion auf diese Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild zu ermöglichen. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist dabei nicht die tatsächliche Gesellschafterzahl.<sup>3</sup> Eine

---

<sup>1</sup> *Schmidt* Gesellschaftsrecht § 53 I 2 a.

<sup>2</sup> Die erste Entscheidung des BGH zur Publikums-KG erging am 14.12.1972 = NJW 1973, 1604 ff.

<sup>3</sup> So aber: OLG Köln ZIP 1987, 1120 (1124); ebenso: *Grunewald* Ausschuß S. 138, da nur dort das Problem der Verselbständigung von Organen gegeben sei.

solche Abgrenzung würde Umgehungsmöglichkeiten provozieren, wäre nicht frei von Willkür<sup>4</sup> und würde daher die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschreiten. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob die Gesellschaft kraft des ihr zugrundeliegenden Vertrages auf eine Vielzahl von Anlegern ausgerichtet und entsprechend körperschaftlich strukturiert ist.<sup>5</sup> Im einzelnen ergibt sich diese Ausrichtung daraus, daß zur Aufnahme neuer Gesellschafter die Geschäftsführung oder ein Treuhänder im Namen aller Gesellschafter oder der Gesellschaft selbst<sup>6</sup> ermächtigt ist. Deshalb haben die Anlagegesellschafter keinen Einfluß auf die Zusammensetzung der Gesellschaft, so daß es an einem besonderen Vertrauensverhältnis der Gesellschafter untereinander fehlt. Ein besonderes Vertrauensverhältnis zu den Gründern bzw. zur Geschäftsführung fehlt daher ebenfalls. Die Anleger werden auf dem freien Kapitalmarkt mittels Werbeprospekten geworben. Sie haben bei ihrem Beitritt den von wenigen Gründern vorformulierten Gesellschaftsvertrag zu akzeptieren, ohne darauf gestaltenden Einfluß nehmen zu können.<sup>7</sup>

## II. Erscheinungsformen; Eingrenzung auf den Grundtyp der GmbH&Co KG

Die rechtliche Ausgestaltung einer derartigen Personengesellschaft variiert erheblich, wobei u.a. steuer-, haftungs- und innergesellschaftsrechtliche Fragen eine Rolle spielen.<sup>8</sup> Grundtyp dieser Gesellschaften ist die GmbH&Co KG.<sup>9</sup> Auf diesen Grundtyp ist diese Arbeit beschränkt. Außen vor bleiben auch die in der Praxis bedeutsamen Konstruktionen, in denen die Anleger nur mittelbar über einen echten Treuhänder an der Gesellschaft beteiligt sind.

---

<sup>4</sup> Dies konzipiert auch: *Grunewald* Ausschluß S. 139; sie schlägt 50 Kommanditisten als Untergrenze vor.

<sup>5</sup> Vgl.: BGHZ 102, 172 (177 f.) einerseits und BGH NJW 1988, 676 andererseits; zust. dazu: *Färber* S. 74 f.; *Koch* NJW 1989, 2662 (2673).

<sup>6</sup> BGH NJW 1978, 1000.

<sup>7</sup> BGHZ 64, 238 (241); 84, 11 (13 f.); 104, 50 (53); BayObLG NJW-RR 1993, 359; *Binz* § 15 Rdn. 2; v. *Dalwigk* S. 18; *Färber* S. 6; *Kellermann* FS-Stempel S. 295 (296); *Schultz/Timm* S. 187 f.; *Schulze zur Wiesche* S. 151 f.; v. *Westphalen* DB 1983, 2745.

<sup>8</sup> Überblick bei: *Schmidt* Gesellschaftsrecht § 57 I 2 b.

<sup>9</sup> *Färber* S. 5 f.; *G.Hueck* § 18 VIII 2 a, S. 151; *Klein* GmbH-Rdsch 1982, 281; *Lengerke* S. 6 f.; *Uhlenbruck* S. 8; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht § 9 I 2, S. 480.

### III. Gründungsmotive; derzeitige Situation

#### 1. Steuerrechtliche Motive

Publikums-KGs wurden ursprünglich allein deswegen gegründet, um ihren Gesellschaftern Steuerersparnismöglichkeiten zu vermitteln. Dem liegt die Überlegung zugrunde, daß Personengeschaftern anders als Kapitalgesellschaften die Gewinne und Verlust der Gesellschaft unmittelbar anteilig zugerechnet werden. Der Gesellschafter kann die ihm zugewiesenen Verluste mit seinen sonstigen Einkünften verrechnen. Somit konnte es gerade für Bezieher hoher Einkünfte interessant sein, Geld in Personengesellschaften zu investieren, die die Zuweisung von Buchverlusten nahezu sicher gewährten. Dies war regelmäßig dort der Fall, wo der Gesetzgeber die "Erwirtschaftung" von Buchverlusten durch Sonderabschreibungen, erhöhte Absetzungen für Abnutzung oder die Bildung zunächst steuerfreier Rücklagen förderte. Dadurch sollten Investitionen angeregt werden, die der Gesetzgeber für volkswirtschaftlich wünschenswert hielt, die aber mangels entsprechender Renditeerwartung aus betriebswirtschaftlichen Erwägungen nicht getätigt würden.<sup>10</sup> Die weitreichendsten steuerlichen Möglichkeiten bieten sich dann, wenn es sich um Einkünfte aus Gewerbebetrieb i.S.v. § 15 EStG handelt. Bei entsprechend hohem Fremdkapital ließen sich zunächst Verlustzuweisungen erreichen, die ein Vielfaches von 100 % der eigenen Investitionen betragen (sog. leverage effect oder Hebelwirkung des Fremdkapitals).<sup>11</sup>

Mit sinkender Eigenkapitalquote steigt die Gefahr eines Zusammenbruchs. Die Gesellschaften sind dann besonders konkursanfällig, wenn die Projekte auf lange Sicht auch unter Berücksichtigung der steuerlichen Vorteile nicht profitabel sind.

Angesichts verbreiteten Mißbrauchs der steuerlichen Möglichkeiten und spektakulärer Firmenzusammenbrüche schränkte der Gesetzgeber die Verlustzuweisungsmöglichkeiten schrittweise ein. Die gravierendsten Einschränkungen ergaben sich aus § 15 a EStG, der 1980 eingefügt wurde.<sup>12</sup> Seitdem ist ein Rückgang der eigentlichen Abschreibungsgesellschaften zu beobachten.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> Übersicht bei: *Heid* S. 13 f.

<sup>11</sup> Beispiel bei: *Hüffer* JuS 1979, 457 (458).

<sup>12</sup> Übersicht über die Entwicklung bei: *Heid* S. 13-16.

<sup>13</sup> *Binz* § 15 Rdn. 3.