

Studien zum
Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht

206

Ioanna Tsotsa

Kapitalschutz bei den atypischen Personenhandelsgesellschaften *de lege lata* und *de lege ferenda*



Nomos

Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb

Prof. Dr. Mathias Habersack

Prof. Dr. Christoph Kumpan, LL.M. (Univ. of Chicago)

Prof. Dr. Adam Sagan, MJur (Oxon)

Begründet von

Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus J. Hopt

Prof. Dr. Manfred Lieb

Prof. Dr. Harm Peter Westermann

Band 206

Ioanna Tsotsa

Kapitalschutz bei den atypischen Personenhandelsgesellschaften de lege lata und de lege ferenda



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: LMU München, Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8825-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-3354-0 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für meinen Bruder und meine Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Das Manuskript habe ich im April 2021 abgeschlossen. Später veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur habe ich im Wesentlichen bis April 2022 nachgetragen.

Ich möchte mich bei den Personen bedanken, die entscheidend zur Fertigstellung dieser Arbeit beigetragen haben:

An erster Stelle ist mein verehrter Doktorvater, Herr Prof. Dr. Mathias Habersack, zu nennen. Für seine wertvollen Ratschläge, den mir gewährten Freiraum, die zügige Durchführung des Promotionsverfahrens und die insgesamt hervorragende Betreuung meiner Dissertation bin ich sehr dankbar. Außerdem danke ich Herrn Prof. Dr. Habersack sowie Frau Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb, Herrn Prof. Dr. Christoph Kumpan, LL.M. (Univ. of Chicago), und Herrn Prof. Dr. Adam Sagan, MJur (Oxon), für die Aufnahme meiner Dissertation in die Schriftenreihe *Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht*.

Dank gebührt auch Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Kindler für die Erstellung des Zweitgutachtens und Herrn Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit für die Übernahme des Beisitzes in der mündlichen Prüfung am 29. November 2021.

Außerdem möchte ich mich ganz besonders bei Herrn Prof. Dr. Jochen Vetter bedanken. Ohne seine wertvollen Anregungen zur Themenfindung wäre die vorliegende Arbeit so nicht entstanden.

Meinen Dank möchte ich auch an Herrn Prof. Dr. Hans-Jörg Ziegenhain richten – nicht nur für seine Unterstützung bei meinem Promotionsvorhaben, sondern auch dafür, dass er seit Beginn meiner praktischen Ausbildung bei Hengeler Mueller an mich glaubt.

Schließlich möchte ich meiner Familie – meinen Eltern Prof. Dr. Evangelos Tsotsas und Evangelia Mavridou und besonders meinem Bruder Niko – sowie Dr. Frederik Uller, LL.M. (LSE), auf diesem Wege von ganzem Herzen danken. Niko hat mich zum Verfassen dieser Arbeit inspiriert und bewegt. Frederik hat mich während des gesamten Promotionsverfahrens liebevoll unterstützt. Meinen Eltern habe ich alles zu verdanken, was ich

Vorwort

bislang erreicht habe. Worte können nicht beschreiben, wie dankbar ich für ihre bedingungslose Unterstützung und ihren Glauben an mich bin.

München, im April 2022

Ioanna Tsotsa

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung	21
Teil 1: Das Sonderrecht für atypische Personenhandelsgesellschaften als Grundlage eines Kapitalschutzkonzepts	28
A. Geschäftsleiter- und Liquidatorenpflichten im Vorfeld und während der materiellen Insolvenz	32
I. Präzisierung des Anwendungsbereichs und der Normadressaten	36
1. Anwendungsbereich	36
2. Normadressaten	37
II. Insolvenzbezogene Kapitalerhaltung	38
1. Insolvenzantragspflicht	38
a) Funktion	38
b) Überblick über die Haftung wegen Insolvenzverschleppung gemäß § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a Abs. 1 InsO	39
2. Zahlungsverbote	41
a) Überblick	41
b) Einordnung der Zahlungsverbote in das System insolvenzbezogener Verhaltenspflichten	43
(1) Verhältnis zwischen der Insolvenzantragspflicht und dem Verbot von Zahlungen bei Insolvenzreife der Gesellschaft	43
(a) Streit über die dogmatischen Grundlagen	43
(b) Beurteilung des Verhältnisses unter Berücksichtigung der Rechtslage vor und nach dem Inkrafttreten des SanInsFoG	45
(2) Verbot von zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führenden Zahlungen	49

III. Bedeutung der Ausgestaltung der Verhaltenspflichten spezifisch für den Gläubigerschutz bei atypischen Personenhandelsgesellschaften	50
1. Unabdingbarkeit der insolvenzbezogenen Verhaltenspflichten	50
2. Unmittelbarkeit der insolvenzbezogenen Verhaltenspflichten	52
B. Nachrang von Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens in der Insolvenz der atypischen Personenhandelsgesellschaft	54
I. Überblick über das Eigenkapitalersatzrecht	57
1. Grundlagen des Rechts eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen	57
a) Qualifizierung eines Gesellschafterdarlehens als Eigenkapitalersatz	57
b) Rechtsfolgen der Annahme eines eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens	58
2. Einbeziehung atypischer Personenhandelsgesellschaften	60
II. Geltende Rechtslage	62
1. Neuregelung des Rechts der Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG	62
a) Wesentliche Veränderungen	62
b) Rechtfertigung der besonderen rechtlichen Behandlung	63
(1) Ziel der Betrachtung	63
(2) Keine Finanzierungsfolgenverantwortung im Sinne des Eigenkapitalersatzrechts	64
(3) Verhinderung einer Steuerung des Insolvenzrisikos zulasten außenstehender Gläubiger	66
(4) Ausgleich für eine gesetzlich vorgesehene oder faktisch erreichte Haftungsbeschränkung	67
c) Präzisierung des Anwendungsbereichs für atypische Personenhandelsgesellschaften	69
2. Verhältnis zu den Zahlungsverboten	70

Teil 2: Ergänzung des Kapitalschutzes für atypische Personenhandelsgesellschaften auf Grundlage des geltenden Rechts	71
A. Kapitalerhaltung bei der werbenden atypischen Kommanditgesellschaft	72
I. Rechtsfortbildung anhand der GmbH & Co. KG	72
1. Überblick über die Rechtsprechung des BGH zur Anwendung von § 30 Abs. 1 GmbHG	72
a) Mittelbare Beeinträchtigung des Vermögens der Komplementär-GmbH	72
b) Kommanditisten als Auszahlungsempfänger	73
2. Konzept zur Ergänzung des Gläubigerschutzes bei atypischen Kommanditgesellschaften?	74
a) Haftung eines Kommanditisten, der zugleich GmbH- Gesellschafter ist	74
b) Haftung eines Nur-Kommanditisten	75
(1) Begründung des BGH	75
(2) Konzeptionelle Bedenken	76
(3) Analoge Anwendung von § 30 Abs. 1 GmbHG auf die atypische Kommanditgesellschaft?	78
(4) Weitere Vorgehensweise	80
II. Kapitalschutz für die atypische Kommanditgesellschaft?	81
1. UG & Co. KG	81
a) Zulässigkeit	81
b) Kapitalerhaltung im Sinne des BGH-Konzepts?	86
(1) Gleichlauf hinsichtlich des Stammkapitals	86
(2) Ergänzung des Auszahlungsverbots bei der UG	86
(a) Bereits gebildete Rücklage	87
(b) Gewinnausschüttungen infolge unterbliebener oder unzureichender Dotierung	88
(c) Verdeckte Gewinnausschüttungen	89
(3) Auswirkung der Ergänzung im Falle einer UG & Co. KG	91
2. Ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG	94
a) Zulässigkeit	94
(1) Anerkennung der ausländischen Kapitalgesellschaft	95
(2) Komplementärfähigkeit nach deutschem Sachrecht	99

b) Kapitalerhaltung im Sinne des BGH-Konzepts?	100
(1) Kapitalerhaltung auf Ebene der ausländischen Kapitalgesellschaft	100
(a) Meinungsstand	100
(b) Subsumtion am Beispiel der niederländischen B.V.	105
(2) Anwendung am Beispiel der B.V. & Co. KG	107
3. Fazit	110
III. Ansätze für einen komplementärunabhängigen Kapitalschutz bei der atypischen Kommanditgesellschaft	111
1. Auszahlungsverbot an der Grenze zur bilanziellen Überschuldung	111
a) Ansätze von <i>Karollus</i> und <i>Blaum</i>	111
b) Stellungnahme	115
2. Beschränkung der Dispositionsfreiheit über das Eigenkapital der Gesellschaft durch die Treupflicht	119
a) Ansatz von <i>Schläfke</i>	119
b) Stellungnahme	122
B. Kapitalerhaltung im Rahmen der Liquidation einer atypischen Kommanditgesellschaft	126
I. Ausgangslage	126
1. Fehlen einer liquidationsspezifischen Kapitalerhaltung im Recht der Personenhandelsgesellschaften	126
a) Prinzipieller Vorrang der Gläubigerbefriedigung	126
b) Dispositionsfreiheit der Gesellschafter	126
2. Insolvenzbezogene Sicherung des Gesellschaftsvermögens	128
a) Ergänzung des § 155 HGB durch die insolvenzbezogenen Liquidatorenpflichten	128
b) Kein Schutzmechanismus zugunsten unbekannter Gläubiger	129
II. Rechtsfortbildung anhand der GmbH & Co. KG	131
1. Kapitalerhaltung im Rahmen der Liquidation einer GmbH gemäß § 73 GmbHG	131
a) Zwingende Voraussetzungen für eine Vermögensverteilung unter den Gesellschaftern	131
b) Thesaurierungsgebot	132
c) Korrespondierendes Haftungssystem	132
2. Analoge Anwendung von § 73 GmbHG im Falle einer GmbH & Co. KG	133

III. Liquidationsspezifischer Kapitalschutz für die atypische Kommanditgesellschaft?	134
1. Heranziehung der auf den jeweiligen Komplementär anwendbaren Kapitalschutzvorschrift	134
2. Komplementär unabhängige Anwendung von § 73 GmbHG	136
a) Gründe für ein komplementär unabhängiges Verständnis	136
(1) Unmittelbare Anknüpfung an das KG-Vermögen	136
(2) Ergänzung des Kapitalschutzes bei einer GmbH & Co. KG als atypischer KG	137
(3) Von der Liquidation des Komplementärs unabhängige Anwendung	138
b) Liquidationsspezifische Kapitalerhaltung bei atypischen Personenhandelsgesellschaften de lege lata?	139
C. Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs in das Gesellschaftsvermögen	142
I. Grundlagen der Existenzvernichtungshaftung	143
1. Ergänzung des Kapitalerhaltungssystems	143
2. Existenzvernichtungshaftung im Liquidationsstadium	145
II. Ergänzung des Gläubigerschutzsystems der atypischen Personenhandelsgesellschaften	148
1. Mittelbar existenzvernichtender Eingriff in das Komplementärvermögen	148
a) Bedeutung und Vorgehensweise	148
b) Komplementär abhängige Anwendung des Haftungskonzepts auf eine GmbH & Co. KG	149
(1) Zweckgerechte Anwendung der Grundsätze zur Existenzvernichtungshaftung	149
(2) Übertragung der subjektiven Haftungsvoraussetzungen	151
(3) Anspruchszuordnung	152
c) Wiederkehrende Grenzen eines komplementär abhängigen Ansatzes	153
2. Unmittelbar existenzvernichtender Eingriff in das Vermögen der atypischen Personenhandelsgesellschaft	157
a) Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Gläubigerbefriedigung	157

b) Einschränkung mangels liquidationsspezifischen Kapitalerhaltungsgebots	159
Teil 3: Kapitalschutz bei atypischen Personenhandelsgesellschaften de lege ferenda	160
A. Kapitalschutzkonzept für werbende atypische Personenhandelsgesellschaften	162
I. Einführung eines Mindestkapitals für atypische Personenhandelsgesellschaften?	162
1. Grundlagen	162
a) Ausgangsüberlegung	162
b) Höhe des Mindestkapitals	163
2. Ausgestaltung des Mindestkapitalkonzepts	165
a) Orientierung am GmbH-Modell	165
b) Orientierung am Modell der Kommanditistenhaftung	166
(1) Verlagerung der Prüfung von Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung auf den Streitfall	166
(2) Haftung der Gesellschafter für einen Fehlbetrag	167
(a) Anknüpfung an die Einlageverpflichtungen der Gesellschafter?	167
(b) Gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter	168
3. Beurteilung des Mindestkapitalkonzepts mit Blick auf die rechtspolitischen Ziele	170
a) Keine insolvenzunabhängige Begrenzung von Vermögensverschiebungen auf die Gesellschafter	170
b) Zusätzliche Anforderung an die Rechnungslegung	170
II. Auszahlungsverbot	172
1. Auszahlungsverbot ohne vorherige Kapitalaufbringung	172
a) Rückbesinnung auf das Ziel einer insolvenzunabhängigen Kapitalsicherung	172
b) Tatbestand des Auszahlungsverbots	173
c) Parallele zur Diskussion über die Einführung einer neuen Rechtsform	174
2. Einschränkung der Dispositionsfreiheit der Gesellschafter über Einlageforderungen	175
a) Relevanz des Auszahlungsverbots	175
b) Erlass von Einlagepflichten	176

c) Rückzahlung von Einlagen	177
(1) Einwendung gegen den Rückzahlungsanspruch des Gesellschafters	177
(2) Abgrenzung zur Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens	179
3. Haftungssystem	181
a) Kapitalerhaltungshaftung der Geschäftsleiter	181
b) Gesellschafterhaftung	182
(1) Haftung des Leistungsempfängers	182
(2) Keine Ausfallhaftung der Mitgesellschafter	182
4. Beurteilung des Auszahlungsverbots anhand der rechtspolitischen Ziele	184
a) Systemkonsistente Ergänzung des Gläubigerschutzes	184
(1) Insolvenzunabhängige Begrenzung von Vermögensverschiebungen auf die Gesellschafter	184
(2) Blick auf die atypische Außen-GbR	184
(3) Unzulänglichkeit des Auszahlungsverbots?	185
b) Rechtsvereinfachung	186
(1) Regelungstechnische Ausgestaltung	186
(2) Vergleich mit einer reflexartigen Kapitalsicherung am Beispiel der GmbH & Co. KG	187
III. Ergänzung des Auszahlungsverbots	188
1. Mindestbetrag aggregierter Haftsummen	188
a) Ausgangsüberlegungen	188
(1) Mindestrisikobeteiligung der Kommanditisten einer atypischen Kommanditgesellschaft	188
(2) KG-spezifische Ergänzung des Auszahlungsverbots	190
b) Praktische Umsetzbarkeit eines Mindestbetrags aggregierter Haftsummen	191
(1) Zuhilfenahme der registergerichtlichen Prüfung	191
(a) Ablehnung des Eintragungsantrags bei Unterschreitung des Mindestbetrags	191
(b) Verbleibende Lücken	192
(2) Unterschreitung des Mindestbetrags infolge des Ausscheidens eines Kommanditisten	194
(a) Eingrenzung der relevanten Fälle	194
(b) Parallele zur Diskussion über die Folgen der Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils	196

(c) Anknüpfung an einen zugrundeliegenden Gesellschafterbeschluss?	197
(d) Verhältnismäßige Verteilung der wegfallenden Haftsumme?	198
(e) Erhaltung bzw. Wiederherstellung der Deckung des Mindestbetrags	199
c) Fazit	201
2. Begrenzte Thesaurierungspflicht	202
a) Grundlagen des Konzepts	202
(1) Orientierung am UG-Modell	202
(2) Begrenzung der Thesaurierungspflicht	203
(3) Bilanzielle Ausweisung der gesetzlichen Rücklage	204
b) Differenzierte Ergänzung des Auszahlungsverbots im Vorfeld der bilanziellen Überschuldung	205
(1) Erhaltung des zur Deckung der bereits dotierten Rücklage erforderlichen Vermögens	205
(2) Gewinnausschüttungen infolge unterbliebener oder unzureichender Dotierung	206
(a) Nichtigkeit der relevanten Gesellschafterbeschlüsse	206
(b) Rückgewähranspruch der Gesellschaft	208
(3) Verbot verdeckter Gewinnausschüttungen bis zur Erreichung der Obergrenze	209
c) Fazit	210
3. Zwischenergebnis	211
B. Liquidationsspezifischer Kapitalschutz für atypische Personenhandelsgesellschaften	213
I. Ausgangsüberlegung	213
1. Anknüpfung an die Ausführungen zu einer analogen Anwendung von § 73 GmbHG	213
2. Vorgehensweise	214
II. Ergänzungen zur Ausgestaltung des liquidationsspezifischen Kapitalschutzes	214
1. Beginn des Sperrjahres	214
2. Haftungssystem	215
a) Schadenersatzpflicht der Liquidatoren gegenüber der Gesellschaft	215
b) Haftung der Gesellschafter auf Rückgewähr rechtswidrig erhaltener Auszahlungen	215

c) Unmittelbare Haftung gegenüber rechtswidrig übergangenen Gläubigern	216
III. Zweiseitige Bedeutung des Sperrjahres	217
1. Vollbeendigung der GmbH trotz bestehender Verbindlichkeiten	217
2. Bedeutung einer Sperrjahresregelung für atypische Personenhandelsgesellschaften mit Blick auf § 735 BGB	219
a) Vollbeendigung einer atypischen Personenhandelsgesellschaft trotz bestehender Verbindlichkeiten?	219
b) Angleichung an die Rechtslage für die GmbH	221
IV. Beurteilung des Auszahlungsverbots anhand der rechtspolitischen Ziele	222
1. Systemkonsistente Ergänzung des Gläubigerschutzes	222
a) Insolvenzunabhängige Begrenzung von Vermögensverschiebungen auf die Gesellschafter	222
b) Blick auf die atypische Außen-GbR	223
2. Rechtsvereinfachung	224
Zusammenfassung der Ergebnisse	225
Literaturverzeichnis	233

Abkürzungsverzeichnis

allg.M.	allgemeine Meinung
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
gem.	gemäß
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2026)
MoPeG	Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436)
NL-BGB	Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch
SanInsFoG	Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG) vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3256)

Abkürzungen für Literaturnachweise sind im Literaturverzeichnis gesondert erläutert. Im Übrigen wird auf die Ausführungen bei *Kirchner, Hildebert* (Begr.), Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Auflage, Berlin/Boston 2021, verwiesen.

Einleitung

Das Recht der Personengesellschaften befindet sich im Umschwung. In der vergangenen 19. Legislaturperiode hat sich die Große Koalition dem in ihrem Koalitionsvertrag angekündigten Vorhaben angenommen, das Personengesellschaftsrecht zu reformieren.¹ Die zum Zweck der Herausarbeitung eines Gesetzentwurfs vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzte Expertenkommission hat am 20. April 2020 ihren „Mauracher Entwurf“² vorgelegt.³ Auf dem Mauracher Entwurf basiert der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG).⁴ Der Bundestag hat den Gesetzentwurf in der vom Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz empfohlenen Fassung in seiner 236. Sitzung am 24. Juni 2021 einstimmig angenommen.⁵ Am darauffolgenden Tag ist der Beschluss des Bundesrates ergangen, keinen Antrag auf Einberufung des Vermittlungsausschusses gemäß Art. 77 Abs. 2 GG zu stellen.⁶ Das MoPeG wurde schließlich am 17. August 2021

-
- 1 Siehe die Ankündigung im Koalitionsvertrag „Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD“, 19. Legislaturperiode, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/koalitionsvertrag-zwischen-cdu-csu-und-spd-195906> (letzter Zugriff: 1.5.2022), S. 131.
 - 2 Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (im Folgenden: Mauracher Entwurf), abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/Modernisierung_PersonengesellschaftsR.html (letzter Zugriff: 1.5.2022).
 - 3 Mitglieder der Expertenkommission waren *VRiBGH a.D. Prof. Dr. Alfred Bergmann, Prof. Dr. Barbara Grunewald, Dr. Marc Hermanns, Prof. Dr. Thomas Liebscher, Dr. Gabriele Roßkopf, Prof. Dr. Carsten Schäfer, Prof. Dr. Frauke Wedemann, Prof. Dr. Johannes Wertenbruch*; siehe zur Einsetzung der Expertenkommission Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, S. 100.
 - 4 Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG), BT-Drucks. 19/27635; siehe für den Aufbau auf den Mauracher Entwurf Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, S. 100.
 - 5 Deutscher Bundestag, 236. Sitzung, Plenarprotokoll 19/236, S. 30757C; BT-Drucks. 19/30942 (Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) zum RegE MoPeG); BT-Drucks. 19/31105 (Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) zum RegE MoPeG).
 - 6 BR-Drucks. 567/21 (Beschluss).

im Bundesgesetzblatt verkündet und wird im Wesentlichen am 1. Januar 2024 in Kraft treten.⁷

Anliegen dieser Arbeit ist, einen Beitrag zur Reformierung des Personengesellschaftsrechts für einen Bereich zu leisten, der im Gesetzgebungsverfahren zum MoPeG nicht berücksichtigt wurde: den Gläubigerschutz bei atypischen Personenhandelsgesellschaften. Gemeint sind damit Personenhandelsgesellschaften, für deren Verbindlichkeiten weder unmittelbar noch mittelbar eine natürliche Person unbeschränkt haftet.⁸ In diesem Sinne soll die Bezeichnung als „atypisch“ auch im weiteren Verlauf der Arbeit verwendet werden.⁹ Das MoPeG sieht bis auf eine punktuelle Regelung für die Einheitsgesellschaft¹⁰ in der Rechtsform der KG keine Vorschriften vor, die spezifisch atypische Personenhandelsgesellschaften betreffen.¹¹ Stattdessen wird ausdrücklich von einer Kodifizierung der „Kapitalgesellschaft und Compagnie“ KG abgesehen.¹² Ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs des MoPeG seien diese Erscheinungsformen einer KG wegen ihrer Vielgestaltigkeit einer abstrakt-generellen Regelung nicht ohne Weiteres zugänglich.¹³ Es werde außerdem am gesetzlichen Leitbild der „personalistisch strukturierten Gesellschaft“ festgehalten.¹⁴ Als Komplementäre einer KG nach diesem gesetzlichen Leitbild fungieren natürliche Personen, die zugleich „die Geschicke der Gesellschaft lenken“.¹⁵ Dem-

7 Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) vom 10. August 2021, BGBl. I S. 3436; siehe Art. 137 MoPeG zu dessen Inkrafttreten.

8 Siehe zum Aspekt einer über weitere Gesellschafterebenen vermittelten Haftung nach § 128 HGB noch die Einführung in Teil 1.

9 Ebenso etwa RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, S. 178, 213 f. (atypische GbR), 255 (atypische KG); *Habersack*, ZGR 2020, 539, 564 f.

10 Am Bsp. einer GmbH & Co. KG ist die KG in diesem Fall alleinige Gesellschafterin ihrer Komplementär-GmbH – siehe nur *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 8 Rn. 3; *Henze/Notz*, in: Joost/Strohn, Anh 1 § 177a Rn. 23.

11 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, S. 220; siehe Art. 51 Nr. 10 MoPeG, BGBl. 2021 I S. 3436, 3466, für die punktuelle Regelung für die Einheits-KG im künftigen § 170 Abs. 2 HGB. Erwähnenswert, wenn auch nicht die rechtliche Behandlung von atypischen Personenhandelsgesellschaften betreffend, ist, dass die Personenhandelsgesellschaften für die Ausübung Freier Berufe geöffnet werden sollen – siehe § 107 Abs. 1 HGB in der Fassung des MoPeG (Art. 51 Nr. 3 MoPeG, BGBl. 2021 I S. 3436, 3458) sowie Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, S. 110 mit S. 102.

12 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, S. 220.

13 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, S. 220.

14 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, S. 220.

15 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, S. 220.

gegenüber beschränke sich die Rolle der Kommanditisten vornehmlich auf die eines Kapitalgebers.¹⁶ Die Empfehlung der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 71. Deutschen Juristentages¹⁷, auf Ebene der atypischen KG „eigenständige Regelungen zu Themen“ einzuführen, die bisher im Falle einer GmbH & Co. KG durch Ausdehnung des GmbH-Rechts gelöst werden,¹⁸ ist nicht aufgegriffen worden.¹⁹ Eines dieser Themen ist die Anwendung von § 30 Abs. 1 GmbHG auf Auszahlungen aus dem Vermögen einer GmbH & Co. KG.²⁰ Darauf wird gerade auch mit Blick auf eine als Komplementär fungierende Kapitalgesellschaft, die nach dem Recht eines anderen EU-Mitgliedstaates gegründet worden ist – und insoweit mithin dem Fokus der genannten Empfehlung entsprechend –²¹, im zweiten Teil dieser Arbeit näher einzugehen sein.

Nach der im Recht der Personenhandelsgesellschaften zum Ausdruck kommenden Wertung bedarf es neben der persönlichen Gesellschafterhaftung nach Maßgabe von § 128 HGB²² weder besonderer Anforderungen an die Kapitalausstattung und flankierender Regelungen zur Sicherstellung einer entsprechenden Kapitalaufbringung noch Vorschriften zur Kapitalerhaltung.²³ Vermögensverlagerungen auf die Gesellschafter sind auch bei einer KG nicht spezifisch begrenzt. Eine etwa fortbestehende oder infolge

16 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, S. 220.

17 Der 71. Deutsche Juristentag fand vom 13. bis zum 16. September 2016 in Essen statt.

18 Ständige Deputation DJT, Verhandlungen des 71. DJT, Band II/1, S. O 105 (Beschluss Nr. 28).

19 Siehe zum Mauracher Entwurf *Habersack*, ZGR 2020, 539, 565.

20 Siehe zunächst nur *Habersack*, in: Ständige Deputation DJT, Verhandlungen des 71. DJT, Band II/2, S. O 188, im Rahmen der Diskussion der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 71. DJT.

21 Siehe neben dem Nachweis in Fn. 18 *Wicke*, in: Ständige Deputation DJT, Verhandlungen des 71. DJT, Band II/1, S. O 31, 46–48.

22 Das MoPeG sieht mit den §§ 721, 721a und 721b BGB (Art. 1 Nr. 3 MoPeG, BGBl. 2021 I S. 3436, 3442) eine Aufnahme des Normenkomplexes zur persönlichen Gesellschafterhaftung in das BGB vor. Mit Inkrafttreten des MoPeG insoweit wird die persönliche Gesellschafterhaftung weiterhin (auch) im Recht der OHG geregelt sein; in der Sache entsprechen die vorgesehenen §§ 126–128 HGB (Art. 51 Nr. 3 MoPeG, BGBl. 2021 I S. 3436, 3461) im Wesentlichen den geltenden §§ 128–130 HGB (mit Ausnahme der Regelung zur Zwangsvollstreckung in § 129 Abs. 4 HGB, die sich der Sache nach in § 129 Abs. 2 HGB in der Fassung des MoPeG wiederfindet) – siehe zum Ganzen mit Bezug auf die Personenhandelsgesellschaften Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, S. 242.

23 Vgl. *Habersack*, in: *Habersack/Schäfer*, § 128 Rn. 1; *Wiedemann*, GesR I, § 10 III 1 b) (S. 540) (zur „gesetzgeberischen Leitidee“).

einer Auszahlung wiederauflebende Haftung des betreffenden Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ist davon strikt zu unterscheiden.²⁴ Ein Auszahlungsverbot geht damit gerade nicht einher.²⁵ Sind im Falle einer OHG sämtliche Gesellschafter, bei einer KG deren Komplementär bzw. Komplementäre natürliche Personen, haften diese nach Maßgabe von § 128 HGB unbeschränkt mit ihrem Privatvermögen für Gesellschaftsverbindlichkeiten. Auch im Falle einer atypischen Personenhandelsgesellschaft haften die als OHG-Gesellschafter bzw. Komplementäre fungierenden juristischen Personen unbeschränkt gemäß § 128 HGB. In beiden Konstellationen tritt zugunsten der Gesellschaftsgläubiger eine weitere Haftungsmasse neben das Gesellschaftsvermögen.²⁶ Die Bedeutung der persönlichen Haftung einer natürlichen Person im Vergleich zu der einer juristischen Person liegt jedoch darin, dass mit dem Risiko der persönlichen Inanspruchnahme ein ohne einschlägige gesetzliche Vorschriften funktionsfähiger Kapitalschutz einhergehen kann.²⁷ In Anbetracht des prinzipiell unbegrenzten Haftungsrisikos liegt es grundsätzlich im Interesse der als OHG-Gesellschafter bzw. Komplementäre fungierenden natürlichen Personen, Vermögensverlagerungen auf Mitgesellschafter entgegenzutreten, in deren Folge oder wenn bereits die Gesellschaft ihre fälligen Verbindlichkeiten nicht mehr begleichen kann.²⁸ Der BGH spricht mit Bezug auf die gesetzestypische KG und konkret hinsichtlich Auszahlungen an Kommanditisten von der „Bremsfunktion“ des Komplementärs bzw. dessen unbeschränkter Haftung.²⁹ Mit Blick etwa auf eine Verringerung des Vermögens einer KG zugunsten eines Kommanditisten, die auf einer

24 Vgl. nur *K. Schmidt*, in: *MüKo HGB*, §§ 171, 172 Rn. 64; *Scholz*, in: *Westermann/Wertenbruch, Hdb PersG*, Rn. I 2951 (Stand Juni 2019).

25 Siehe die Nachweise in voriger Fn.

26 Siehe zu dieser Funktion der persönlichen Haftung *Huber*, *ZGR* 1988, 1, 16; *Wiedemann*, *GesR I*, § 10 III 1 a) bb) (S. 536) und § 10 III 1 b) (S. 539).

27 Vgl. mit Bezug auf die unbeschränkte Komplementärhaftung BGHZ 60, 324, 332 = NJW 1973, 1036, 1038 f.; BGHZ 110, 342, 356 = NJW 1990, 1725, 1729; *Huber*, *ZGR* 1988, 1, 16 f.; siehe zur Funktion der persönlichen Haftung als „Verhaltenskontrolle“ bzw. „Verhaltenssteuerung“ *Wiedemann*, *GesR I*, § 10 III 1 a) bb) (S. 536) und § 10 III 1 b) (S. 539 f.).

28 Siehe mit Bezug auf die unbeschränkte Komplementärhaftung BGHZ 60, 324, 332 = NJW 1973, 1036, 1038 f.; BGHZ 110, 342, 356 = NJW 1990, 1725, 1729; *Huber*, *ZGR* 1988, 1, 16 f.

29 BGHZ 60, 324, 332 = NJW 1973, 1036, 1039; BGHZ 110, 342, 357 = NJW 1990, 1725, 1729.

Vereinbarung über dessen Einlagepflicht³⁰ oder eine nachträgliche Disposition³¹ darüber beruht, liegt dem zugrunde, dass es des Einvernehmens sämtlicher Gesellschafter bedarf.³² Bei einer atypischen Personenhandels-gesellschaft ist keine natürliche Person dem Risiko einer unbeschränkten Haftung ausgesetzt. Eine sich potentiell positiv auf die Kapitalausstattung der Gesellschaft auswirkende „Bremsfunktion“ der unbeschränkten Gesellschafterhaftung fehlt.³³ Angesichts dieser Funktion der persönlichen Haftung nach Maßgabe von § 128 HGB ist die Haftung im Falle einer atypischen Personenhandelsgesellschaft insoweit beschränkt, als keine natürliche Person unbeschränkt für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet.³⁴

Der Gesetzgeber hat darauf schon vor über 45 Jahren durch die Einführung von Sonderregelungen für atypische Personenhandelsgesellschaften reagiert.³⁵ In erster Linie ist damit eine derartige Vermeidung der unbeschränkten Haftung einer natürlichen Person anerkannt worden.³⁶

-
- 30 Siehe zur Vertragsfreiheit mit Bezug auf Kommanditeinlagen nur *Sassenrath*, in: Westermann/Wertenbruch, Hdb PersG, Rn. I 2818 (Stand Januar 2018); *K. Schmidt*, in: MüKo HGB, §§ 171, 172 Rn. 11; siehe im Zusammenhang mit der Frage, inwieweit der Kommanditist von seiner Außenhaftung befreit wird, auch *K. Schmidt*, in: MüKo HGB, §§ 171, 172 Rn. 56; *Thiessen*, in: Staub, § 171 Rn. 151.
 - 31 Siehe zur Dispositionsfreiheit der Gesellschafter über Einlageforderungen der Gesellschaft mit Bezug auf Kommanditeinlagen nur *Sassenrath*, in: Westermann/Wertenbruch, Hdb PersG, Rn. I 2818 (Stand Januar 2018); *K. Schmidt*, in: MüKo HGB, §§ 171, 172 Rn. 11, 39; *Strohn*, in: EBJS, § 171 Rn. 7.
 - 32 In Abgrenzung zur Geschäftsführung handelt es sich insoweit um Grundlagengeschäfte – siehe dazu nur *Schäfer*, in: Habersack/Schäfer, § 105 Rn. 207, § 114 Rn. 15.
 - 33 Siehe zum Versagen bzw. Wegfall der „Bremsfunktion“ mit Bezug auf die unbeschränkte Komplementärhaftung BGHZ 110, 342, 357 f. = NJW 1990, 1725, 1729; *Hunscha*, GmbHR 1973, 257, 260 f.; *Immenga*, ZGR 1975, 487, 489; *Schläpke*, Vermögensbindung, S. 122–124, 128; *Stimpel*, in: 25 Jahre BGH, 13, 14; *Teichmann*, ZGR 2014, 220, 249.
 - 34 Prägnant zur unbeschränkten Haftung einer juristischen Person vor dem Hintergrund der Funktion der persönlichen Haftung zur Verhaltenssteuerung *Wiedemann*, GesR I, § 10 III 1 b) (S. 539 f.); siehe auch BGHZ 110, 342, 356 f. = NJW 1990, 1725, 1729.
 - 35 So durch das Erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (1. Wi-KG) vom 29. Juli 1976, BGBl. I S. 2034; Näheres zu den Sonderregelungen folgt in Teil 1.
 - 36 Bereits im Jahre 1912 hat sich das BayObLG für die Zulässigkeit der GmbH & Co. KG ausgesprochen – siehe dazu *Fleischer/Wansleben*, GmbHR 2017, 169, 171; zehn Jahre später RGZ 105, 101, insbesondere 104–106; bestätigt durch BGH WM 1956, 61, 63.