

**Frederic Peine**

# Der Anleger- kommanditist



Pro Universitate  
Verlag

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b> .....	VII
<b>Einleitung, Gang und Ziel der Darstellung</b> .....	1
<b>Teil 1 Der Anlegerkommanditist in der Kommanditgesellschaft</b> .....	3
<b>A. Begriffsdefinition der Kommanditgesellschaft</b> .....	3
I. Personengesellschaftsrechtliche Einordnung und Strukturmerkmale ...	3
1. Regelungssystem der Kommanditgesellschaft .....	3
2. Charakteristikum und Gesellschaftergruppen .....	3
II. Erscheinungstypen der Kommanditgesellschaft .....	5
III. Interessenkonflikt zwischen den Gesellschaftergruppen .....	6
<b>B. Anlegerschutz bei Beitritt in die KG</b> .....	7
I. Beitritt des Kommanditisten in die KG nach Regelungen über die OHG .....	7
II. Täuschung des Kommanditisten bei Beitritt .....	8
III. Zustimmung zum Geschäftsbeginn .....	9
<b>C. Anlegerschutz für die Dauer des Verbleibs in der KG</b> .....	11
I. Erhöhung der Haftsumme des Kommanditisten .....	11
1. Einlageverpflichtung aus §§ 171, 172 HGB .....	11
2. Erhöhung der Haftsumme .....	11
a) Pflicht der Gesellschafter zur Vertragsänderung .....	12
b) Mitwirkungspflicht an Erhöhung der Haftsumme .....	12
II. Treuepflichten des Kommanditisten .....	13
1. Treuepflichten gegenüber der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern .....	13
2. Treuepflicht bezüglich der Entscheidung „Sanieren oder Ausscheiden“ .....	13
3. Abwägung des Thesaurierungs- gegen das Ausschüttungsinteresse .	14
III. Schutz des Kommanditisten bei Gewinnentnahme .....	15
1. Scheingewinne nach § 172 Abs. 5 HGB .....	15
2. Gutgläubigkeit des Kommanditisten bei einer Gewinnentnahme ...	16
3. Rechtsfolgen im Außen- und Innenverhältnis .....	17

IV. Schutz vor der Geschäftsführung . . . . .	18
1. Geschäftsführungsbefugnis der Komplementäre . . . . .	18
2. Einwirkungsmöglichkeiten des Kommanditisten auf die Geschäftsführung . . . . .	18
<b>D. Schutz bei der (geplanten) Veräußerung der Beteiligung</b> . . . . .	20
I. Übertragung des Kommanditanteils . . . . .	20
II. Auskunftsrecht des Kommanditisten bei geplanter Veräußerung seiner Beteiligung . . . . .	20
III. Haftungsvermeidung durch Rechtsnachfolgevermerk bei Beteiligungsveräußerung . . . . .	23
<b>E. Anlegerschutz in der Insolvenz der KG</b> . . . . .	27
I. Die Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters nach § 171 Abs. 2 HGB . . . . .	27
II. Abwehrmöglichkeit Eins des Kommanditisten: Einwendungen . . . . .	27
III. Abwehrmöglichkeit Zwei des Kommanditisten: Aufrechnung . . . . .	29
<b>F. Zwischenfazit</b> . . . . .	31
<b>Teil 2 Der Anlegerkommanditist         in der Publikumskommanditgesellschaft</b> . . . . .	33
<b>A. Begriffsdefinition der Publikumskommanditgesellschaft</b> . . . . .	33
I. Merkmale der Publikums-KG . . . . .	33
II. Entwicklung hin zum Sondergesellschaftsrecht . . . . .	34
III. Gesellschafterstruktur . . . . .	34
IV. Bedeutungsverlust durch Inkrafttreten des KAGB . . . . .	35
<b>B. Anlegerschutz in der Publikums-KG</b> . . . . .	36
I. Objektive Auslegung und Inhaltskontrolle des Gesellschaftsvertrags . . . . .	36
1. Objektive Auslegung . . . . .	36
2. Inhaltskontrolle des Gesellschaftsvertrags . . . . .	37
a) Möglichkeit der Inhaltskontrolle . . . . .	37
b) Reichweite der Inhaltskontrolle . . . . .	38
II. Fehlerhafter Beitritt zur Publikums-KG . . . . .	39
1. Beitritt zur Gesellschaft . . . . .	39
2. Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft . . . . .	39
III. Haftung bei Beitritt eines neuen Kommanditisten . . . . .	41
1. Prospekthaftung nach § 20 VermAnlG . . . . .	41
2. Haftung nach <i>culpa in contrahendo</i> . . . . .	43
a) Haftung der Mitgesellschafter . . . . .	43
b) Haftung der Publikums-KG . . . . .	44

IV. Anlegerschutz im Innenverhältnis der Publikums-KG .....	45
1. Nachschusspflichten des Kommanditisten .....	45
2. Weitere Pflichten sowie Rechte des Kommanditisten .....	48
a) Treuepflicht, insbesondere „Sanieren oder Ausscheiden“ .....	48
b) Treuepflichtverstoß .....	49
c) Beteiligung an Gestaltungsklagen .....	49
d) Auskunftsrechte .....	50
V. Anlegerschutz durch die Installierung eines Beirats .....	52
1. Typen und Entstehung .....	52
2. Organschaftliche Stellung und Kompetenzen .....	53
3. Haftung des Beirats .....	55
VI. Anlegerschutz im Rahmen der Treuhandbeteiligung an einer Publikums-KG .....	56
1. Möglichkeiten der Treuhandbeteiligung .....	56
2. Zustandekommen und Beendigung der Treuhandbeziehung .....	57
3. Rechte und Pflichten des mittelbaren beteiligten Anlegers .....	58
4. Anlegerschutz und Haftung .....	59
<b>C. Zwischenfazit</b> .....	<b>63</b>

**Teil 3 Der Anlegerkommanditist in  
der Investmentkommanditgesellschaft** .....

<b>A. Die Einführung der Investmentkommanditgesellschaft durch das Kapitalanlagegesetzbuch</b> .....	<b>65</b>
I. Entstehung des Kapitalanlagegesetzbuchs (KAGB) .....	65
1. Einführung der AIFM-Richtlinie .....	65
2. Umsetzung der Richtlinie durch den deutschen Gesetzgeber .....	66
3. Wirtschaftliche Bedeutung der Fondsbranche in Deutschland .....	66
II. Anwendungsbereich und <i>numerus clausus</i> des KAGB .....	67
III. Gestaltungsmöglichkeiten für Investmentfonds nach dem KAGB und Einordnung der Investmentkommanditgesellschaft in dieses Regelwerk .....	68
1. OGAW und AIF nach dem KAGB .....	68
2. Investmentvermögen als Publikums- und Spezialfonds .....	69
3. Investmentvermögen als offene und geschlossene Fonds .....	69
4. Auswirkungen der bestehenden Gesetzessystematik auf den Invest- mentfonds in der Rechtsform der Investmentkommanditgesellschaft. .	70
IV. Ziel der Untersuchung .....	70

<b>B. Anlegerschutz im Rahmen des Beitritts zur Investment-KG</b> . . . . .	71
I. Obligatorische Kommanditistenstellung des Anlegers . . . . .	71
1. Begründung für dieses zwingende Erfordernis . . . . .	71
2. Geschlossene Investment-KG als Publikumsfonds . . . . .	71
a) Ausschluss der Beteiligung für Privatanleger an offener Investment-KG . . . . .	71
b) Folge eines Verstoßes . . . . .	73
aa) Rechtsgeschäftlicher Erwerb . . . . .	74
bb) Erwerb im Wege der Universalsukzession . . . . .	78
II. Möglichkeit der Treuhandbeteiligung . . . . .	80
1. Treuhandmodell in der Investment-KG . . . . .	80
2. Wahlrecht des Anlegers hinsichtlich der Beteiligungsform . . . . .	82
III. Gesellschaftsvertrag der Investment-KG . . . . .	83
1. Rechtsformzwang für Investmentvehikel und dessen Auswirkungen auf den Gesellschaftsvertrag . . . . .	83
2. Möglichkeit der Inhaltskontrolle . . . . .	88
IV. Zwischenfazit . . . . .	89
<b>C. Anlegerschutz für die Dauer des Haltens der Beteiligung</b> . . . . .	90
I. Zahlungsverpflichtungen des Kommanditisten in der Investment-KG . .	91
1. Leistung der Einlage . . . . .	91
a) Gespaltene/Gesplittete Einlage . . . . .	91
b) Leistung der Einlage durch Einbringung von Sacheinlagen . . .	92
c) Zahlungsverpflichtung der KVG bei Anteilsausgabe ohne Einlageleistung . . . . .	96
2. Nachschusspflicht des Kommanditisten . . . . .	98
3. Rückzahlung der Einlage . . . . .	101
4. Zwischenfazit . . . . .	105
II. Haftungsverfassung in der Investment-KG aus der Anlegerperspektive .	106
1. Das Konstrukt der beteiligten Protagonisten . . . . .	106
a) Die Kapitalverwaltungsgesellschaft . . . . .	106
b) Die Verwahrstelle . . . . .	109
c) Das Investment-Dreieck/-Viereck . . . . .	110
2. Die Aktivlegitimation des Anlegers . . . . .	112
a) Gesetzlicher Ausgangspunkt des § 89 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, S. 2, Abs. 2 S. 1, 2 KAGB . . . . .	112
aa) Prozessstandschaft nur für das Anlegerkollektiv? . . . . .	112
bb) Nur Kollektiv- oder auch Individualschäden erfasst? . . . .	114
cc) Defizite der Anspruchsgeltendmachung . . . . .	117
b) Die Aktivlegitimation der Anleger im Investment-Dreieck/ -Viereck . . . . .	119
aa) Aufgabe der gesellschaftsrechtlichen zugunsten der fondsspezifischen Haftungsstruktur . . . . .	119

bb)	Begründung für die Aktivlegitimation im Investment-Dreieck .....	121
(i)	Zivilrechtliche Perspektive .....	121
(ii)	Investmentrechtliche Komponente .....	125
cc)	Begründung für die Aktivlegitimation im Investment-Viereck .....	126
3.	Haftungsfälle .....	127
a)	Das unerlaubte Investmentgeschäft unter der Regelung des § 823 Abs. 2 BGB .....	127
aa)	Die Schutzgesetzzeigenschaft der §§ 20 ff., 44 KAGB .....	128
bb)	Der persönliche und sachliche Schutzbereich .....	130
cc)	Haftungsadressat des Schutzgesetzes .....	131
(i)	Schonung des Anlagevermögens .....	132
(ii)	Trennung von Anlage- und Betriebsvermögen .....	134
(iii)	Anforderungen des KAGB für den Fall der Berufshaftung .....	135
(iv)	Fazit .....	136
b)	Anlegeransprüche gegen die Investment-KG und ihre Organe .....	136
aa)	Geschäftsführung und Vertretungsmacht der Komplementäre .....	136
(i)	Bestellung der externen KVG .....	137
(ii)	Verbleibendes Aufgabenfeld des Investmentfonds .....	140
bb)	Verhaltenspflichten der Komplementäre aus §§ 128, 153 KAGB und deren Rechtsnatur .....	141
cc)	Haftung der Geschäftsführer gegenüber den Anlegern .....	145
dd)	Haftung der Fondsgesellschaft gegenüber den Anlegern .....	147
c)	Anlegeransprüche gegen die Verwahrstelle .....	147
d)	Sonstige bestehende Ansprüche gegen die KVG .....	148
4.	Zwischenfazit .....	150
<b>D.</b>	<b>Der Exit des Anlegers der Investment-KG .....</b>	<b>153</b>
I.	Kündigungsrecht des Anlegers hinsichtlich seiner Beteiligung .....	153
II.	Nachhaftung des Anlegerkommanditisten bei Ausscheiden .....	156
III.	Zwischenfazit .....	158
<b>Teil 4</b>	<b>Summa .....</b>	<b>159</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>		<b>163</b>
<b>Entscheidungssammlung .....</b>		<b>174</b>

# Einleitung, Gang und Ziel der Darstellung

Die Stellung des Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft hat sich seit dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs am 01.01.1900 in Teilbereichen stark verändert. Das HGB hat die Struktur und Regelungen der Kommanditgesellschaft aus dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1861 in wesentlichen Teilen übernommen, insbesondere § 161 HGB ist vom Sinn her nahezu identisch mit der Vorgängerregelung.<sup>1</sup> Das vom Gesetzgeber ursprünglich vorgesehene Leitbild der KG, die nur eine geringe Anzahl an Kommanditisten als beschränkt haftende Gesellschafter aufweist, ist heute nicht mehr uneingeschränkt gültig.<sup>2</sup> Die Kommanditgesellschaft hat sich von der normativen Idealform ausgehend weiterentwickelt. Betrachtet wird im Folgenden die rein wirtschaftliche Beteiligung an der Gesellschaft durch den Kommanditisten.

Gedanklicher Ausgangspunkt ist zunächst die „normale“ KG, in die ein rein auf wirtschaftliches Engagement bedachter Kommanditist ohne unternehmerisches Interesse investiert. Als erste Stufe der Weiterentwicklung hat sich von Mitte der 1960'er Jahre an die Massen- oder Publikumsgesellschaft herausgebildet, die auf die finanzielle Beteiligung einer Vielzahl von Anlegern als Kommanditisten gerichtet ist. Die gesetzlichen Vorschriften der §§ 161–177a HGB passten nur noch bedingt zu diesem Ableger der ursprünglichen Kommanditgesellschaft, sodass sich über die Zeit mit der Entwicklung der KG einhergehend ein Sonderrecht durch die Rechtsprechung für diese Gesellschaftsform etabliert hat.<sup>3</sup> Hauptaugenmerk dieser Rechtsprechung lag und liegt dabei auf dem Anlegerschutz der beteiligten Kommanditisten. Schlussendlich endet durch die Umsetzung der EU-Vorgaben aus heutiger Sicht die Fortentwicklung der Kommanditgesellschaft in Deutschland mit dem Inkrafttreten des Kapitalanlagegesetzbuchs im Jahr 2013, das die offene und die geschlossene Investmentkommanditgesellschaft als neue Rechtsform für Investmentvermögen statuiert hat. Unter dem Eindruck der Erfahrungen aus der Finanzkrise von 2007/2008 steht dabei der einzelne Anleger und das Anlegerkollektiv im Vordergrund des Schutzzwecks der neuen Vorschriften.<sup>4</sup>

Die Rechtsposition des Kommanditisten ist inzwischen aufgrund des Abrückens von der gesetzlichen Ausgangslage und der gesetzgeberischen Neuschöpfung differenziert zu betrachten. Der Gang dieser Arbeit orientiert sich zunächst an einer Darstellung der bestehenden Schutzmöglichkeiten für den rein wirtschaftlich beteiligten Kommanditisten in der klassischen Form der KG für alle Beteiligungsphasen. Im Anschluss daran wird das Sonderrecht der Publikums-KG unter dem Aspekt des Anlegerschut-

1 *Gummert* in MÜHdbGesR II, § 1 Rn 8 f.

2 Zur historischen Entwicklung der KG siehe *Gummert* in MÜHdbGesR II, § 1 Rn 1 ff.

3 Siehe dazu detaillierter unter Teil 2.

4 Näher zur Investment-KG unter Teil 3.

zes beleuchtet. Ziel dieser Arbeit ist abschließend, die nun aktuelle Gesetzeslage des KAGB auf den Schutz des Anlegerkommanditisten der Investmentkommanditgesellschaft<sup>5</sup> in den einzelnen Investitionsphasen hin zu untersuchen, diesbezüglich Schwachpunkte und Kritik herauszuarbeiten sowie Verbesserungsmöglichkeiten aufzuzeigen.

5 Im Interesse der sprachlichen Abwechslung werden für die Investmentkommanditgesellschaft im Folgenden auch die Begriffe „Investment-KG“ und „Inv.-KG“ verwendet.

# **Der Anlegerkommanditist in der Kommanditgesellschaft**

## **A. Begriffsdefinition der Kommanditgesellschaft**

### **I. Personengesellschaftsrechtliche Einordnung und Strukturmerkmale**

#### *1. Regelungssystem der Kommanditgesellschaft*

Die Kommanditgesellschaft ist mit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und der offenen Handelsgesellschaft eine der klassischen und in der Praxis wesentlichen Rechtsformen des Personengesellschaftsrechts.<sup>6</sup> Ihre rechtliche Behandlung orientiert sich gemäß § 161 Abs. 2 HGB an den Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft und damit über den Verweis in § 105 Abs. 3 HGB auch an den Regelungen zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach §§ 705 ff. BGB, soweit das spezifische Rechtssystem der Kommanditgesellschaft nach §§ 161 ff. HGB keine speziellere Vorgabe enthält.

#### *2. Charakteristikum und Gesellschaftergruppen*

Die Struktur der Kommanditgesellschaft hat den für sie charakteristischen Vorgaben aus § 161 Abs. 1 HGB zu entsprechen. Danach muss ihr Zweck im Gesellschaftsvertrag auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet sein. Zudem sind die Gesellschafter in zwei Typen zu klassifizieren: den Komplementär als persönlich und unbeschränkt haftenden Gesellschafter und den Kommanditisten, dessen Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist.

Komplementäre haften für die Gesellschaftsschulden persönlich, unbeschränkt, unmittelbar nach außen und gesamtschuldnerisch mit ihrem gesamten Vermögen nach §§ 161 Abs. 1, Abs. 2, 128 S. 1 HGB und fungieren als Vertretungs- und Geschäftsführungsorgane der KG nach §§ 161 Abs. 2, 125 Abs. 1, 114 Abs. 1 HGB.<sup>7</sup> Der persönlich haftende Gesellschafter kann auch eine juristische Person sein.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Casper in Staub HGB, § 161 Rn 1.

<sup>7</sup> Casper in Staub HGB, § 161 Rn 15.

<sup>8</sup> Roth in Baumbach/Hopt HGB, § 161 Rn 3; in der Praxis durchgesetzt hat sich die Rechtsform der GmbH & Co. KG, siehe sogleich unter II. 3.

Als Kommanditist, auch beschränkt haftender Gesellschafter genannt,<sup>9</sup> wird die zweite Gesellschafterform in der KG bezeichnet. Kommanditisten haften im Innenverhältnis zu den Mitgesellschaftern und der KG auf die im Gesellschaftsvertrag festgelegte Pflichteinlage nach § 161 Abs. 1 HGB; im Außenverhältnis gegenüber den Gesellschaftsgläubigern dagegen auf die im Handelsregister einzutragende und von der Pflichteinlage möglicherweise abweichende Haftsumme gemäß § 171 Abs. 1 Hs. 1 HGB.<sup>10</sup> Die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern entfällt, sofern die Kommanditistenstellung unter Angabe der Haftsumme im Handelsregister nach § 162 Abs. 1 S. 1 HGB eingetragen sowie die entsprechende Einlage an die Gesellschaft nach § 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB erbracht und nicht wieder gemäß § 172 Abs. 4 S. 1 HGB zurückgezahlt wurde.<sup>11</sup>

Die Befugnisse des Kommanditisten im Innenverhältnis zur Gesellschaft und den übrigen Gesellschaftern sind von der gesetzlichen Konzeption her schwach ausgestaltet. Er ist gemäß § 170 HGB von der organschaftlichen Vertretung der Gesellschaft im Außenverhältnis ausgeschlossen.<sup>12</sup> Bei fehlender abweichender Regelung im Gesellschaftsvertrag nach § 163 HGB ist er darüber hinaus im Innenverhältnis nicht geschäftsführungsbefugt (§ 164 S. 1 Hs. 1 HGB), hat gegenüber den Komplementären lediglich beschränkte Überwachungsmöglichkeiten (§ 166 HGB) und gemäß § 169 Abs. 1 S. 1 HGB kein Entnahmerecht aus § 122 Abs. 1 HGB.<sup>13</sup>

Daraus ergibt sich ein gesetzlicher Idealtypus des Kommanditisten, der sich dadurch auszeichnet, dass er als Anlagegesellschafter<sup>14</sup> nur als Kapitalgeber beteiligt ist, sich aber ansonsten dem unternehmerischen Betrieb und Entscheidungen der Gesellschaft entzieht und dies den Komplementären als Unternehmergeesellschaftern<sup>15</sup> überlässt.<sup>16</sup>

9 *Casper* in Staub HGB, § 161 Rn 18.

10 *Casper* in Staub HGB, § 161 Rn 18.

11 *Schmidt* in MüKo HGB, §§ 171, 172 Rn 4.

12 *Roth* in Baumbach/Hopt HGB, § 170 Rn 1; die Erteilung rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht – sogar Prokura – ist dagegen möglich, siehe BGH II ZR 232/54 = NJW 1955, 1394, 1395 sowie *Schmidt* in MüKo HGB, § 170 Rn 15 mwN.

13 *Casper* in Staub HGB, § 161 Rn 19.

14 Zum Begriff des „Anlagegesellschafters“ siehe *Horbach* in MüHdbGesR II, § 61 Rn 1: es handelt sich um einen kapitalistisch beteiligten Gesellschafter ohne Interesse an unternehmerischen Entscheidungen.

15 Zum Begriff des „Unternehmergeesellschafters“ siehe *Eckhold* in ZBB 2016, 102, 110 für den „Unternehmeraktionär“: dies sind Gesellschafter, die ein über das schlichte Vermögensinteresse hinausgehendes wirtschaftliches Interesse an der Gesellschaft haben und infolge besonderer Einwirkungsmöglichkeiten auf die Geschicke der Gesellschaft deren wirtschaftliche Risiken übernehmen.

16 *Casper* in Staub HGB, § 161 Rn 19.

## II. Erscheinungstypen der Kommanditgesellschaft

Der Gesetzgeber hat mit den Regelungen der §§ 161 ff. HGB den gesetzlichen Idealtypus einer personalistisch ausgestalteten Gesellschaft mit wenigen Gesellschaftern vorgegeben, bei der dem oder den Kommanditisten eine schwache rechtliche Stellung und nur geringe Mitsprache- und Kontrollbefugnisse innerhalb der Gesellschaft zukommen.<sup>17</sup> Wie bereits angesprochen, ist die Rolle des Kommanditisten vom normativen Leitgedanken her auf die Position des Kapitalgebers oder Financiers beschränkt; die unternehmerischen Entscheidungen und die Leitung der Gesellschaft sollen von dem oder den Komplementären – gedacht war an natürliche Personen – übernommen werden.<sup>18</sup> Eine solche Ausprägung der KG ist rechtstatsächlich jedoch eine Ausnahmeerscheinung und wird in der Regel lediglich von Familiengesellschaften, die kleine Gesellschafterzahlen und maximale Kontrollmöglichkeiten bevorzugen, gewählt.<sup>19</sup> Etabliert hat sich dagegen die Besetzung der Komplementärposition durch eine nur mit geringem Kapital ausgestattete Kapitalgesellschaft in Form der GmbH; die daraus entstehende GmbH & Co. KG unterliegt hauptsächlich der Kontrolle der Kommanditisten.<sup>20</sup> Diese verstärkte Führungsaufgabe der Kommanditisten wird für den Fall der sogenannten beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG noch verschärft, da hier die einzigen Gesellschafter der GmbH parallel zugleich die Kommanditisten der Kommanditgesellschaft sind.<sup>21</sup> Auch die „Einheits-GmbH & Co. KG“ (die sogenannte Einheitsgesellschaft), bei der die KG Alleingesellschafterin der Komplementär-GmbH ist, weist eine solche stärkere Leitungsfunktion der Kommanditisten auf.<sup>22</sup>

Die kapitalistische Kommanditgesellschaft ist das Gegenstück zur personalistischen KG.<sup>23</sup> Sie stellt eine Abkehr vom Leitbild der gesetzestypischen Kommanditgesellschaft dar.<sup>24</sup> Obwohl es sich um eine Personengesellschaft handelt, ist die Herrschaftsstruktur innerhalb der kapitalistisch ausgestalteten KG der Aktiengesellschaft angenähert.<sup>25</sup> Nahezu das gesamte Kapital der Gesellschaft wird von den Kommanditisten eingebracht und gehalten, sodass ihnen eine beherrschende Stellung auf der Gesellschafterversammlung – vergleichbar der Stellung eines Mehrheitsaktionärs auf der Hauptversammlung – zukommt.<sup>26</sup> Die Komplementäre hingegen fungieren regelmäßig

17 *Casper* in Staub HGB, § 161 Rn 24.

18 *Casper* in Staub HGB, § 161 Rn 24.

19 *Grunewald* in MüKo HGB, § 161 Rn 12.

20 *Casper* in Staub HGB, § 161 Rn 25.

21 *Casper* in Staub HGB, § 161 Rn 25.

22 *Oetker* in Oetker HGB, § 161 Rn 79.

23 *Casper* in Staub HGB, § 161 Rn 26.

24 *Weipert* in EBJs HGB, § 161 Rn 14.

25 *Weipert* in EBJs HGB, § 161 Rn 14.

26 *Roth* in Baumbach/Hopt HGB, § 161 Rn 11.

nur als Geschäftsführer der Gesellschaft.<sup>27</sup> Eine Modifikation der kapitalistischen KG ist die Publikumskommanditgesellschaft (siehe hierzu Teil 2).<sup>28</sup> Auch die kapitalistische KG kann die Rechtsform einer GmbH & Co. KG wählen; diese Gestaltung findet sich insbesondere bei reinen Fonds- oder Anlagegesellschaften häufig.<sup>29</sup>

Aus der Umsetzung der AIFM-Richtlinie<sup>30</sup> (*Alternative Investment Fund Managers*, Verwalter alternativer Investmentfonds) ist das am 22.07.2013 in Kraft getretene KAGB als deutsche gesetzgeberische Neuschöpfung hervorgegangen. Hierdurch wurden als neue Rechtsformen für Investmentvermögen im Sinne des KAGB unter anderem die offene und die geschlossene Investmentkommanditgesellschaft (siehe hierzu Teil 3) implementiert.

### III. Interessenkonflikt zwischen den Gesellschaftergruppen

Infolge der gesetzlich vorgesehenen schwachen Stellung des als Kommanditist an einer rein kapitalistisch aufgestellten KG beteiligten Anlagegesellschafters, der auch bei hohem Anteil am Gesellschaftskapital von der Geschäftsführung sowie der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen ist (§§ 164 S. 1, 170 HGB) und daran regelmäßig auch kein Interesse hat, stellt sich die Frage, wie eine Wahrung seiner wirtschaftlichen Interessen erreicht werden kann. Es gilt Schutzmöglichkeiten zu finden, die eine vollständige Abhängigkeit der Anlagegesellschaftler von den geschäftsführungs- und vertretungsberechtigten Unternehmergesellschaftern – den Komplementären – verhindern. Auch der Schutz gegenüber Mitgesellschaftern ist zu untersuchen.

Aus der Abhängigkeit der Kommanditisten von den Komplementären ergibt sich mittelbar der zweite Konflikt. Wie gezeigt, steht die Leitung der Gesellschaft den Komplementären zu (§§ 161 Abs. 2, 125 Abs. 1, 114 Abs. 1 HGB). Aufgrund der kapitalistischen Beteiligung an der Gesellschaft sind die Kommanditisten mit dieser wirtschaftlich verbunden. Damit hat das Handeln der Komplementäre für die Gesellschaft im Außenverhältnis, beispielsweise gegenüber Gesellschaftsgläubigern, auch indirekt Auswirkungen für und gegen den Anleger. Diesbezüglich ist zu zeigen, ob und wie der Anlegerkommanditist einer kapitalistischen KG sich gegenüber Gesellschaftsgläubigern, insbesondere vor einer Inanspruchnahme durch diese schützen kann.

Diese Schutzmöglichkeiten sind für alle Phasen der Anleger-Beteiligung herauszuarbeiten. Zunächst ist der Zeitpunkt des Beitritts zu untersuchen, im Folgenden der Anlegerschutz für die Dauer der Gesellschafterstellung. Anschließend ist eine (geplante) Veräußerung der Beteiligung unter dem Aspekt des Kommanditistenschutzes darzu-

27 Roth in Baumbach/Hopt HGB, § 161 Rn 11; so auch Casper in Staub HGB, § 161 Rn 26.

28 Casper in Staub HGB, § 161 Rn 26.

29 Casper in Staub HGB, § 161 Rn 26.

30 Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010.

stellen. Schlussendlich ist die Position des Anlegergesellschafters im Rahmen des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft vor dem Hintergrund des Anlegerschutzgedankens zu erläutern.

## **B. Anlegerschutz bei Beitritt in die KG**

### **I. Beitritt des Kommanditisten in die KG nach Regelungen über die OHG**

Der Beitritt eines neuen Kommanditisten in die Kommanditgesellschaft vollzieht sich prinzipiell wie der Beitritt eines neuen Gesellschafters in die OHG.<sup>31</sup> Zwischen allen bereits vorhandenen Gesellschaftern und dem Hinzukommenden wird ein Beitrittsvertrag über die Aufnahme in die Gesellschaft geschlossen.<sup>32</sup> Um eine Erleichterung der Aufnahme zu ermöglichen, kann im Gesellschaftsvertrag eine Regelung getroffen werden, die einzelne Gesellschafter dazu ermächtigt, auch im Namen der anderen Gesellschafter einen entsprechenden Aufnahmevertrag abzuschließen; diese Regelung im Gesellschaftsvertrag ist das im Voraus erteilte Einverständnis der übrigen Gesellschafter, wodurch die Vollmacht des Vertragschließenden für den Abschluss des Beitrittsvertrags auch mit Wirkung für die anderen Gesellschafter begründet wird.<sup>33</sup> Der Beitritt eines neuen Kommanditisten stellt für die bereits bestehenden Gesellschafter eine Änderung des Gesellschaftsvertrags dar, die nur mit Zustimmung aller Gesellschafter – sofern keine vorab erteilte Zustimmung im Gesellschaftsvertrag festgelegt wurde – möglich ist.<sup>34</sup>

Des Weiteren kann der Beitritt eines neuen Kommanditisten zur Gesellschaft im Wege der Übertragung des Kommanditanteils eines anderen Kommanditisten und dessen Austritt erfolgen.<sup>35</sup> Hierbei wird die gesellschaftsrechtliche Mitgliedschaft des Veräußerers auf den Erwerber durch ein Verfügungsgeschäft nach §§ 413, 398 BGB transferiert.<sup>36</sup> Zulässig ist eine solche Übertragung, wenn sie im Gesellschaftsvertrag

31 *Grunewald* in MüKo HGB, § 161 Rn 40.

32 So schon RG II 207/29 = RGZ 128, 172, 176; BGH II ZR 120/74 = WM 1976, 15, 15; *Schmidt* in MüKo HGB, § 105 Rn 206.

33 BGH II ZR 120/74 = WM 1976, 15 f.

34 BGH II ZR 353/96 = NJW 1998, 1225, 1226; *Grunewald* in MüKo HGB, § 161 Fn 96.

35 *Grunewald* in MüKo HGB, § 161 Rn 42; *Schmidt* in MüKo HGB, § 105 Rn 210, 214.

36 Zur inzwischen allgemein angenommenen Zulässigkeit der Übertragung von Mitgliedschaften an einer Personengesellschaft siehe nur BGH II ZR 8/53 = BGHZ 13, 179, 182; BGH II ZR 182/55 = BGHZ 24, 106, 114; *Schmidt* in MüKo HGB, § 105 Rn 210, 213 mwN.

vorgesehen oder mit Zustimmung aller, gegebenenfalls auch nur mit der Mehrheit der Gesellschafter erfolgt ist.<sup>37</sup>

## II. Täuschung des Kommanditisten bei Beitritt

Werden dem Beitretenden im Rahmen der Beitrittsgespräche gegenüber falsche Angaben gemacht, etwa zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft oder über das allgemeine oder von ihm selbst übernommene Risiko der Anlage, haften die an den Verhandlungen beteiligten Gesellschafter nach den Regeln der *culpa in contrahendo* gemäß § 311 Abs. 2 BGB (Prospekthaftung im weiteren Sinne<sup>38</sup>).<sup>39</sup> Bedienen sich die Gesellschafter bei den Vertragsverhandlungen weiterer Hilfspersonen, wird ihnen deren Fehlverhalten nach § 278 S. 1 BGB zugerechnet, sodass sie für ihre Erfüllungsgehilfen haften.<sup>40</sup> Hiervon Abweichendes gilt, sofern die bereits an der Gesellschaft beteiligten Gesellschafter keinerlei Einflussnahme auf die Vertragsverhandlungen oder die Beitrittsentscheidung hatten und an den Gesprächen auch nicht teilgenommen haben. Eine direkte Haftung der unbeteiligten Gesellschafter oder eine Zurechnung über § 278 S. 1 BGB scheidet in diesen Fällen aus.<sup>41</sup>

Darüber hinaus kann der Frage nachgegangen werden, ob die Gesellschaft selbst als Haftungsadressat für den getäuschten Kommanditisten in Frage kommt. Dagegen werden teilweise Bedenken vorgetragen. Argumentiert wird, dass die Zahlung von Schadensersatz durch die Kommanditgesellschaft an den getäuschten Beigetretenen einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nach §§ 172 Abs. 4, 171 Abs. 1 HGB darstellen würde.<sup>42</sup> Hierbei wird von der Grundannahme ausgegangen, dass jede unentgeltliche Zuwendung der Gesellschaft an ihre Kommanditisten, durch die das Gesellschaftsvermögen der KG vermindert wird, eine Einlagenrückzahlung darstellt.<sup>43</sup> Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Kommanditist der Gesell-

37 BGH II ZR 8/53 = BGHZ 13, 179, 184; *Schmidt* in MüKo HGB, § 105 Rn 213, 217f.; *Schäfer* in Staub HGB, § 105 Rn 294 ff.

38 Näheres zur Prospekthaftung unter Teil 2 B. III.

39 BGH II ZR 160/02 = NJW-RR 2003, 1054, 1054f.; BGH II ZR 90/91 = NJW-RR 1992, 542, 543; *Grunewald* in MüKo HGB, § 161 Rn 145.

40 BGH II ZR 158/84 = NJW 1985, 380, 381; BGH II ZR 16/10 = NJW 2011, 1666, 1666; *Horn* in Heymann/Horn HGB, § 161 Rn 196; *Grunewald* in MüKo HGB, § 161 Rn 147.

41 BGH II ZR 158/84 = NJW 1985, 380, 380, wonach bei einer Publikums-Gesellschaft die Beitrittsverhandlungen dem Einfluss- und Verantwortungsbereich der übrigen Gesellschafter – anders als bei der KG – gerade entzogen sind; *Grunewald* in MüKo HGB, § 161 Rn 147; zur Haftung bei Beitritt eines neuen Kommanditisten im Allgemeinen und für Erfüllungsgehilfen im Rahmen der Publikums-Kommanditgesellschaft siehe Teil 2 B. III.

42 OLG München 25 U 3744/99 = NJW-RR 2000, 624, 625; *Schmidt* in MüKo HGB, §§ 171, 172 Rn 67.

43 BGH II ZR 124/61 = BGHZ 39, 319, 331; *Schmidt* in MüKo HGB, §§ 171, 172 Rn 66.

schaft auch losgelöst von seiner Gesellschafterstellung als quasi außenstehender Gesellschaftsgläubiger gegenübertreten kann.<sup>44</sup> Wird eine Zahlung der Gesellschaft an den Kommanditisten in seiner Stellung als Gesellschaftsgläubiger vorgenommen, löst dies die Rechtsfolge von §§ 172 Abs. 4, 171 Abs. 1 HGB nicht aus.<sup>45</sup> Externe Gläubiger eines Schadensersatzanspruches gegen die KG können diesen Anspruch gegen die Gesellschaft ohne Weiteres geltend machen. Der getäuschte Kommanditist ist für diesen Fall ebenso als Drittgläubiger zu betrachten, sodass ihm zusätzlich zu den an den Beitrittsverhandlungen beteiligten Gesellschaftern die Kommanditgesellschaft selbst als Haftungsadressat zur Verfügung steht.

Parallel dazu hat der BGH in vergleichbarer Weise hinsichtlich der Frage argumentiert, ob eine Aktiengesellschaft für Prospekthaftungsansprüche ihrer Aktionäre infolge von Pflichtverletzungen des Vorstands als zusätzliches Haftungsobjekt infrage kommt.<sup>46</sup> Auch in diesem Fall besteht ein Spannungsverhältnis zwischen den aktienrechtlichen Gläubigerschutzvorschriften über das Verbot der Einlagenrückgewähr aus § 57 Abs. 1 AktG und der kapitalmarktrechtlichen Prospekthaftung.<sup>47</sup> Gleichsam stehen die geschädigten Aktionäre der Aktiengesellschaft hinsichtlich ihrer Schadensersatzansprüche nicht aufgrund ihrer mitgliedschaftlichen Sonderrechtsbeziehung gegenüber, sondern in einer Drittgläubigerstellung wie sonstige Gesellschaftsgläubiger; dementsprechend konnte auch hier die Gesellschaft als Haftungsadressat herangezogen werden.<sup>48</sup>

### III. Zustimmung zum Geschäftsbeginn

Die KG entsteht im Außenverhältnis nach den Vorschriften der §§ 161 Abs. 2, 123 HGB.<sup>49</sup> Maßgeblich ist gemäß § 123 Abs. 1 HGB der Zeitpunkt der Eintragung ins Handelsregister, falls nach § 123 Abs. 2 HGB die KG als Handelsgewerbe nicht schon vor der Eintragung ihren Geschäftsbetrieb beginnt. Als Beginn des Geschäftsbetriebs ist die Tätigkeitsaufnahme zur Umsetzung des Gesellschaftszwecks durch die Gesellschaft anzusehen.<sup>50</sup> Im Rahmen des Geschäftsbeginns einer OHG wird von der überwiegenden Meinung die Zustimmung aller Gesellschafter zur Aufnahme der Geschäfte verlangt.<sup>51</sup>

44 Zimmer/Cloppenburg in ZHR 2007, 519, 527.

45 Zimmer/Cloppenburg in ZHR 2007, 519, 527.

46 BGH II ZR 287/02 = BKR 2005, 411, 413.

47 Vergleiche zur Diskussion umfassend *Groß* in EBJS Bd. 2, Rn IX 743 ff.

48 BGH II ZR 287/02 = BKR 2005, 411, 413.

49 Casper in Staub HGB, § 161 Rn 28.

50 Emmerich in Heymann/Horn HGB, § 123 Rn 12; Habersack in Staub HGB, § 123 Rn 16; anders dagegen Schmidt in MüKo HGB, § 123 Rn 9, der schon die Vornahme irgendeines zum Unternehmen gehörenden Rechtsgeschäfts durch die Gesellschaft ausreichen lässt.

51 OLG Stuttgart 9 U 205/01 = NZG 2002, 910, 912; Habersack in Staub HGB, § 123 Rn 20 mwN zum Meinungsstand.

Aufgrund dieses Zustimmungserfordernisses der persönlich haftenden Gesellschafter der OHG könnte man diesen Gedanken dergestalt auf die Kommanditgesellschaft übertragen, dass bei ihr schon die Zustimmung aller Komplementäre zum Beginn des Geschäftsbetriebs ausreicht, um die Gesellschaft nach §§ 161 Abs. 2, 123 Abs. 2 HGB zur Entstehung zu bringen. Überwiegend wird jedoch die Zustimmung aller Gesellschafter, inklusive der Kommanditisten für notwendig gehalten.<sup>52</sup> Gestützt wird diese Ansicht durch einen Verweis auf § 176 Abs. 1 HGB. Ohne das Zustimmungserfordernis aller Gesellschafter würde die unbeschränkte persönliche Haftung der Kommanditisten begründet, da die Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten zwar durch Aufnahme der Geschäfte entstanden, aber eine Haftungsbeschränkung für die Kommanditisten mangels Eintragung der Haftungsbeschränkung und -summe nicht wirksam wäre, sodass die Haftung nach §§ 176 Abs. 1 S. 1, 128 S. 1 HGB eingreifen würde.<sup>53</sup> Anders dagegen *Schmidt*, der zwischen der Entstehung der Gesellschaft und dem Beginn der Gesellschaft als Handelsgesellschaft differenziert.<sup>54</sup> Danach soll bereits eine wirksam gegründete Gesellschaft durch ihr bloßes Handeln unabhängig von einer etwaigen Zustimmung die Voraussetzungen des § 123 Abs. 2 HGB erfüllen.<sup>55</sup> Losgelöst von der Einordnung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder als Personenhandels-gesellschaft ist die wirksam gegründete nach außen in Erscheinung tretende Gesellschaft immer Rechtsträgerin, sodass sie auch wirksam berechtigt und verpflichtet werden kann.<sup>56</sup> Aus der fehlenden Möglichkeit zur Beschränkung der Vertretungsmacht im Außenverhältnis nach § 126 Abs. 2 HGB leitet *Schmidt* ab, dass die Gesellschaft und die Gesellschafter grundsätzlich nicht vor eigenmächtigem Handeln durch die Geschäftsführer geschützt sind, sodass ein Zustimmungserfordernis nicht anzuerkennen sei.<sup>57</sup> Vor dem Hintergrund eines wirksamen Schutzes des Kommanditisten ist jedoch ein Gleichlauf der §§ 161 Abs. 2, 123 Abs. 2 HGB mit der Regelung des § 176 Abs. 1 HGB angemessen. Dieser Sichtweise scheint sich auch der Gesetzgeber angeschlossen zu haben, der in § 152 Abs. 5 KAGB die Möglichkeit einer Zustimmung der Kommanditisten für den Beginn des Geschäftsbetriebs vor Handelsregistereintragung der Gesellschaft bei der geschlossenen Publikumsinvestmentkommanditgesellschaft – die insbesondere für Privatanleger konzipiert ist – explizit ausgeschlossen hat und dementsprechend von einem generellen Zustimmungserfordernis aller Gesellschafter für die Entstehung der KG ausgeht.<sup>58</sup>

52 *Möhrle* in MüHdbGesR II, § 2 Rn 33; *Roth* in Baumbach/Hopt HGB, § 123 Rn 12; *Hillmann* in EBJs HGB, § 123 Rn 20 mwN.

53 *Casper* in Staub HGB, § 161 Rn 28.

54 *Schmidt* in MüKo HGB, § 123 Rn 10.

55 *Schmidt* in MüKo HGB, § 123 Rn 10.

56 BGH II ZR 204/90 = NJW 1992, 241, 242; BGH II ZR 331/00 = NJW 2001, 1056, 1056; *Schmidt* in MüKo HGB, § 123 Rn 3.

57 *Schmidt* in MüKo HGB, § 123 Rn 10.

58 *Casper* in Staub HGB, § 161 Rn 28.