

Andreas Kupsch

Gewinnunabhängige Auszahlungen an Kommanditisten  
von Publikumskommanditgesellschaften und  
geschlossenen Investmentkommanditgesellschaften



**Schriften zum gesamten Unternehmensrecht**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Carsten Herresthal, LL.M., Universität Regensburg

Prof. Dr. Wolfgang Servatius, Universität Regensburg

**Band 15**

Andreas Kupsch

Gewinnunabhängige Auszahlungen an Kommanditisten  
von Publikumskommanditgesellschaften und  
geschlossenen Investmentkommanditgesellschaften



**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.: Regensburg, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6369-6 (Print)

ISBN 978-3-7489-0469-4 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die Arbeit wurde im Sommersemester 2019 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im März 2018 abgeschlossen. Rechtsprechung und Literatur sind bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Wolfgang Servatius für die Betreuung der Arbeit und für wertvolle Anregungen. Herrn Prof. Dr. Carsten Herresthal danke für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Bedanken möchte ich mich auch bei meinem Bruder Dr. Florian Kupsch für das Korrekturlesen sowie für vielfältige technische Hilfestellungen, bei Frau Stefanie Schrell für einige sehr hilfreiche Hinweise und bei Frau Müller von der Bayerischen Staatsbibliothek für Ihre Hilfsbereitschaft und ihre freundliche Art.

München, im November 2019

*Andreas Kupsch*



## Inhaltsübersicht

A. Einführung	21
I.    Problemstellung	21
II.   Gang der Untersuchung	23
B. Die Kommanditgesellschaft und ihre Erscheinungsformen	24
I.    Wesensmerkmale der KG	24
II.   Erscheinungsformen	24
C. Der Kommanditist im Innen- und Außenverhältnis	27
I.    Rechte und Pflichten des Kommanditisten im Innenverhältnis	27
II.   Haftung des Kommanditisten im Außenverhältnis	57
D. Gewinnunabhängige Auszahlungen an den Kommanditisten	73
I.    Ausgangslage	73
II.   Arten	74
III.  Rechtsfolgen	86
IV.  Risikobewertung aus Sicht des Kommanditisten	97
V.    Zwischenergebnis	102
E. Schutz des Kommanditisten in der Publikums-KG	104
I.    § 172 Abs. 5 HGB	105
II.   Gesellschaftsvertrag	107
III.  Verkaufsprospekt	125
IV.  Vermögensanlagen-Informationsblatt	159
V.    Mittelverwendungskontrolle	161
VI.   Anlageberatungsvertrag	163
VII.  Deliktsrecht	166

*Inhaltsübersicht*

VIII. Zwischenergebnis	166
IX. Mittelbare Beteiligung	168
F. Schutz des Kommanditisten in der Investment-KG	177
I. Das KAGB	177
II. Die Investment-KG im System des KAGB	182
III. Die Schutzmechanismen des KAGB	188
IV. Mittelbare Beteiligung nach dem KAGB	226
G. Ergebnisse	229
I. Rechtliche Einordnung von „Liquiditätsausschüttungen“	229
II. Risiken für den Kommanditisten	230
III. Schutz des Kommanditisten	231
H. Literaturverzeichnis	235

## Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	21
I. Problemstellung	21
II. Gang der Untersuchung	23
B. Die Kommanditgesellschaft und ihre Erscheinungsformen	24
I. Wesensmerkmale der KG	24
II. Erscheinungsformen	24
1. GmbH & Co. KG	25
2. Publikums-KG	25
3. Investment-KG	26
C. Der Kommanditist im Innen- und Außenverhältnis	27
I. Rechte und Pflichten des Kommanditisten im Innenverhältnis	27
1. Gesellschaftsvertrag	27
2. Beitragspflicht	28
a) Beitrag, Einlage und Pflichteinlage	28
b) Pflichteinlage und Haftsumme	29
c) Leistung der Einlage	29
d) Beitragserhöhungen	30
3. Gesellschafterkonten	31
a) Kapitalanteil	31
b) Gesetzliche Regelung	32
aa) Variables Kapitalkonto	32
bb) Zweites Gesellschafterkonto	33
c) Abweichende Regelung durch Gesellschaftsvertrag	34
aa) Zwei-Konten-Modell	34
bb) Drei-Konten-Modell	35
cc) Vier-Konten-Modell	36
d) Bedeutung der Rechtsnatur der Gesellschafterkonten	37
aa) Kapitalkonten und Forderungskonten	37
bb) Keine Mischkonten	38

*Inhaltsverzeichnis*

cc)	Bedeutung der Einordnung	38
	(1) Insolvenz	39
	(2) Liquidation	39
	(3) Beendigung der Gesellschafterstellung	40
	(4) Haftung	41
e)	Bilanzausweis	42
f)	Zwischenergebnis	42
4.	Beteiligung an Gewinn und Verlust	43
a)	Gewinnermittlung	43
b)	Verteilung von Gewinn und Verlust	44
	aa) Gesetzliche Regelung	44
	bb) Gesellschaftsvertragliche Vereinbarung	45
c)	Anspruch auf Gewinnauszahlung	46
	aa) Ausgangspunkt	46
	bb) Einschränkung des Anspruchs durch § 169 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 HGB	46
	cc) Weitere Einschränkungen	48
	dd) Keine Rückzahlung von Gewinnen	48
	ee) Behandlung von Scheingewinnen	49
d)	Buchung von Gewinnen auf den Gesellschafterkonten	50
5.	Zahlungen an Kommanditisten ohne Gewinncharakter	50
a)	Substanzentnahme	50
	aa) Begriff	50
	bb) Zulässigkeit	52
	(1) Gesetzliche Ausgangslage	52
	(2) Abweichung durch Gesellschaftsvertrag	52
	(3) Sonderfall GmbH & Co. KG	53
	(4) Vertragswidrige Substanzentnahmen	54
	cc) Sonderfall Steuerentnahmerecht	55
b)	Austauschgeschäft	55
	aa) Grundsatz	55
	bb) Darlehensgewährung	55
c)	Terminologie	56
6.	Zusammenfassung	56
II.	Haftung des Kommanditisten im Außenverhältnis	57
1.	Beschränkte Haftung	57
2.	Ausschluss der beschränkten Haftung	58
	a) Grundprinzip	58
	b) Haftungsbefreiung durch Einlageleistung	59

c)	Haftungsbefreiung durch Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern	61
d)	Angabe im Anhang	62
3.	Wiederaufleben der beschränkten Haftung	62
a)	Grundprinzip	62
b)	Rückgewähr der Einlage	63
c)	Gewinnentnahmen	65
d)	Privilegierung von Scheingewinnen	66
aa)	Scheingewinn	67
bb)	Bezug des Scheingewinns	68
cc)	Gutgläubigkeit bei Gewinnbezug	68
dd)	Gutgläubigkeit bei Bilanzerrichtung	69
ee)	Rechtsfolgen	70
e)	Angabe im Anhang	70
4.	Unbeschränkte Haftung	71
5.	Zusammenfassung	71
D.	Gewinnunabhängige Auszahlungen an den Kommanditisten	73
I.	Ausgangslage	73
II.	Arten	74
1.	Keine Rückzahlungspflicht des Kommanditisten	74
2.	Rückzahlungsverpflichtung des Kommanditisten	75
3.	Wiedereinlagepflicht des Kommanditisten	75
a)	Gesetzliche Regelung	76
b)	Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag	78
4.	Ungewisse Zahlungs- oder Wiedereinlagepflicht	79
a)	Vorüberlegung	79
b)	Vorauszahlung auf einen künftigen erwarteten Gewinn	80
aa)	Tilgungsbestimmung als Vorausleistung	80
bb)	Zinsloses Darlehen mit Aufrechnungsmöglichkeit	81
c)	Liquiditätskrise als (Rück-)Zahlungsvoraussetzung	82
aa)	Zinsloses Darlehen und möglicher Darlehensverzicht	82
bb)	Substanzentnahme und aufschiebend bedingte Wiedereinlagepflicht	85
5.	Zusammenfassung	86

*Inhaltsverzeichnis*

III. Rechtsfolgen	86
1. Upstream-Darlehen	87
a) Innenverhältnis	87
b) Außenverhältnis	88
aa) Darlehensgewährung als Einlagerückgewähr	88
bb) Bilanzielle Betrachtung	89
cc) Stellungnahme	90
c) Buchung auf Gesellschafterkonten	91
d) Bilanzausweis und Angabe im Anhang	93
2. Substanzentnahme ohne Wiedereinlagepflicht	93
a) Innenverhältnis	93
b) Außenverhältnis	94
c) Buchung auf Gesellschafterkonten	94
d) Bilanzausweis und Angabe im Anhang	95
3. Substanzentnahme mit Wiedereinlagepflicht	95
a) Innenverhältnis	95
b) Außenverhältnis	96
c) Buchung auf Gesellschafterkonten	96
d) Bilanzausweis und Angabe im Anhang	97
IV. Risikobewertung aus Sicht des Kommanditisten	97
1. Upstream-Darlehen	98
a) Außenverhältnis	98
b) Innenverhältnis	98
2. Substanzentnahme ohne Wiedereinlagepflicht	98
a) Außenverhältnis	98
b) Innenverhältnis	99
3. Substanzentnahme mit Wiedereinlagepflicht	99
a) Außenverhältnis	99
b) Innenverhältnis	100
c) Zusammenhang von Innen- und Außenverhältnis	100
4. Zusammenfassende Bewertung	101
V. Zwischenergebnis	102
E. Schutz des Kommanditisten in der Publikums-KG	104
I. § 172 Abs. 5 HGB	105
1. Außenverhältnis	105
2. Innenverhältnis	106

II. Gesellschaftsvertrag	107
1. Objektive Auslegung	107
2. Inhaltskontrolle	108
3. Konsequenzen für gewinnunabhängige Auszahlungen	109
a) Maßstab der Inhaltskontrolle	109
aa) Rechtsprechung	109
bb) Stellungnahme	110
b) Innenverhältnis	111
aa) Upstream-Darlehen	111
(1) Auslegung	111
(a) Wortlaut „Ausschüttung“	111
(b) Rückzahlungsvoraussetzungen	112
(c) Kontenbuchung	114
(d) Zuordenbarkeit der Auszahlung im Einzelfall	117
(2) Inhaltskontrolle	117
(a) Rechtsprechung	118
(aa) Regelung der Rückzahlungsvoraussetzungen	118
(bb) Gleichlauf der Regelungsdichte	119
(cc) Rechtsfolge	119
(b) Meinungsstand in der Literatur	120
(c) Stellungnahme	121
bb) Substanzentnahmen mit Wiedereinlagepflicht	123
(1) Auslegung	123
(2) Inhaltskontrolle	124
c) Außenverhältnis	125
III. Verkaufsprospekt	125
1. Historische Entwicklung	126
a) „Grauer Kapitalmarkt“	126
b) Bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung im engeren Sinne	126
c) Spezialgesetzliche Prospekthaftung	127
2. Prospektpflicht	128
a) Rechtslage bis 30. Juni 2005	128
b) Rechtslage vom 1. Juli 2005 bis 31. Mai 2012	128
c) Rechtslage vom 1. Juni 2012 bis 22. Juli 2013	128
3. Prospektinhalt	129
a) Bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung	129
b) Spezialgesetzliche Prospekthaftung	129

*Inhaltsverzeichnis*

c) Risiken im Zusammenhang mit gewinnunabhängigen Auszahlungen	129
4. Prospekthaftung	130
a) Anknüpfungspunkt	130
b) Prospektbegriff	130
aa) Bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung	131
bb) Spezialgesetzliche Prospekthaftung	131
c) Fehlerhaftigkeit des Prospekts	131
aa) Wesentliche Angaben	132
bb) Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit	132
(1) Maßstab	132
(2) Außenhaftung	133
(3) Innenverhältnis	134
cc) Spezialregelung in VermVerkProspV	135
(1) Allgemein	135
(2) Außenhaftung	136
(3) Innenverhältnis	137
d) Kausalität und Haftungsausschlüsse	137
aa) Bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung	137
bb) Spezialgesetzliche Prospekthaftung	138
cc) Anwendung auf gewinnunabhängige Auszahlungen	138
(1) Außenhaftung	138
(2) Innenverhältnis	140
e) Vertretenmüssen	140
aa) Bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung	140
bb) Spezialgesetzliche Prospekthaftung	140
cc) Anwendung auf gewinnunabhängige Auszahlungen	141
f) Anspruchsberechtigung	142
aa) Bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung im engeren Sinne	142
bb) Spezialgesetzliche Prospekthaftung	142
g) Mögliche Anspruchsgegner	142
aa) Spezialgesetzliche Prospekthaftung	143
bb) Bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung im engeren Sinne	143
h) Rechtsfolge	143
aa) Anspruchsinhalt	144

bb) Anwendung auf gewinnunabhängige Auszahlungen	144
(1) Grundsatz	144
(2) Außenverhältnis	145
(3) Innenverhältnis	145
cc) Gesellschaft als Anspruchsgegnerin?	146
(1) Bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung im engeren Sinne	146
(2) Spezialgesetzliche Prospekthaftung	146
(a) Konflikt mit dem Personengesellschaftsrecht	147
(b) Anlegergleichbehandlung	149
(c) Gläubigerschutz	150
(d) Ansprüche der KG gegen Organwalter	151
(e) Zwischenergebnis	152
i) Verjährung	152
aa) Spezialgesetzliche Prospekthaftung	152
bb) Bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung im engeren Sinne	153
j) Anspruchskonkurrenz	153
5. Bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung im weiteren Sinne	155
a) Vorvertragliches Schuldverhältnis	155
b) Verletzung der Aufklärungspflicht	156
aa) Außenhaftung	156
bb) Innenverhältnis	157
c) Kausalität	157
d) Vertretenmüssen	157
e) Rechtsfolge	158
f) Verjährung	158
g) Anspruchskonkurrenz	158
IV. Vermögensanlagen-Informationsblatt	159
1. Grundsätzliches	159
2. Bedeutung für gewinnunabhängige Auszahlungen	160
a) Außenhaftung	160
b) Innenverhältnis	161
V. Mittelverwendungskontrolle	161
1. Grundsätzliches	161

*Inhaltsverzeichnis*

2. Bedeutung für gewinnunabhängige Auszahlungen	162
a) Ausgangspunkt	162
b) Außenhaftung	162
c) Innenverhältnis	163
VI. Anlageberatungsvertrag	163
1. Grundsätzliches	163
2. Bedeutung für gewinnunabhängige Auszahlungen	165
a) Außenhaftung	165
b) Innenverhältnis	165
VII. Deliktsrecht	166
VIII. Zwischenergebnis	166
1. Außenhaftung	166
2. Innenverhältnis	167
IX. Mittelbare Beteiligung	168
1. Überblick	168
a) Grundmodelle	168
b) Vorteile mittelbarer Beteiligung	169
2. Prospekthaftung des Treuhandkommanditisten	170
a) Bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung im engeren Sinne	170
b) Bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung im weiteren Sinne	170
c) Spezialgesetzliche Prospekthaftung	171
d) Rechtsfolge	172
3. Stellung des Treugebers	172
a) Keine Außenhaftung des Treugebers	172
b) Wirtschaftliche Haftung des Treugebers	173
c) Aufrechnung mit Ansprüchen aus Prospekthaftung	174
d) Die Treugeber im Innenverhältnis	175
F. Schutz des Kommanditisten in der Investment-KG	177
I. Das KAGB	177
1. Europarechtlicher Hintergrund und überschießende Umsetzung	177
2. Regelungsziele des KAGB	178
3. Überblick über die Systematik des KAGB	179
a) Grundprinzipien	179
b) Aufbau	181

4. Zeitlicher Anwendungsbereich	181
II. Die Investment-KG im System des KAGB	182
1. Kategorien von Investmentgesellschaften	183
2. Modifizierte Haftung in der Investment-KG	183
a) Beitritt	184
b) Einlagenrückgewähr und Gewinnentnahmen	185
c) Ausscheiden und Liquidation	185
3. Keine nachträgliche Erhöhung der Einlage	186
4. Die Investment-KG als Kapitalverwaltungsgesellschaft	186
a) Europarechtliche Konformität von § 18 Abs. 1 KAGB	186
b) Intern verwaltete Investment-KG	187
III. Die Schutzmechanismen des KAGB	188
1. Einlageleistung, Verlustausgleich und Nachschüsse	188
a) § 152 Abs. 3 S. 1 KAGB	188
b) § 152 Abs. 3 S. 2-4 KAGB	190
c) § 152 Abs. 3 S. 5 KAGB	191
d) Anwendung auf gewinnunabhängige Auszahlungen	191
aa) Außenhaftung	191
bb) Innenverhältnis	191
e) Zwischenergebnis	193
2. Zustimmungmodell nach § 152 Abs. 2 KAGB	193
a) Rechtspolitische Begründung	193
b) Einlagenrückgewähr oder haftungsschädliche Gewinnausschüttung	194
c) Hinweispflicht und Zustimmung	195
aa) Hinweispflicht	196
(1) Formelle Anforderungen	196
(a) Zuständigkeit	196
(b) Form	196
(c) Zeitpunkt	196
(2) Materielle Anforderungen	197
(a) Juristischer Detaillierungsgrad	197
(b) Individualisierung	198
(c) Summenmäßige Konkretisierung	199
bb) Zustimmungserklärung	200
(1) Formelle Anforderungen	200
(a) Zuständigkeit	200
(b) Form	200
(c) Zeitpunkt	201

*Inhaltsverzeichnis*

(2) Materielle Anforderungen	202
d) Rechtsfolge bei wirksamer Zustimmung	202
e) Rechtsfolge bei unwirksamer oder fehlender Zustimmung	202
aa) Unwirksame Zustimmung	203
(1) Allgemeine Unwirksamkeitsgründe	203
(2) Fehlender oder fehlerhafter Hinweis	203
bb) Fehlende Zustimmung	204
cc) Rechtsfolgen	205
(1) Wiederaufleben der Außenhaftung trotz fehlender Zustimmung	205
(2) Suspendierung der Außenhaftung	205
(3) Differenzierung nach Anlegerkategorien	206
(4) Stellungnahme	206
f) Keine Anwendung auf Wiedereinlagepflicht und Upstream-Darlehen	209
g) Zwischenergebnis	210
3. Emissionsprospekt	211
a) Prospektpflicht	211
b) Prospektinhalt	212
aa) Überblick	212
bb) Abweichungen zur Rechtslage nach § 7 VermAnlG	212
(1) Allgemeine Anforderungen	213
(2) Risikodarstellung	214
(3) Erwähnung von Haftungsrisiken an hervorgehobener Stelle	215
(4) Zusammenfassung	216
c) Prospekthaftung	216
aa) Prospektfehler	216
bb) Kausalität	217
cc) Anspruchsberechtigung	218
dd) Anspruchsgegner	218
ee) Kenntnis	219
ff) Rechtsfolge	219
(1) Anspruchsinhalt	220
(2) Anspruchsgegner	220
gg) Verjährung	221

d) Konkurrenzverhältnis zur bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung	221
aa) Bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung im engeren Sinne	221
bb) Bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung im weiteren Sinne	222
4. Wesentliche Anlegerinformationen	223
5. Informationspflichten im Rahmen des Vertriebs	224
6. Zwischenergebnis	225
IV. Mittelbare Beteiligung nach dem KAGB	226
1. Zulässigkeit	226
2. Außenhaftung	227
3. Zustimmungsmo­dell	228
4. Prospekthaftung	228
G. Ergebnisse	229
I. Rechtliche Einordnung von „Liquiditätsausschüttungen“	229
II. Risiken für den Kommanditisten	230
III. Schutz des Kommanditisten	231
H. Literaturverzeichnis	235

