

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

Inhaltsverzeichnis

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
	11

Inhaltsverzeichnis

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 komplementär unabhängigen 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

Inhaltsverzeichnis

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

Inhaltsverzeichnis

(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) Schadensersatzpflicht 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.

