

Die Kommanditistenhaftung im Spiegel des Prozessrechts – Kommanditistenhaftung nach schweizerischem Modell?

Dr. PHILIPP CEESAY, LL.M. (Harvard), Hamburg*

Inhaltsübersicht

ZGR 2023, 518–555

I. Einleitung	519
II. Zivilprozessuale Implikationen der Beschränkung auf die Haftsumme	521
1. Materiell-rechtliche Ausgangslage	521
2. Prozessuale Konsequenzen	523
III. Zivilprozessuale Implikationen der Dynamik der weitergehenden Beschränk- barkeit	525
1. Haftungsausschluss gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB	526
2. Wiederaufleben der Haftung gemäß § 172 Abs. 4 HGB	530
3. Zwischenfazit: Asymmetrische Verteilung der Prozessrisiken	536
IV. Durchsetzungsprobleme der Kommanditistenhaftung: Bug or Feature?.	537
1. Durchsetzungshürden und fehlende Durchsetzungsanreize außerhalb der Insolvenz	537
2. Effektive Durchsetzung im Insolvenzverfahren	541
3. Funktionale Perspektive: Nachgelagerte Haftung in der Insolvenz	542
4. Kommanditärhaftung gemäß Art. 610 OR (Schweiz) als rechtsverglei- chendes Äquivalent	544
V. Rechtstatsächlicher Befund	545
1. Stichprobe I: Die in BGHZ veröffentlichten Entscheidungen zu § 171 HGB	546
2. Stichprobe II: Die BGH-Entscheidungen zu § 171 HGB von 2017 bis 2022	547
3. Diskussion der Ergebnisse	548
VI. Perspektiven der Kommanditistenhaftung de lege ferenda	550
1. Effektivierung der Außenhaftung außerhalb der Insolvenz?	550
2. Ausschluss der Außenhaftung außerhalb der Insolvenz?	552
VII. Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse	554

Die durch die Haftsumme a priori beschränkte Kommanditistenhaftung ist in doppelter Hinsicht beweglich. Zum einen schließt § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB die Haftung aus, soweit die vereinbarte Einlage geleistet ist. Zum anderen lässt § 172 Abs. 4 HGB die Haftung bei Rückzahlung der Einlage wieder aufleben. Die zivilprozessualen Implikationen dieser Dynamik und ihre Konsequenzen für die Funktionsweise der Kommanditistenhaftung sind bislang nur bruchstückhaft er-

* Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

fasst. In der Gesamtschau der materiellen und prozessualen Regeln wird ein System erkennbar, das die Durchsetzung der Kommanditistenhaftung – äquivalent zum schweizerischen Recht – bis zur Insolvenz der KG de facto ausschließt. Diese Einschätzung wird durch eine rechtstatsächliche Untersuchung der höchstrichterlichen Rechtsprechung bestätigt. Sie wirft die Frage nach den Perspektiven der Kommanditistenhaftung zwischen Effektivierung und dem Ausschluss ihrer Durchsetzung außerhalb der Insolvenz auf.

According to Sec. 171 (1) of the German Commercial Code (HGB), limited partners (“Kommanditisten”) in a limited partnership (“Kommanditgesellschaft”) are directly liable to the partnership’s creditors up to the amount of their guaranteed contribution. The liability to the partnership’s creditors is further flexibly limited, however. On the one hand, Sec. 171 (1) HGB excludes liability insofar as the guaranteed contribution has been made. On the other hand, Sec. 172 (4) HGB revives a limited partner’s liability upon repayment of that contribution. The procedural implications of this dynamic have only been assessed fragmentally so far. An integrated analysis of both substantive law and procedural rules reveals a liability regime that – like Swiss law – effectively excludes enforcement of a limited partner’s liability to creditors before the partnership’s bankruptcy. An empirical analysis of the case law of the Federal Court of Justice (BGH) confirms this assessment, which raises the question of the future of limited partner liability between bolstering its enforcement outside bankruptcy and excluding it.

I. Einleitung

Gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB haftet der Kommanditist den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Haftsumme unmittelbar.¹ Die Kommanditistenhaftung entspricht damit im Ausgangspunkt der Komplementärhaftung aus § 128 HGB (§ 126 HGB n.F.) i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB: Wie die Komplementäre haften Kommanditisten primär, unmittelbar und akzessorisch.² Allerdings ist ihre Haftung im Gegensatz zu jener der Komplementäre *auf die Haftsumme beschränkt*. Darüber hinaus schließt § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB die Außenhaftung aus, soweit der Kommanditist die Einlage geleistet³ oder einen

- 1 Dass § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB auf die Haftsumme rekurriert, entspricht dem heute erreichten Kenntnisstand und wird durch das MoPeG lediglich klargestellt (statt aller K. SCHMIDT/GRÜNEBERG, in: Münchener Komm. z. HGB, 5. Aufl., 2022, § 171, § 172 Rdn. 5 ff; siehe auch Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, S. 256).
- 2 OETKER, in: Oetker, Komm. z. HGB, 7. Aufl., 2021, § 171 Rdn. 4; K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, S. 1566 (§ 54 I 4); STROHN, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Komm. z. HGB, 4. Aufl., 2020, § 171 Rdn. 9.
- 3 Das MoPeG überführt den Einlagebegriff hier in jenen der „vereinbarten Einlage“. Auch dies entspricht dem Stand der Einlagendogmatik (siehe wiederum K. SCHMIDT/GRÜNEBERG, aaO (Fn. 1), § 171, § 172 HGB Rdn. 5 ff; Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, S. 256). Tatsächlich ist das Festhalten am Einlagebegriff nicht ganz glücklich, weil selbst die Gesetzesmaterialien klarstellen, „dass eine solche Pflicht nicht von selbst besteht“ (Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, S. 251), und der Haftungsausschluss durch Befriedigung anderer Gläubiger (BGH v. 25.7.2017 – II ZR 122/16, ZIP 2017, 1948 Rdn. 21) so kaum ersichtlich wird. Besser wäre es gewesen, im Außenrecht gänzlich auf den Einlagebegriff zu verzichten.

anderen Gläubiger befriedigt hat⁴. Damit ist die Kommanditistenhaftung nicht lediglich auf die Haftsumme beschränkt, sondern durch Einlageleistung *weiter beschränkbar*. Gleichzeitig fehlt für die KG ein striktes Kapitalerhaltungsrecht, das eine Rückgewähr der haftungsbefreiend geleisteten Einlage verbieten würde. Stattdessen lebt die Haftung gemäß § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB wieder auf, wenn die Einlage an den Kommanditisten zurückgezahlt wird.⁵ Die Kommanditistenhaftung ist damit nicht nur weiter beschränkbar, sondern zwischen Haftsumme⁶ und Haftungsausschluss *dynamisch*.

Für dieses Modell der absolut auf die Haftsumme sowie weitergehend dynamisch beschränkten und gleichwohl primären Haftung hat sich der historische Gesetzgeber bewusst entschieden – und zwar in ausdrücklicher Abgrenzung zur nachgelagerten Kommanditärhaftung nach dem Modell des schweizerischen Obligationenrechts vom 14.6.1881:

„Die unmittelbare Haftung des Kommanditisten erst nach Auflösung der Gesellschaft (Schweizerisches Obligationenrecht Art. 603) oder nur bei Unzulänglichkeit des Gesellschaftsvermögens eintreten zu lassen, ist weder notwendig noch gerechtfertigt.“⁷

Der starke Kontrast verblasst jedoch, wenn man den prozessualen Rahmen für die Durchsetzung der Kommanditistenhaftung in den Blick nimmt (dazu II., III.). In der Gesamtbetrachtung wird vielmehr eine asymmetrische Verteilung der Prozessrisiken deutlich, welche die Durchsetzung der Außenhaftung vor der Insolvenz de facto ausschließt und die Kommanditistenhaftung – funktional äquivalent zum schweizerischen Recht – als nachgelagerte Haftung in der Insolvenz erscheinen lässt (dazu IV.). Eine rechtstatsächliche Untersuchung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 171 HGB plausibilisiert diesen Eindruck (dazu V.). Damit ist die Frage nach den Perspektiven der Komman-

4 BGH v. 25.7.2017 – II ZR 122/16, ZIP 2017, 1948 Rdn. 21.

5 Im Zuge des MoPeG hat der Gesetzgeber in § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB denn auch am Begriff der Einlage festgehalten, „um den Regelungszusammenhang mit der haftungsbefreienden Wirkung des § 171 Absatz 1 Halbsatz 2 HGB erkennbar zu lassen“ (Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, S. 256). Auch hier geht es indessen in der Sache nicht um die Rückgewähr der Einlage, sondern um Kapitalrückflüsse an den Kommanditisten, und zwar – wie sich erst im Zusammenspiel mit § 172 Abs. 4 Satz 2 HGB ergibt – um Kapitalrückflüsse, durch die der Kapitalanteil des Kommanditisten unter die Haftsumme herabgemindert wird (eingehend K. SCHMIDT/GRÜNEBERG, aaO (Fn. 1), § 171, § 172 HGB Rdn. 69f). Insofern wäre es auch hier besser gewesen, Abstand vom Einlagenbegriff zu nehmen.

6 BGH v. 22.3.2011 – II ZR 271/08, BGHZ 189, 45 Rdn. 19: „Der Umfang, in dem die Haftung des Kommanditisten nach § 172 Abs. 4 HGB wieder auflebt, ist in dreifacher Hinsicht, nämlich durch die Haftsumme, die Höhe des ausgezahlten Betrags und durch das Ausmaß der dadurch ggf. entstehenden Haftsummenunterdeckung begrenzt.“

7 Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst Denkschrift. Denkschrift zu dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuchs, 1897 (abrufbar unter: <https://perma.cc/WJ6J-2AMQ>), S. 123.

ditistenhaftung zwischen zivilprozessualer Effektivierung einerseits und dem materiellrechtlichen Ausschluss ihrer Durchsetzung außerhalb der Insolvenz andererseits aufgeworfen (dazu VI.).

II. Zivilprozessuale Implikationen der Beschränkung auf die Haftsumme

1. Materiell-rechtliche Ausgangslage

a) Notwendige Haftung auf einen Geldbetrag

Die Beschränkung der Kommanditistenhaftung auf die Haftsumme führt auf Ebene des materiellen Rechts zu der bis heute nicht höchstrichterlich geklärten Frage, ob die Kommanditisten wie die Komplementäre⁸ im Grundsatz auf Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeit haften, zwischen der Leistungspflicht der Gesellschaft und der Leistungspflicht der Kommanditisten also grundsätzlich inhaltliche Kongruenz besteht, oder die Kommanditisten a priori lediglich zur Leistung eines Geldbetrags verpflichtet sind. Zwar streitet im Ausgangspunkt die Akzessorietät der Kommanditistenhaftung (oben I.) für eine Gleichbehandlung mit den Komplementären. Die herrschende Meinung lehnt dies gleichwohl zu Recht ab, weil eine Erfüllungshaftung zum einen dem Leitbild der Kommanditisten als Kapitalgeber widerspricht und zum anderen mit der Beschränkung der Außenhaftung auf einen bestimmten Geldbetrag konzeptionell unvereinbar ist.⁹ Das verdeutlicht vor allem der Fall, in dem der Wert der von der Gesellschaft geschuldeten Leistung die nach § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB verbleibende Haftsumme übersteigt. Unabhängig von ihrer Beitragspflicht im Innenverhältnis haften die Kommanditisten daher im Außenverhältnis stets nur auf Zahlung eines Geldbetrags.

Den Gesellschaftsgläubigern steht es damit jedenfalls bei gegen die Gesellschaft gerichteten Zahlungsansprüchen frei, statt Gesellschaft oder Komplementären die Kommanditisten in Anspruch zu nehmen. Insoweit ist und bleibt die Kommanditistenhaftung primär und unmittelbar (oben I.).

8 BGH v. 1.4.1987 – VIII ZR 15/86, ZIP 1987, 842, 844; BGH v. 22.3.1988 – X ZR 64/87, BGHZ 104, 76, 78; BGH v. 11.12.1978 – II ZR 235/77, BGHZ 73, 217, 221 f; eingehend auch – jeweils m.w.N. zum Theorienstreit – HABERSACK, in: Habersack/Schäfer, Das Recht der OHG, 2. Aufl., 2018, § 128 Rdn. 28 f; K. SCHMIDT/DRESCHER, in: Münchener Komm. z. HGB, 5. Aufl., 2022, § 128 Rdn. 25.

9 MOCK, in: Röhrich/v. Westphalen/Haas, Komm. z. HGB, 5. Aufl., 2019, § 171 Rdn. 23; SASSEN RATH, in: Westermann/Wertenbruch, Handbuch Personengesellschaften, 70. Lfg., 2018, Rdn. I-2827; K. SCHMIDT/GRÜNEBERG, aaO (Fn. 1), § 171, § 172 HGB Rdn. 17; STROHN, aaO (Fn. 2), § 171 HGB Rdn. 12.

b) Haftung für nicht auf Zahlung gerichtete Verbindlichkeiten erst nach Übergang in eine Zahlungsverbindlichkeit

Bei nicht auf Zahlung gerichteten Ansprüchen stellt sich dagegen die Frage, wie die Unmittelbarkeit der Haftung und ihr auf Geldleistung gerichteter Inhalt miteinander in Einklang zu bringen sind.

Der Ansatz, der Geldleistung des Kommanditisten die Wirkung einer Leistung an Erfüllung statt analog § 364 Abs. 1 BGB zuzuerkennen,¹⁰ führt insbesondere dort zu Problemen, wo die Gesellschaftsverbindlichkeit die Haftsumme übersteigt: Zum einen verbietet es sich, eine vollständige Erfüllungswirkung anzunehmen, wenn die Leistung des Kommanditisten noch nicht einmal das vollständige Wertinteresse des Gläubigers befriedigt. Zum anderen kann die nicht auf Geld gerichtete Leistung gegen die Gesellschaft im Übrigen auch nicht als Erfüllungsanspruch fortbestehen. Die Alternative, den Restanspruch in eine Geldforderung übergehen zu lassen, würde die vertraglichen Beziehungen der Kommanditgesellschaft gleichsam einem eigenen schuldrechtlichen Regime unterwerfen. Diese Probleme würden zwar vermieden, wenn man den Gesellschaftsgläubiger für verpflichtet hielte, bei anschließender Durchsetzung seines Erfüllungsanspruchs gegenüber der Gesellschaft oder den Komplementären den aus der Kommanditistenhaftung erhaltenen Geldbetrag Zug um Zug herauszugeben.¹¹ Damit wird der Leistung des Kommanditisten an den Gesellschaftsgläubiger jedoch der gesetzlichen Konzeption zuwider die Erfüllungswirkung abgesprochen und die Kommanditistenhaftung in ein Sicherungsmittel umqualifiziert.¹²

Auch wenn sich das Spannungsverhältnis aus unmittelbarer Haftung und zwingender Geldleistung bei nicht auf Zahlung gerichteten Ansprüchen somit nicht friktionslos auflösen lässt, bleibt doch festzuhalten, dass (i) auch Ansprüche, die nicht auf Zahlung gerichtet sind, gemäß § 281 Abs. 4 BGB in Zahlungsansprüche übergehen können und (ii) die Kommanditisten für solche Ansprüche wiederum primär und unmittelbar haften. Da folglich keine Haftungslücken drohen, liegt es nahe, die Anordnung der unmittelbaren Geldhaftung in § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB auch ausschließlich auf Zahlungsansprüche zu beziehen. Für einen nicht auf Zahlung gerichteten Anspruch haften die Kommanditisten mithin erst, wenn er in einen Geldzahlungsanspruch übergegangen ist.¹³

10 In diese Richtung THIESSEN, in: Staub, Großkomm. z. HGB, 5. Aufl., 2015, § 171 Rdn. 44 („muss § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 zumindest die Wirkung haben“); kritisch FOERSTER, in: BeckOGK HGB, Stand: 1.7.2022, § 171 HGB Rdn. 48.

11 Dafür FOERSTER, aaO (Fn. 10), § 171 HGB Rdn. 49 f.

12 Bezeichnend FOERSTER, aaO (Fn. 10), § 171 HGB Rdn. 49 („der Gläubiger, der sich durch die Inanspruchnahme des Kommanditisten gem. Abs. 1 Hs. 1 abgesichert hat“).

13 So auch K. SCHMIDT/GRÜNEBERG, aaO (Fn. 1), § 171, § 172 HGB Rdn. 17; STROHN, aaO (Fn. 2), § 171 HGB Rdn. 12.

2. Prozessuale Konsequenzen

a) Zahlungsverbindlichkeiten

Da die Kommanditisten gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB den Zahlungsgläubigern der Gesellschaft primär und unmittelbar haften (oben 1.a)), führt die Beschränkung der Kommanditistenhaftung bei Zahlungsverbindlichkeiten lediglich dazu, dass eine gegen den Kommanditisten erhobene Klageforderung abgewiesen werden muss, soweit sie die Haftsumme übersteigt (zur weitergehenden Beschränkung durch § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB noch unter III.1). Soweit der Kommanditist haftet, folgt seine Haftung den für die unbeschränkte Haftung der Komplementäre geltenden Regeln. Im Umfang seiner Haftung wird er dementsprechend – mit der Kostenfolge des § 100 Abs. 4 ZPO – gemeinsam mit den Komplementären als Gesamtschuldner und gemeinsam mit der Gesellschaft „wie ein Gesamtschuldner“¹⁴ verurteilt.

b) Nicht auf Zahlung gerichtete Verbindlichkeiten

aa) Abweisung der Klage auf den Primäranspruch als „derzeit unbegründet“

Da Kommanditisten für nicht auf Zahlung gerichtete Forderungen erst haften, wenn sie in Geldzahlungsansprüche übergegangen sind (oben 1.b)), kann einer auf den Primäranspruch erhobenen Erfüllungsklage des Gläubigers nicht stattgegeben werden. Sie ist in dieser Situation allerdings lediglich als „derzeit unbegründet“ abzuweisen, weil der Kommanditist latent verhaftet bleibt und sehr wohl in Anspruch genommen werden kann, sobald der Anspruch gegen die Gesellschaft gemäß § 281 Abs. 1, Abs. 4 BGB auf Schadensersatz übergegangen ist. Fehlt der Vorbehalt der lediglich derzeitigen Unbegründetheit im Urteilstenor, steht die Rechtskraft des abweisenden Urteils einer späteren Klage auf Schadensersatz indessen nicht entgegen.¹⁵ Denn bei einer klagabweisenden Entscheidung erwächst nur „der aus der Begründung zu ermittelnde, die Rechtsfolge bestimmende, ausschlaggebende Abweisungsgrund“ in Rechtskraft.¹⁶

14 Vgl. BGH v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 358, wonach im Urteilstenor kenntlich zu machen ist, dass zwischen den Ansprüchen „kein echtes Gesamtschuldverhältnis besteht, jedoch die [Gesellschaft] neben den ihrerseits untereinander gesamtschuldnerisch haftenden Gesellschafterinnen wie eine Gesamtschuldnerin verpflichtet ist“.

15 BGH v. 21.1.2009 – VIII ZR 62/08, NJW 2009, 1139 Rdn. 12; BGH v. 3.7.1961 – III ZR 19/60, BGHZ 35, 338, 340f; BVerfG v. 30.9.2003 – 1 BvR 2388/02, NJW 2003, 3759, 3759; zum daraus folgenden Ausschluss der Revisibilität des fehlenden Vorbehalts BGH v. 8.2.2022 – VIII ZR 150/20 Rdn. 4.

16 Vgl. BGH v. 24.6.1993 – III ZR 43/92, NJW 1993, 3204, 3205.

bb) Verurteilung auf den Sekundäranspruch nach §§ 255, 259 ZPO

Dem Gesellschaftsgläubiger hilft das gleichwohl nur bedingt: Er verliert den Prozess gegen den Kommanditisten, trägt gemäß § 91 Abs. 1 ZPO die Kosten und ist darauf verwiesen, später erneut zu klagen. Hat er gleichzeitig die KG verklagt und gegen diese einen Titel erstritten, kommt dem Gläubiger im späteren Prozess zwar zugute, dass sich der Kommanditist nach § 129 Abs. 1 HGB (§ 128 Abs. 1 HGB n.F.) i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB die Rechtskraft des Urteils gegen die Gesellschaft ebenfalls entgegenhalten lassen muss.¹⁷ Das gibt dem Gläubiger jedoch noch keinen Titel gegen den Kommanditisten: *Erstens* erlaubt ein gegen die Gesellschaft erwirkter Vollstreckungstitel gemäß § 129 Abs. 4 HGB (§ 129 Abs. 2 HGB n.F.) niemals eine Vollstreckung in das Vermögen der Gesellschafter. *Zweitens* gestattet der auf den Primäranspruch gerichtete Vollstreckungstitel ohnehin keine Vollstreckung wegen des Sekundäranspruchs.

Letztgenannte Hürde zu überwinden, ermöglicht zumindest im Verhältnis zur Gesellschaft ein Vorgehen nach §§ 255, 259 ZPO. Denn danach kann der Gläubiger den Primäranspruch titulieren und die Gesellschaft darüber hinaus verurteilen lassen, nach fruchtlosem Ablauf einer im Urteil gesetzten Frist Schadensersatz zu zahlen. Wenn sich aus dem Urteil nicht ergibt, dass die Verurteilung zur Zahlung von Schadensersatz unter der weiteren aufschiebenden Bedingung eines künftigen Schadensersatzverlangens des Gläubigers steht, ist der titulierte Anspruch auf die Primärleistung zwar mit Fristablauf gemäß § 281 Abs. 4 BGB ausgeschlossen und die Gesellschaft nur noch zur Zahlung des ausgeurteilten Schadensersatzes verpflichtet. Dafür kann der Gläubiger jedoch gemäß § 704, § 751 Abs. 1 ZPO ohne Weiteres aus dem Urteil vollstrecken, wenn sich der Fristablauf unmittelbar aus dem Urteil ermitteln lässt.¹⁸ Den erfolglosen Fristablauf muss er nicht nachweisen. Vielmehr ist die Gesellschaft für den Erfüllungseinwand auch insoweit auf die Vollstreckungsabwehrklage verwiesen.¹⁹

Wenn der Gesellschaftsgläubiger so bereits einen Vollstreckungstitel über den Sekundäranspruch gegen die KG erlangen kann, liegt angesichts der Haftung des Kommanditisten für den Sekundäranspruch der Schluss nahe, dass der Kommanditist bei einer gemeinsamen Verurteilung mit der Gesellschaft nach § 259 ZPO auch ausschließlich in den Sekundäranspruch verurteilt werden kann. Bei isolierter Betrachtung lässt sich die für § 259 ZPO notwendige Besorgnis nicht rechtzeitiger Leistung für den Kommanditisten zwar nicht rechtfertigen: Die Nichtleistung auf den Primäranspruch ist ihm schließlich schwerlich vorwerfbar, wenn er für diesen gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 ZPO gar nicht einstehen muss. Die Akzessorietät seiner Haftung schneidet dem Kom-

17 Vgl. BGH v. 20.2.2018 – II ZR 272/16, BGHZ 217, 327 = ZIP 2018, 640 Rdn. 23 f.

18 Dazu STAMM, ZfPW 2020, 86, 104.

19 STAMM, ZfPW 2020, 86, 104.

manditisten jedoch auch sonst den – letztlich in § 425 BGB begründeten – Einwand ab, dass Verzug und Verschulden der Gesellschaft nur gegen diese wirken.²⁰ Und wenn der BGH dem Gläubiger im Rahmen von § 259 ZPO die Möglichkeit eröffnet, die Verurteilung zur Zahlung von Schadensersatz unter die weitere aufschiebende Bedingung eines künftigen Schadensersatzverlangens zu stellen, weil hierdurch „die in §§ 280, 281 BGB enthaltene materielle Rechtslage in das Vollstreckungsverfahren übertragen [wird]“, ²¹ dann muss diese Argumentation für die akzessorische Gesellschafterhaftung gleichermaßen gelten, zumal angesichts der durch § 129 Abs. 1 HGB (§ 128 Abs. 1 HGB n.F.) i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB bewirkten Rechtskrafterstreckung.

Erkennt man die Möglichkeit, gegen die Gesellschaft nach §§ 255, 259 ZPO und den Kommanditisten allein nach § 259 ZPO vorzugehen, danach im Grundsatz an, steht dieser Weg dem Gläubiger auch dort offen, wo er sich seinen Erfüllungsanspruch offenhalten will und die Verurteilung zur Zahlung von Schadensersatz unter die weitere aufschiebende Bedingung eines späteren Schadensersatzverlangens im Sinne des § 281 Abs. 4 BGB gegenüber der Gesellschaft stellt. Dann hängt die Vollstreckbarkeit gegenüber der Gesellschaft gemäß § 726 Abs. 1 ZPO nämlich lediglich davon ab, ob der Gläubiger den Beweis des Schadensersatzverlangens durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden führen kann. Hierfür genügt die Zustellungsurkunde des Gerichtsvollziehers²² und es ist nicht ersichtlich, warum dieser Nachweis nicht auch gegenüber dem Kommanditisten genügen sollte.

III. Zivilprozessuale Implikationen der Dynamik der weitergehenden Beschränkbarkeit

Analysiert man die Dynamik der weitergehenden Beschränkbarkeit der Kommanditistenhaftung durch die Linse der prozessualen Rahmenbedingungen für den Haftungsausschluss qua Einlageleistung (dazu 1.) und das Wiederaufleben der Haftung infolge einer Einlagenrückgewähr (dazu 2.), wird deutlich, dass die materiell-rechtliche Spiegelbildlichkeit von Einlagenleistung und -rückzahlung tatsächlich erheblich zulasten der Gesellschaftsgläubiger verzerrt ist (dazu 3.).

20 Eingehend BGH v. 21.12.1961 – II ZR 74/59, BGHZ 36, 224, 226f = NJW 1962, 536, 537.

21 BGH v. 9.11.2017 – IX ZR 305/16, NJW 2018, 786 Rdn. 13.

22 WOLFSTEINER, in: Münchener Komm. z. ZPO, 6. Aufl., 2020, § 726 Rdn. 43.

1. Haftungsausschluss gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB

a) Darlegungs- und Beweislast

Ob sich ein Kommanditist seiner Außenhaftung durch Einlageleistung gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB entledigt hat, ist für den Gläubiger aus dem Handelsregister nicht ersichtlich. Denn nur die Haftsumme selbst ist gemäß § 172 Abs. 1, § 175 HGB eintragungsfähig und eintragungspflichtig; das Vertrauen des Gesellschaftsgläubigers auf eine Haftung des Kommanditisten bis zur eingetragenen Haftsumme wird durch die Publizität des Handelsregisters gemäß § 15 HGB nicht geschützt.²³ Den Kommanditisten trifft allerdings nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast für den Ausschluss der Haftung durch Einlageleistung gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB.²⁴

b) Haftungsausschluss vor Rechtshängigkeit

Kann der Kommanditist den Nachweis führen, eine gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB haftungsausschließende Einlageleistung vor Rechtshängigkeit erbracht zu haben, kann sich der Gläubiger einer mit der Klagabweisung gemäß § 91 Abs. 1 ZPO verbundenen Kostentragung allenfalls durch Klagerücknahme erwehren.

Gemäß § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO bestimmt sich die Kostentragungspflicht unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen, wenn der Anlass zur Einreichung der Klage vor Rechtshängigkeit weggefallen ist und die Klage daraufhin zurückgenommen wird. Das erfasst jedenfalls die Erledigung der Hauptsache zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit und nach herrschender – wenngleich bis heute nicht höchstrichterlich bestätigter – Auffassung überdies den Fall, dass der Anlass zur Einreichung der Klage bereits vor Anhängigkeit weggefallen, dies dem Kläger aber bis dahin ohne Verschulden unbekannt geblieben ist.²⁵ Wenngleich der BGH diesem weitgehenden Verständnis des § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO jüngst nicht abgeneigt zu sein scheint, hat er doch im selben Atemzug entschieden, dass ein „Anlass zur Einreichung der Klage“ im Sinne des § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO jedenfalls

23 BGH v. 1.6.1987 – II ZR 259/86, BGHZ 101, 123, 127 f = ZIP 1987, 1254, 1255; BGH v. 29.6.1981 – II ZR 142/80, BGHZ 81, 82, 87 = ZIP 1981, 981, 982 f.

24 BGH v. 1.6.1987 – II ZR 259/86, BGHZ 101, 123, 127 = ZIP 1987, 1254, 1255; K. SCHMIDT/GRÜNEBERG, aaO (Fn. 1), § 171, § 172 HGB Rdn. 67.

25 Eingehend und mit umfangreichen Nachweisen zum Stand der Diskussion, gleichwohl ohne eigene Festlegung, BGH v. 17.12.2020 – I ZB 38/20, NJW 2021, 941 Rdn. 19 ff.

„nur angenommen werden [kann], wenn die Klage bei ihrer Einreichung zulässig und begründet war oder jedenfalls zu irgendeinem Zeitpunkt vor ihrer Einreichung zulässig und begründet gewesen wäre. Auf den Fall einer aus objektiver Sicht zu keinem Zeitpunkt aussichtsreichen Klage ist die Vorschrift nicht anwendbar.“²⁶

Nach diesen Grundsätzen hinge die Kostentragungspflicht des Kommanditisten – neben der unverschuldeten Unkenntnis des Gläubigers von der haftungsausschließenden Einlageleistung – davon ab, ob sich der Kommanditist seiner Außenhaftung vor oder nach Entstehung der Gesellschaftsverbindlichkeit entledigt hat. Nur in letzterem Fall wäre die auf § 171 Abs. 1 HGB gestützte Klage wenigstens „zu irgendeinem Zeitpunkt vor ihrer Einreichung zulässig und begründet gewesen“. Freilich lässt sich schwerlich rechtfertigen, die Kostentragungspflicht des Gläubigers davon abhängig zu machen. Denn in die Leistungsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Kommanditist hat er so oder so keinen Einblick. Andererseits hat der BGH mehrfach ausgeführt, dass § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO den Kläger „nicht von der Prüfung der materiellen Erfolgsaussichten der beabsichtigten Klage entlasten“ soll,²⁷ was schon in einem erheblichen Spannungsverhältnis zur Anerkennung einer unverschuldeten Unkenntnis vom Wegfall des Anlasses vor Anhängigkeit steht.

c) Haftungsausschluss nach Rechtshängigkeit

Die Rechtshängigkeit einer auf § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB gestützten Klage gegen den Kommanditisten schließt eine Haftungsbefreiung gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB nicht aus.²⁸ Das gilt primär für die – richtigerweise ebenfalls unter § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB zu fassende – Befriedigung eines anderen Gläubigers. Erstens gibt das materielle Recht keinen Anknüpfungspunkt, um der Befriedigung eines anderen Gläubigers während des Verfahrens die haftungsbefreiende Wirkung abzuspüren. Zweitens würde andernfalls die absolute Beschränkung der Kommanditistenhaftung auf die Haftsumme umgangen. Dem entkäme man zwar, wenn man bereits der Rechtshängigkeit einer Haftungsklage gegen den Kommanditisten haftungsbefreiende Wirkung zuerkannte. Dem steht nicht nur das offensichtliche Problem der Abweisung begründeter Gesellschaftsverbindlichkeiten unter Verweis auf unbegründete Klagen entgegen, welches das Missbrauchspotential fabrizierter Klagen einschließt. Vor allem bietet das geltende Recht hierfür keinerlei Rechtfertigungsgrundlage. Daher entspricht es auch ständiger Rechtsprechung des BGH,

26 BGH v. 17.12.2020 – I ZB 38/20, NJW 2021, 941 Ls.

27 BGH v. 17.12.2020 – I ZB 38/20, NJW 2021, 941 Rdn. 24; BGH v. 6.7.2005 – IV ZB 6/05, NJW-RR 2005, 1662, 1664.

28 Unstr., siehe nur STROHN, aaO (Fn. 2), § 171 HGB Rdn. 87; THIESSEN, aaO (Fn. 10), § 171 HGB Rdn. 118.

„dass es vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Belieben des Kommanditisten steht, welchen Gläubiger der Gesellschaft er befriedigt, und dass er durch Befriedigung eines solchen Gläubigers in Höhe der getilgten Gesellschaftsschuld von seiner Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB auch im Verhältnis zu den anderen Gläubigern frei wird.“²⁹

Hiervon ausgehend kann für den Haftungsausschluss durch Leistung in das Gesellschaftsvermögen nichts anderes gelten. Denn im Außenverhältnis erfüllt § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB die Funktion, sicherzustellen, dass der Kommanditist die Haftsumme nur einmal leisten muss und hierfür nicht zwingend auf die Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern verwiesen ist, sondern auch unmittelbar in das Vermögen der ebenjenen Gläubigern primär haftenden Gesellschaft leisten kann. Das erlaubt dem Kommanditisten freilich, sich seiner Haftung noch ad hoc zu entziehen. Auch infolge einer Einlageleistung oder Gläubigerbefriedigung nach Rechtshängigkeit muss das Gericht die Klage des Gesellschaftsgläubigers folglich mit der Kostenfolge des § 91 Abs. 1 ZPO abweisen, soweit die eingeklagte Forderung die gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB verbleibende Kommanditistenhaftung übersteigt.

Dem stehen die berechtigten Interessen des Gläubigers nicht entgegen. Ihm bleibt es in dieser Situation nämlich, den Rechtsstreit für erledigt zu erklären. Schließt sich der Kommanditist der Erledigungserklärung an, hat das Gericht gemäß § 91 a Abs. 1 Satz 1 ZPO nurmehr eine Kostenentscheidung unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes zu treffen. Dieser Beschluss ergeht zwar gemäß § 91 a Abs. 1 Satz 1 ZPO nach billigem Ermessen. Gleichwohl richtet sich die Kostenentscheidung primär nach dem mutmaßlichen Ausgang des Prozesses bei Eintritt des erledigenden Ereignisses,³⁰ sodass grundsätzlich der Kommanditist in die Kosten verurteilt wird, wenn die auf § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB gestützte Klage ursprünglich zulässig und begründet war.³¹

Schließt sich der Kommanditist der Erledigungserklärung des Gläubigers nicht an, stellt die einseitige Erledigungserklärung eine gemäß § 264 Nr. 2 Alt. 2 ZPO privilegierte Klagebeschränkung dar, durch die der Gläubiger von seinem Leistungsantrag auf einen Antrag übergeht, festzustellen, dass die Hauptsache erledigt ist, die eingereichte Klage also zulässig und begründet war, aber durch ein nach Rechtshängigkeit eingetretenes Ereignis – hier: die haftungsbefreiende Einlageleistung oder Befriedigung eines anderen Gesellschaftsgläubigers – gegenstandslos geworden ist.³² In dieser Situation führt der Erfolg des Gläubigers zwar nicht zu einer Haftung des Kommanditisten entgegen § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB, aber neben der Erledigungsfeststellung dazu, dass der Kom-

29 BGH v. 25.7.2017 – II ZR 122/16, ZIP 2017, 1948 Rdn. 21 m. w. N.

30 Siehe nur BGH v. 9.2.2021 – VIII ZR 346/19, NJW 2021, 1887 Rdn. 4.

31 STROHN, aaO (Fn. 2), § 171 HGB Rdn. 87.

32 Vgl. BGH v. 19.6.2008 – IX ZR 84/07, ZIP 2008, 1736 Rdnr. 9f; BGH v. 13.9.2005 – X ZR 62/03, NJW-RR 2006, 544, 545.

manditist gemäß § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Kosten des Rechtsstreits tragen muss.

d) Haftungsausschluss nach Rechtskraft

Nach heute herrschender Auffassung steht nicht nur die Rechtshängigkeit einer auf § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB gestützten Klage gegen den Kommanditisten einer Haftungsbefreiung gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB nicht entgegen, sondern auch die Rechtskraft eines gegen den Kommanditisten ergangenen Urteils.³³ Das materielle Recht bietet in dieser wie in jener Situation (oben c)) im Ausgangspunkt keinen Ansatz für einen Ausschluss des § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB durch die Titulierung des Außenhaftungsanspruchs.

Sowohl bei der nachträglichen Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers als auch bei der nachträglichen Einlageleistung handelt es sich auch um Einwendungen, die gemäß § 767 Abs. 2 ZPO die Vollstreckungsabwehrklage legitimieren.³⁴ Denn mit der Befriedigung eines anderen Gesellschaftsgläubigers oder der Kapitalzuführung an die Gesellschaft entstehen die Umstände, welche die Einwendung des § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB begründen, erst nachträglich. Nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen ist es unerheblich, dass der Kommanditist die materiellen Voraussetzungen für die Einwendung bereits vorher hätte schaffen können.³⁵

Allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen entspricht es auch, dass sich der Gläubiger der Vollstreckungsabwehrklage des Kommanditisten in diesen Fällen selbst dann nicht erwehren kann, wenn der Gläubiger den Titel nur für den Fall fruchtloser Vollstreckungsmaßnahmen gegenüber Gesellschaft und Komplementären in der Hinterhand behält:

„Es entspricht gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass für eine Vollstreckungsabwehrklage solange ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, wie der Gläubiger den Vollstreckungstitel noch in Händen hat. Dies gilt selbst dann, wenn der Gläubiger auf seine Rechte aus dem Titel verzichtet hat oder zwischen ihm und dem Schuldner Einigkeit darüber besteht, dass eine Zwangsvollstreckung nicht mehr in Betracht kommt.“³⁶

33 BGH v. 18.1.1973 – II ZR 114/71, BGHZ 61, 149, 153 = NJW 1973, 1878, 1879; FOERSTER, aaO (Fn. 10), § 171 HGB Rdn. 118; K. SCHMIDT/GRÜNEBERG, aaO (Fn. 1), § 171, § 172 HGB Rdn. 55; STROHN, aaO (Fn. 2), § 171 HGB Rdn. 87; differenzierend THIESSEN, aaO (Fn. 10), § 171 HGB Rdn. 118 ff.

34 Siehe die Nachweise in Fn. 33.

35 Vgl. BGH v. 10.8.2010 – VIII ZR 319/09, NJW-RR 2010, 1598 Rdn. 7.

36 BGH v. 21.10.2016 – V ZR 230/15, NJW 2017, 674 Rdn. 7.

Das ist zivilprozessual auch stimmig, da § 93 ZPO dem Gläubiger erlaubt, sich einer Kostentragung durch sofortiges Anerkenntnis der Vollstreckungsabwehrklage zu entziehen.

Wenngleich § 93 ZPO nach der Rechtsprechung wenig Raum zur Prüfung lässt, weil danach der Beklagte „die erste sich bietende prozessuale Möglichkeit gegenüber Gericht und Prozessgegner wahr[nehmen]“ muss,³⁷ kann dem Kommanditisten die Möglichkeit der haftungsbefreienden Einlageleistung vor diesem Hintergrund ebenso wenig wie die Haftungsbefreiung durch Befriedigung eines anderen Gläubigers abgesprochen werden. Sie ist auch deshalb anzuerkennen, weil § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB auch hier nur seine Funktion erfüllt, dem Kommanditisten die Möglichkeit zu bieten, statt an einen Gläubiger unmittelbar in das Gesellschaftsvermögen zu leisten, in das der Gläubiger ebenfalls vollstrecken kann.

2. Wiederaufleben der Haftung gemäß § 172 Abs. 4 HGB

a) Darlegungs- und Beweislast

Da § 172 Abs. 4 HGB den Haftungsausschluss aus § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB negiert und insofern eine Rückausnahme von der Haftungsbefreiung begründet, liegt die Darlegungs- und Beweislast für eine haftungsschädliche Einlagenrückzahlung im Grundsatz auf Seiten des Gläubigers.³⁸

Allerdings nimmt der BGH an, „dass der Kommanditist darlegen und beweisen muss, dass eine unstreitige Ausschüttung die Haftung nicht wieder begründet hat“.³⁹ Diese Aussage rekurriert auf die materiell-rechtliche Wertung, dass bei der Ausschüttung von Gewinnen grundsätzlich keine vorherige Zuwendung zurückfließt, vielmehr umgekehrt das Stehenlassen von Gewinnen auf dem Kapitalkonto als haftungsbefreiende Zuführung neuen Eigenkapitals zu qualifizieren ist.⁴⁰ Das bringt § 172 Abs. 4 Satz 2 HGB implizit zum Ausdruck, indem er anordnet, dass die Entnahme von Gewinnen nur haftungsschädlich ist, wenn hierdurch der Kapitalanteil unter die Haftsumme herabgemindert wird. Insofern kann eine Ausschüttung an den Kommanditisten nicht per se als haftungsschädlich qualifiziert werden. Vielmehr schaffen un-

37 Vgl. BGH v. 21.3.2019 – IX ZB 54/18, NJW 2019, 1525 Rdn. 8.

38 MOCK, aaO (Fn. 9) § 172 HGB Rdn. 37; OETKER, aaO (Fn. 2), § 172 HGB Rdn. 30; K. SCHMIDT/GRÜNEBERG, aaO (Fn. 1), § 171, § 172 HGB Rdn. 80.

39 BGH v. 29.9.2015 – II ZR 403/13, BGHZ 207, 54 Rdn. 30; BGH v. 22.3.2011 – II ZR 271/08, BGHZ 189, 45 Rdn. 21.

40 Vgl. SASSEN RATH, aaO (Fn. 9), Rdn. I-2887; K. SCHMIDT/GRÜNEBERG, aaO (Fn. 1), § 171, § 172 HGB Rdn. 62; STROHN, aaO (Fn. 2), § 171 HGB Rdn. 44.

verbrauchte Rücklagen haftungsfreies Ausschüttungsvolumen.⁴¹ Für die Frage, ob eine Ausschüttung die haftungsbefreiende Einlageleistung negiert, kommt es daher stets auf den Kapitalanteil des Kommanditisten an: Solange dieser die Haftsumme deckt, ist der Abfluss von Eigenkapital unbedenklich. Haftungsschädlich sind Zuwendungen nur, soweit sie den Kapitalanteil des Kommanditisten unter die Haftsumme herabsetzen. In diesem Sinne heißt es auch in den Gesetzesmaterialien zum MoPeG, durch das der in § 172 Abs. 4 Satz 2 HGB verwendete Einlagebegriff durch den der Haftsumme ersetzt wurde: „Der Sache nach enthält die Vorschrift eine Erläuterung der in § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB enthaltenen Haftungsbestimmung.“⁴² Für die sonach durch die Höhe des Kapitalanteils begründete Haftungsneutralität eines Vermögensabflusses verlagert der BGH die Darlegungs- und Beweislast also zurück auf den Kommanditisten.

Das neuere Schrifttum folgt dieser Beweislastumkehr im Anwendungsbereich des § 172 Abs. 4 HGB zu Recht einmütig.⁴³ Der Wortlaut des § 172 Abs. 4 Satz 2 HGB, aus dem sich diese Schranke für den gesamten § 172 Abs. 4 HGB ableitet, steht einer solchen Beweislastumkehr zulasten des Kommanditisten zwar auf den ersten Blick im Wege. Denn § 172 Abs. 4 Satz 2 HGB formuliert nicht die Haftsummendekung als Ausschlussgrund, sondern die Haftsummenunterdeckung als positive Voraussetzung für die Negation der haftungsbefreienden Einlageleistung:

„Das gleiche gilt, soweit ein Kommanditist Gewinnanteile entnimmt, während sein Kapitalanteil durch Verlust unter den Betrag der geleisteten Einlage [i. d. F. nach dem MoPeG: ‚der Haftsumme‘] herabgemindert ist, oder soweit durch die Entnahme der Kapitalanteil unter den bezeichneten Betrag herabgemindert wird.“⁴⁴

Auch wenn der BGH die Beweislast damit *praeter legem* umkehrt, ist sie in der Sache gerechtfertigt: Der Gesetzesfassung liegt nämlich bis heute das überholte Verständnis eines grundsätzlich gegenständlichen Einlageschutzes durch § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB und eines spezifischen Anwendungsbereichs für Gewinnentnahmen in § 172 Abs. 4 Satz 2 HGB zu Grunde.⁴⁵ Ungeachtet des Rekurses auf § 172 Abs. 4 Satz 2 HGB für die Maßstabsbildung erschöpft sich der Übergang zu einem einheitlichen, von der konkreten Einlageleistung unabhängigen Tatbestand für haftungsschädliche Kapitalrückflüsse damit nicht in

41 K. SCHMIDT/GRÜNEBERG, aaO (Fn. 1), § 171, § 172 HGB Rdn. 70; STROHN, aaO (Fn. 2), § 172 HGB Rdn. 22.

42 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, S. 257.

43 MOCK, aaO (Fn. 9) § § 172 HGB Rdn. 37; OETKER, aaO (Fn. 2), § 172 HGB Rdn. 30; K. SCHMIDT/GRÜNEBERG, aaO (Fn. 1), § 171, § 172 HGB Rdn. 80; STROHN, aaO (Fn. 2), § 172 HGB Rdn. 55 f; THIESSEN, aaO (Fn. 10), § 172 HGB Rdn. 192.

44 Hervorhebungen durch den Verfasser.

45 Vgl. K. SCHMIDT/GRÜNEBERG, aaO (Fn. 1), § 171, § 172 HGB Rdn. 83; THIESSEN, aaO (Fn. 10), § 172 HGB Rdn. 81.

einer Analogiebildung, welche die Anwendung der § 172 Abs. 4 Satz 2 HGB impliziten Beweislastverteilung gebieten würde. Daraus ergibt sich eine grundsätzliche Offenheit für die Begründung einer Beweislastumkehr praeter legem. Ihre normative Absicherung findet sie in der Einsicht, dass der fortbestehenden Haftsummendekung das Stehenlassen von Gewinnen und damit der Einwand haftungsbefreiender Kapitalzuführung gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB zu Grunde liegt, für den der Kommanditist die Darlegungs- und Beweislast trägt (oben 1.a)).

Ob aus dieser Rechtsprechung darüber hinaus auch folgt, dass der Kommanditist bei zwischen ihm und der Gesellschaft vollzogenen Verkehrsgeschäften die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung nachweisen muss,⁴⁶ ist indessen zweifelhaft. Zum einen geht die vom BGH gebrauchte Formulierung, der Kommanditist müsse darlegen und beweisen, „dass eine unstreitige Ausschüttung die Haftung nicht wieder begründet hat“, auf Fälle zurück, in denen allein die Frage im Raum stand, ob die Auskehrung von Gesellschaftsvermögen an die Kommanditisten durch Gewinne gedeckt war.⁴⁷ Zum anderen würde die § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB immanente Beweislastverteilung bis nahe an ihren Kern ausgehöhlt, wenn jedes Verkehrsgeschäft im Umfang der von der Gesellschaft erbrachten Leistung als Ausschüttung qualifiziert würde. Die Rechtsprechung hat den Kommanditisten die Beweislast denn auch nur in den Fällen „eine[r] unstreitige[n] Ausschüttung“ zugewiesen und daran fehlt es, wenn im Streit steht, ob ein Verkehrsgeschäft zu einer Ausschüttung von Gesellschaftsvermögen geführt hat. Insofern muss nicht der Kommanditist die Werthaltigkeit der Gegenleistung, sondern der Gesellschaftsgläubiger beweisen, dass die durch den Kommanditisten erbrachte Gegenleistung hinter dem Wert der Leistung der Gesellschaft zurückgeblieben ist.

Da der Gläubiger regelmäßig keinen Einblick in die Leistungsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Kommanditist hat, wird ihm der Nachweis einer Einlagenrückzahlung regelmäßig schwerfallen – den Nachweis, dass es zu verdeckten Ausschüttungen im Wege von Verkehrsgeschäften gekommen ist, wird er kaum erbringen können. Das Grundproblem liegt für den Gläubiger indessen darin begründet, dass es ihm mangels Einblicks in die Leistungsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Kommanditist häufig bereits unmöglich sein wird, hinreichend substantiiert zu einer möglichen Einlagenrückzahlung vorzutragen, von der sich der Kommanditist entlasten müsste.

46 So STROHN, aaO (Fn. 2), § 172 HGB Rdn. 55.

47 Vgl. BGH v. 22.3.2011 – II ZR 271/08, BGHZ 189, 45 Rdn. 21; siehe auch BGH v. 29.9.2015 – II ZR 403/13, BGHZ 207, 54 Rdn. 30: „Darlegungs- und Beweislast dafür [...], dass die unstreitigen Ausschüttungen nicht zu einem Wiederaufleben seiner Haftung geführt haben, etwa weil ihnen [...] Gewinne gegenüber gestanden hätten.“).

b) Wiederaufleben der Haftung vor und im Prozess

Anders als der Haftungsausschluss gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB bereitet die prozessuale Behandlung eines Wiederauflebens der Haftung gemäß § 172 Abs. 4 HGB keinerlei Probleme. Stellt sich heraus, dass es vor oder im Prozess zu einer Einlagenrückzahlung im Sinne des § 172 Abs. 4 HGB gekommen ist, erlaubt § 264 Nr. 2 Alt. 1 ZPO dem Gläubiger, seinen Klageantrag ohne das Vorliegen weiterer Voraussetzungen zu erweitern. Auf diesem Weg kann der Gläubiger auch von einer einseitig gebliebenen Erledigungserklärung Abstand nehmen und zu seinem ursprünglichen Klageantrag zurückkehren, solange das Gericht noch keine Entscheidung im Erledigungsstreit getroffen hat.⁴⁸

*c) Wiederaufleben der Haftung nach Rechtskraft**aa) Nach Klagabweisung im Haftungsprozess*

Während der Kommanditist die nachträgliche Befreiung von der Außenhaftung im Wege der Vollstreckungsabwehrklage geltend machen kann (oben 1.d)), hat der Gesellschaftsgläubiger nach Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung gemäß § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB keine zivilprozessuale Handhabe, an den Erstprozess anzuknüpfen, in dem seine Klage wegen eines Haftungsausschlusses nach § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB abgewiesen wurde. Ihm bleibt nach Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung nur, eine neue Klage anzustrengen.

Aus dieser Perspektive wird zum einen klar, dass das Gericht die auf § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB gestützte Klage des Gesellschaftsgläubigers als „derzeit unbegründet“ abweisen muss, soweit dem Erfolg der Klage allein der Haftungsausschluss aus § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB entgegensteht und der Gläubiger sie weder zurückgenommen (oben 1.b)) noch für erledigt erklärt hat (oben 1.c)), um der Kostentragung gemäß § 91 ZPO zu entgehen. Wie bei nicht auf Zahlung gerichteten Ansprüchen steht die Rechtskraft des abweisenden Urteils einer erneuten Klage jedoch auch bei Fehlen eines solchen Vorbehalts nicht entgegen.⁴⁹

48 Vgl. BGH v. 19.11.2014 – VIII ZR 191/13, BGHZ 203, 256 Rdn. 23; BGH v. 7.6.2001 – I ZR 157/98, NJW 2002, 442 Ls.

49 Vgl. BGH v. 21.1.2009 – VIII ZR 62/08, NJW 2009, 1139 Rdn. 12; BGH v. 3.7.1961 – III ZR 19/60, BGHZ 35, 338, 340 f; BVerfG v. 30.9.2003 – 1 BvR 2388/02, NJW 2003, 3759, 3759; zum daraus folgenden Ausschluss der Revisibilität des fehlenden Vorbehalts BGH v. 8.2.2022 – VIII ZR 150/20 Rdn. 4.

Die Möglichkeit, erneut zu klagen, ist dem Gesellschaftsgläubiger angesichts seiner Kostentragungspflicht allerdings ein ebenso geringer Trost wie die Rechtskrafterstreckung gemäß § 129 Abs. 1 HGB (§ 128 Abs. 1 HGB n.F.) i. V.m. § 161 Abs. 2 HGB, wenn immerhin die Gesellschaft im Erstprozess verurteilt wird. Denn die Rechtskrafterstreckung bleibt notwendig auf Bestand, Umfang und Durchsetzbarkeit der Gesellschaftsverbindlichkeit beschränkt. Im Zweitprozess muss der Gläubiger daher abermals den Nachweis der übrigen Voraussetzungen des § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB erbringen und sich mit etwaigen persönlichen Einwendungen des Kommanditisten auseinandersetzen.

Auch wenn es eine neuerliche Klage nicht entbehrlich macht, kann der Gesellschaftsgläubiger vor diesem Hintergrund doch ein erhebliches Interesse daran haben, rechtskräftig feststellen zu lassen, dass der Kommanditist vorbehaltlich eines Haftungsausschlusses nach § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB dem Gläubiger gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB haftet. Nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen begegnet die Zulässigkeit einer entsprechenden Feststellungsklage jedoch erheblichen Zweifeln:

Als Zwischenfeststellungsklage gemäß § 256 Abs. 2 ZPO müsste sie nämlich ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis betreffen, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhängt. Damit scheidet dieser Weg zum einen aus, wenn der Gläubiger seine Leistungsklage wegen des im Prozess gewahr gewordenen Haftungsausschlusses mit Blick auf § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO zurücknimmt (oben 1.b)) oder mit Blick auf § 91 a ZPO im Einvernehmen mit dem Kommanditisten für erledigt erklärt (oben 1.c)). Denn für die gemäß § 256 Abs. 2 ZPO erforderliche Vorgeiflichkeit muss die Hauptklage jedenfalls noch rechtshängig sein.⁵⁰ Eine Zwischenfeststellungsklage scheidet indes auch in den Fällen aus, in denen die Klage des Gläubigers rechtshängig bleibt, aber wegen des Haftungsausschlusses gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB abgewiesen wird. Wird nämlich

„über die Hauptsache unabhängig von dem Bestand des streitigen Rechtsverhältnisses entschieden, ist mangels Vorgeiflichkeit für eine Zwischenfeststellung kein Raum.“⁵¹

Als Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO hängt die Zulässigkeit des Feststellungsbegehrens davon ab, ob ein rechtliches Interesse an der *alsbaldigen* Feststellung besteht. Hiervon ist nach ständiger Rechtsprechung auszugehen, „wenn dem Recht oder der Rechtsposition des Klägers eine gegenwärtige Gefahr oder Unsicherheit droht und das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Ge-

50 Siehe nur BAG v. 7.2.2019 – 6 AZR 84/18, NJW 2019, 1833 Rdn. 18.

51 BGH v. 2.7.2007 – II ZR 111/05, NZG 2007, 826 Rdn. 17.

fahr zu beseitigen.“⁵² Diese Voraussetzungen lassen sich schwerlich bejahen, wenn doch im selben Prozess festgestellt wird, dass das Recht des Klägers, gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB den Kommanditisten für die Gesellschaftsverbindlichkeit in Anspruch zu nehmen, gegenwärtig überhaupt nicht besteht. Auch die bereits zweifelhafte Parallele zur Feststellung der Schadensersatzpflicht bei bislang fehlendem Eintritt von Vermögensschäden legt keine abweichende Beurteilung nahe: Danach hinge die Zulässigkeit nämlich davon ab, ob das Wiederaufleben der Haftung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten wäre,⁵³ und hierfür dürften regelmäßig keine Anhaltspunkte bestehen. Auf Grund der Akzessorietät der Haftung droht dem Gläubiger auch keine Verjährung seines Anspruchs, solange er gegenüber der Gesellschaft verjährungshemmende Maßnahmen ergreift.⁵⁴

Die Zulässigkeit einer auf Feststellung der Haftung unter dem Vorbehalt des § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB gerichteten Klage ließe sich daher nur begründen, wenn man sie als Zwischenfeststellungsklage bei fehlendem Haftungsausschluss zulässt (dazu bb)) und gleichzeitig anerkennt, dass die jederzeitige Beschränkbarkeit der Haftung bei gleichzeitiger Möglichkeit ihres jederzeitigen Wiederauflebens eine sachliche Differenzierung nach dem Zeitpunkt des Haftungsausschlusses verbietet.

bb) Nach erfolgreicher Vollstreckungsabwehrklage des Kommanditisten

Hat der Gläubiger mit seiner auf § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB gestützten Klage zunächst obsiegt, steht dies einem nachträglichen Haftungsausschluss gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB und dessen Geltendmachung im Wege der Vollstreckungsabwehrklage nicht entgegen (oben 1.d)). Lebt die Haftung des Kommanditisten infolge einer Einlagenrückzahlung gemäß § 172 Abs. 4 HGB anschließend wieder auf, hat der Gläubiger indessen keine äquivalente vollstreckungsrechtliche Handhabe, um seinen Titel wiederherzustellen. Er ist nicht anders als bei Klagabweisung im Erstprozess darauf verwiesen, eine neuerliche Haftungsklage anzustrengen. Dabei kann er sich aber auf die Rechtskraft der Verurteilung des Kommanditisten im Erstprozess stützen. Der Erfolg der auf den nachträglichen Haftungsausschluss gestützten Vollstreckungsabwehrklage berechtigt den Kommanditisten nämlich nicht, sich in einem abermaligen Haftungsprozess mit gemäß § 767 Abs. 2 ZPO präjudizierten Einwendungen zu verteidigen. Denn:

„Ziel der Vollstreckungsgegenklage ist nicht, unter Einschränkung der Rechtskraft den der Zwangsvollstreckung zugrundeliegenden Titel abzuändern oder aufzuheben. Sie will vielmehr nur

52 BGH v. 25.4.2018 – VIII ZR 176/17, NZG 2018, 1100 Rdn. 18.

53 Vgl. BGH v. 24.1.2006 – XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84 = ZIP 2006, 317 Rdn. 27 m. w. N.

54 BGH v. 11.12.1978 – II ZR 235/77, BGHZ 73, 217 = NJW 1979, 1361 Ls. 2.

*unter Aufrechterhaltung des rechtskräftigen Titels den Umständen Rechnung tragen, die seine Vollstreckung nachträglich vernichten oder hemmen können.*⁵⁵

Will man dem Gläubiger vor diesem Hintergrund nicht das Rechtsschutzbedürfnis absprechen, kann er sich zudem durch eine Zwischenfeststellungsklage im Erstprozess absichern. Anders als bei Klagabweisung wegen eines Haftungsausschlusses (oben aa)) bestehen hier nämlich keine Zweifel an der Vorgreiflichkeit der Frage, ob der Kommanditist dem Gläubiger gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB haftet.

3. Zwischenfazit: Asymmetrische Verteilung der Prozessrisiken

Kontrastiert man die prozessualen Rahmenbedingungen für die Geltendmachung des Haftungsausschlusses gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB durch den Kommanditisten und die Geltendmachung des Wiederauflebens der Haftung gemäß § 172 Abs. 4 HGB durch den Gesellschaftsgläubiger, bleibt von der materiell-rechtlichen Spiegelbildlichkeit von Einlageleistung und Einlagenrückzahlung wenig übrig.

Der Haftungsausschluss qua Einlageleistung oder Gläubigerbefriedigung ist für den Kommanditisten einfach nachzuweisen, für den Gläubiger indessen nicht vorab erkennbar. Darüber hinaus kann der Kommanditist den Haftungsausschluss jederzeit herbeiführen und jederzeit vorbringen – noch während des Prozesses und sogar zur Abwehr der Vollstreckung eines gegen ihn ergangenen Urteils. Bei alledem trägt der Gläubiger im Grundsatz das Kostenrisiko. Seine zivilprozessualen Reaktionsmöglichkeiten bergen teils erhebliche Unsicherheit: Entledigt sich der Kommanditist der Haftung erst im Prozess, bleibt dem Gläubiger zwar die Erledigungserklärung. Ob er sich der Kostentragung durch Klagerücknahme entziehen kann, wenn der Kommanditist sich seiner Haftung schon vor Klageerhebung entledigt hatte, ist dagegen noch nicht höchstrichterlich bestätigt. Auch hinter der Möglichkeit, die Klage kostenbefreiend zurückzunehmen, wenn die Forderung des Gläubigers erst nach der Einlageleistung begründet wurde, steht ein großes Fragezeichen. Der Kostentragung für eine erfolgreiche Vollstreckungsabwehrklage kann sich der Gläubiger zwar unstreitig durch sofortiges Anerkenntnis entziehen; für eine eingehende Prüfung lässt § 93 ZPO jedoch schon deshalb keinen Raum, weil der Gläubiger regelmäßig keinen Einblick in die Leistungsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Kommanditist hat.

Aus diesem Grund wird dem Gläubiger auf der anderen Seite auch der Nachweis einer Einlagenrückzahlung regelmäßig schwerfallen. Den Nachweis, dass es zu verdeckten Ausschüttungen im Wege von Verkehrsgeschäften gekommen

55 BGH v. 6.3.1987 – V ZR 19/86, BGHZ 100, 211, 213 = ZIP 1987, 945, 946.

ist, wird er kaum erbringen können. Die heute konsentrierte Beweislastumkehr für die Haftungsneutralität unstreitiger Ausschüttungen ändert daran nichts. Zugleich macht der prozessuale Rahmen dem Gläubiger die Geltendmachung des Wiederauflebens der Kommanditistenhaftung insbesondere schwer, wenn der Tatbestand des § 172 Abs. 4 HGB erst nach Abweisung seiner Klage verwirklicht wird. Will man nicht gerade für die Kommanditistenhaftung von den etablierten Grundsätzen abweichen, verwehrt § 256 ZPO ihm nämlich die Möglichkeit, die grundsätzliche Haftung des Kommanditisten für die Verbindlichkeit festzustellen, wenn seiner Klage nicht zugleich stattgegeben wird.

IV. Durchsetzungsprobleme der Kommanditistenhaftung: Bug or Feature?

1. Durchsetzungshürden und fehlende Durchsetzungsanreize außerhalb der Insolvenz

Die *Beschränkung* der Kommanditistenhaftung auf die Haftsumme gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB schließt eine Haftung der Kommanditisten für andere als Zahlungsverbindlichkeiten der Gesellschaft a priori aus. Die Möglichkeit, hinsichtlich des Sekundäranspruchs gegen die Gesellschaft nach §§ 255, 259 ZPO und den Kommanditisten allein nach § 259 ZPO vorzugehen, ändert daran nichts.

Gleichzeitig macht die weitergehende *Beschränkbarkeit* gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB der Haftung die Haftungsdurchsetzung für Gläubiger wenig attraktiv, weil der Haftungsausschluss für den Gläubiger nicht erkennbar ist und es dem Kommanditisten darüber hinaus jederzeit freisteht, sich seiner Haftung nicht nur durch Befriedigung anderer Gläubiger, sondern auch durch Leistung an die Gesellschaft zu entziehen. Letzteres begründet ein erhebliches Risiko, weil das Gesetz es nicht verbietet, die Leistung an die Gesellschaft unmittelbar nach Klagabweisung wieder an den Kommanditisten zurückzuzahlen. Nach § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB lebt hierdurch die Außenhaftung zwar materiell-rechtlich wieder auf. Die Geltendmachung dieses Wiederauflebens fällt dem Gläubiger jedoch nicht nur angesichts seiner Beweisbelastung bei gleichzeitig fehlendem Einblick in die Leistungsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Kommanditist schwer. Zivilprozessual bleibt ihm darüber hinaus lediglich der Weg in eine neue Klage, die gleichermaßen mit dem Risiko des Hin- und Herzählens behaftet ist.

Vor diesem Hintergrund kann in der haftungsausschließenden Leistung an die Gesellschaft auch unter dem Strich kein Vorteil für den Gläubiger erblickt werden. Denn die Möglichkeit des Hin- und Herzählens steht der Annahme entgegen, dass die haftungsbefreiende Leistung an die Gesellschaft immerhin deren Eigenkapitalbasis stärkt und so zumindest die Durchsetzbarkeit der Gläubigerforderung gegenüber der Gesellschaft erleichtert.

Zugleich schützen den Gläubiger auch weder § 826 BGB noch die durch § 280 Abs. 1 BGB abgesicherten *Pflichten aus dem Prozessrechtsverhältnis* gegen ein solches Hin- und Herzahlen: Erstens kann ein Hin- und Herzahlen schwerlich als rechtsmissbräuchlich gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger qualifiziert werden, wenn es doch gerade an einem Verbot der Einlagenrückzahlung im Gläubigerinteresse fehlt. Zweitens wird der Gläubiger von der Rückzahlung in aller Regel nichts mitbekommen.

Auch ein *Auskunftsanspruch über den Stand der Einlageleistung* bzw. der verbleibenden Außenhaftung, wie ihn in Österreich der im Jahr 2005 eingeführte § 171 Abs. 1 Satz 2 UGB⁵⁶ vorsieht und er im deutschen Schrifttum zuweilen – wenngleich ohne eingehende Begründung – angenommen wird,⁵⁷ würde dem Gläubiger kaum bei der Durchsetzung helfen.

Tatsächlich wäre eine Begründung des Auskunftsanspruchs, die über die fehlende Publizität der Einlageleistung hinausgeht,⁵⁸ schon deshalb erforderlich, weil der allgemeine, auf Treu und Glauben gestützte Auskunftsanspruch nur besteht, „wenn die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der eine Teil in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist“⁵⁹. Der Gläubiger weiß nämlich um den Umfang seines Anspruchs gegen die Gesellschaft und ebenso um dessen Begrenzung gegenüber dem Kommanditisten durch die im Handelsregister eingetragene Haftsumme. Er hat daher im Ausgangspunkt keine Schwierigkeiten, seinen Anspruch zu beziffern. Daran ändert auch die mangelnde Publizität der Einlageleistung nichts. Denn für den Haftungsausschluss gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB liegt die Darlegungs- und Beweislast dagegen auf Seiten des Kommanditisten (oben III.1.a)). Die Beweisbelastung des Kommanditisten für den Ausschluss der Haftung durch Einlageleistung sät auch insofern Zweifel an der Begründung des Auskunftsanspruchs, als nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung durch den Auskunftsanspruch „nicht die allgemeinen Beweisgrundsätze unterlaufen werden [dürfen]“.⁶⁰ In diesem Sinne wird der aus Treu und Glauben abgeleitete Auskunftsanspruch denn auch bislang nicht herangezogen, um dem Kläger Informationen

56 „Auf Verlangen hat der Kommanditist den Gläubigern über die Höhe der geleisteten Einlage binnen angemessener Frist Auskunft zu geben.“ Die Vorschrift wurde eingeführt durch Art. 1 Nr. 99 des Handelsrechts-Änderungsgesetz – HaRÄG v. 13.10.2005, BGBl. I Nr. 120/2005.

57 FOERSTER, aaO (Fn. 10), § 172 HGB Rdn. 12; ROTH, in: Hopt, Komm. z. HGB, 42. Aufl., 2023, § 171 Rdn. 10; STROHN, aaO (Fn. 2), § 172 HGB Rdn. 4; ebenso THIESSEN, aaO (Fn. 10), § 171 HGB Rdn. 5 („entsprechende schadensersatzbewehrte Auskunftspflicht ergibt sich in Deutschland aus § 242 BGB oder § 810 BGB“), der allerdings in § 172 HGB Rdn. 48 nur ein Einsichtsrecht „in die entsprechenden Unterlagen der Gesellschaft“ annimmt; für „ein Informationsrecht aus § 810 BGB“ gegen die Gesellschaft, einen Auskunftsanspruch indessen ablehnend auch K. SCHMIDT/GRÜNEBERG, aaO (Fn. 1), § 171, § 172 HGB Rdn. 35; dezidiert ablehnend dagegen MOCK, aaO (Fn. 9) § 172 HGB Rdn. 6; OETKER, aaO (Fn. 2), § 172 HGB Rdn. 2.

58 So FOERSTER, aaO (Fn. 10), § 172 HGB Rdn. 12; STROHN, aaO (Fn. 2), § 172 HGB Rdn. 4.

59 BGH v. 9.11. 2011 – XII ZR 136/09, BGHZ 191, 259 LS 2.

60 BGH v. 17.4.2018 – XI ZR 446/16, ZIP 2018, 1535 Rdn. 24; ebenso BGH v. 28.11.1989 – VI ZR 63/89, NJW 1990, 1358, 1358.

über potenzielle Einwendungen zu vermitteln, für deren Vorliegen der Beklagte darlegungs- und beweisbelastet ist.

Aus denselben Gründen bestehen auch Zweifel an der Begründung eines Einsichtsrechts gegen die Gesellschaft aus § 810 BGB, das im Schrifttum teils alternativ zum Auskunftsanspruch gegenüber dem Gläubiger angenommen wird.⁶¹ Denn unabhängig von der Frage, auf welche spezifische Urkunde sich ein solches Einsichtsrecht des Gläubigers beziehen sollte,⁶² ist eine Urkunde nur dann gemäß § 810 Var. 1 BGB im Interesse eines Dritten errichtet,⁶³ „wenn sie dazu bestimmt ist, diese [m] als Beweismittel zu dienen oder doch zumindest [seine] rechtlichen Beziehungen zu fördern“⁶⁴. Auch hat nur derjenige ein rechtliches Interesse im Sinne des § 810 BGB, der die Urkundeneinsicht „zur Förderung, Erhaltung oder Verteidigung seiner rechtlich geschützten Interessen benötigt“⁶⁵. An all dem fehlt es, weil die Beweislast für die haftungsausschließende Einlageleistung ohnehin auf Seiten des Kommanditisten liegt (oben III.1.a)) und der Gläubiger die Einsicht daher nicht benötigt, um seinen Anspruch zu beziffern oder substantisieren.⁶⁶ Vielmehr diene die Einsicht nur der Abschätzung seiner Prozessrisiken gegen den Kommanditisten und liefe so auf eine Ausforschung hinaus, die der BGH selbst für eine darlegungs- und beweisbelastete Partei als unzulässig erachtet.⁶⁷

Ungeachtet der dogmatischen Grundsatzzweifel an einem Auskunftsanspruch über den Stand der Einlageleistung würde ein Auskunftersuchen des Gläubigers es dem Kommanditisten gerade ermöglichen, (i) die Haftsumme spontan zu leisten, (ii) auf dieser Grundlage die Auskunft zu erteilen, dass die Haftung ausgeschlossen ist, und (iii) später die Haftsumme doch wieder zurückzuerhalten. Denn solange es an einem Verbot der Einlagenrückzahlung im Gläubiger-

61 Vgl. K. SCHMIDT/GRÜNEBERG, aaO (Fn. 1), § 171, § 172 HGB Rdn. 35; THIESSEN, aaO (Fn. 10), § 172 HGB Rdn. 48; auch insoweit ablehnend MOCK, aaO (Fn. 9) § 172 HGB Rdn. 6.

62 Nach der Rechtsprechung „muss eine vorzulegende Urkunde stets genau bezeichnet werden, insbesondere wenn sie sich in Akten befindet. Deshalb genügt es nicht, wenn der Anspruchsteller beantragt, ihm Einsicht in komplette Akten, andere Urkundensammlungen oder in sämtliche, einen bestimmten Vertrag betreffende Schriftstücke zu gewähren“ (siehe nur BGH v. 27.5.2014 – XI ZR 264/13, ZIP 2014, 1472 Rn. 25 m. w. N.). Insofern bleibt unklar, was genau gemeint ist, wenn im Schrifttum von einem „Informationsrecht aus § 810 BGB“ (K. SCHMIDT/GRÜNEBERG, aaO (Fn. 1), § 171, § 172 HGB Rdn. 35) oder einem „Recht des Gläubigers zur Einsichtnahme in die entsprechenden Unterlagen der Gesellschaft“ (THIESSEN, aaO (Fn. 10), § 172 HGB Rdn. 48) die Rede ist.

63 Die anderen Varianten des § 810 BGB kommen für ein auf die Einlageleistung bezogenes Einsichtsrecht des Gläubigers nicht in Betracht.

64 BGH v. 31.3.1971 – VIII ZR 198/69, juris Rdn. 9; siehe auch HABERSACK, in: Münchener Komm. z. BGB, 8. Aufl., 2020, § 810 Rdn. 10.

65 BGH v. 27.5.2014 – XI ZR 264/13, ZIP 2014, 1472 Rn. 21 m. w. N.; siehe auch MARBURGER, in: Staudinger, Komm. z. BGB, Neubearb. 2015, § 810 Rdn. 10.

66 Vgl. auch HABERSACK, aaO (Fn. 64), § 810 BGB Rdn. 11, nach dem die Einsichtnahme nicht zu gestatten ist, „wenn sie für die beabsichtigte Rechtsverteidigung nicht erforderlich ist“.

67 Vgl. BGH v. 27.5.2014 – XI ZR 264/13, ZIP 2014, 1472 Rn. 24; BGH v. 30.11.1989 – III ZR 112/88, BGHZ 109, 260, 267.

interesse fehlt, verhindert ein Auskunftsrecht kein Hin- und Herzahlen. Insofern würde ein Auskunftersuchen dem Gläubiger im Regelfall lediglich vorab klarmachen, dass es sich nicht lohnt, die Kommanditistenhaftung zu verfolgen.

Doch garantierte auch eine positive Haftungsauskunft noch keine Durchsetzung. Sie schlosse es nämlich nicht aus, dass sich der Kommanditist noch vor Klageerhebung seiner Haftung entledigt oder die haftungsausschließende Leistung nach Rechtshängigkeit erbringt. Denn ebenso wenig, wie eine Auskunft über die Leistung der Einlage deren spätere Rückzahlung ausschließt, vermag eine Auskunft über die noch nicht erfolgte Einlageleistung dem Kommanditisten die Möglichkeit der Haftungsbefreiung zu nehmen. Noch nicht einmal die Rechtshängigkeit hat eine solche Wirkung (oben III.1.c)). Das ist auch im österreichischen Schrifttum unbestritten.⁶⁸ Selbst wenn man von einem Verstoß gegen die Auskunftspflicht ausgehen wollte, wenn der Kommanditist kurz nach erteilter Auskunft an die Gesellschaft leistet, könnte der Gläubiger den Kommanditisten allenfalls auf Ersatz der vergeblichen Prozesskosten in Anspruch nehmen.⁶⁹ Und dann wäre der Gläubiger auf Grund seiner Schadensminderungsobliegenheit nach § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB immer noch darauf verwiesen, seine Klage für erledigt zu erklären oder zurückzunehmen.

In summa kann die Anerkennung eines Auskunftsanspruchs über den Stand der Einlageleistung daher nicht als Mittel zur Effektivierung der Haftungsdurchsetzung verstanden werden.⁷⁰ Bezeichnenderweise hat sich der österreichische Gesetzgeber bei Einführung des Auskunftsrechts in § 171 Abs. 1 Satz 2 UGB auch nicht von diesem Gedanken leiten lassen. Der Einführung von § 171 Abs. 1 Satz 2 UGB lag vielmehr die Einsicht zu Grunde, dass auf Grund der – wie nach deutschem Recht bestehenden – Ungewissheit über die haftungsausschließende Einlageleistung

„eine Klage gegen den Kommanditisten für den Gläubiger mit einem erheblichen (Kosten-)Risiko verbunden sein [kann]. Die in Satz 2 statuierte Auskunftspflicht des Kommanditisten soll dem künftige vorbeugen.“⁷¹

Insofern ging es dem österreichischen Gesetzgeber nicht um eine Effektivierung der Haftung, sondern primär darum, die Gesellschaftsgläubiger von aussichtslosen Prozessen gegen die Kommanditisten abzuhalten. Im öster-

68 Siehe nur KOPPENSTEINER/AUER, in: Wiener Komm. z. UGB, Stand: 1.9.2021, § 171 UGB Rdn. 16.

69 Vgl. auch OLG Jena v. 26.4.2006 – 6 U 1014/05, NZG 2007, 460, 462 („materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch in Form eines Schadensersatzanspruchs“); ROTH, aaO (Fn. 57) § 171 HGB Rdn. 10 („Kostenersatz“).

70 Es ist daher verfehlt, wenn FOERSTER, aaO (Fn. 10), § 172 HGB Rdn. 12 die Anerkennung damit begründet, dass der Anspruch aus § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB andernfalls außerhalb des Insolvenzverfahrens leerlaufe.

71 1058 der Beilagen XXII. GP – Regierungsvorlage – Materialien, S. 47.

reichischen Schrifttum ist selbst insoweit Ernüchterung eingetreten – hier kommt man zu dem Schluss, es habe sich „keine wirkliche Verbesserung gegenüber der alten Rechtslage ergeben“.⁷²

Vor diesem Hintergrund wird ein Gläubiger die mit der Haftungsdurchsetzung verbundenen Risiken allenfalls in Kauf nehmen, wenn er Zweifel daran hat, noch von der Gesellschaft und den Komplementären eine Befriedigung zu erlangen.⁷³ Diesen Erwägungen schiebt indessen § 171 Abs. 2 HGB einen Riegel vor. Indem er den Insolvenzverwalter legitimiert, die Außenhaftung der Kommanditisten einzufordern, schließt § 171 Abs. 2 HGB nämlich zugleich aus, dass die Kommanditisten nach Eröffnung des Verfahrens noch haftungsbefreiend an einen Gesellschaftsgläubiger leisten können.⁷⁴ Überdies stehen vor Eröffnung an einen Gesellschaftsgläubiger erbrachte Leistungen des Kommanditisten den Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen gleich und können daher vom Insolvenzverwalter gemäß §§ 129ff InsO angefochten werden.⁷⁵ Insofern verschafft ein Titel aus der Kommanditistenhaftung dem Gläubiger noch nicht einmal eine Sicherung gegen die Insolvenz der KG.

Bei Lichte betrachtet, setzt der verfahrensrechtliche Rahmen somit erhebliche Anreize für die einzelnen Gläubiger, von der Durchsetzung der Kommanditistenhaftung im Vorfeld der Insolvenz abzusehen.

2. Effektive Durchsetzung im Insolvenzverfahren

Demgegenüber hat der Insolvenzverwalter über das Vermögen der KG denn auch Einblick in die Kapitalbewegungen zwischen dieser und den Kommanditisten. Er kann daher – anders als ein einzelner Gesellschaftsgläubiger – feststellen, ob und wenn ja in welcher Höhe der Kommanditist noch gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB für die Gesellschaftsverbindlichkeiten einstehen muss.

Im Insolvenzverfahren erledigen sich damit nicht nur weitestgehend die Beweisschwierigkeiten, welche die Durchsetzung durch Gesellschaftsgläubiger erschweren. Überdies nimmt § 171 Abs. 2 HGB dem Kommanditisten die Möglichkeit, sich der Haftung zu entziehen, weil § 171 Abs. 2 HGB und § 80 InsO die Zuständigkeit für sämtliche Gläubigerforderungen sowie die Einlageforderung der Gesellschaft in die Hände des Insolvenzverwalters legen. Seiner Inanspruchnahme aus § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB mag der Kommanditist daher zwar noch durch Einlageleistung ausweichen können. Zu einem

72 Siehe nur KOPPENSTEINER/AUER, aaO (Fn. 68), § 171 UGB Rdn. 16.

73 In diesem Sinne auch STROHN, aaO (Fn. 2), § 171 HGB Rdn. 3.

74 Sog. Sperrwirkung, vgl. BGH v. 28.1.2021 – IX ZR 54/20, NZG 2021, 1033 Rdn. 31; BGH v. 17.12.2015 – IX ZR 143/13, BGHZ 208, 227 = NJW 2016, 1592 Rdn. 10.

75 Vgl. BGH v. 9.10.2008 – IX ZR 138/06, BGHZ 178, 171 = ZIP 2008, 2224 Rdn. 8ff.

Hin- und Herzahlen wird es dann aber nicht mehr kommen. Und weil der Insolvenzverwalter ohne Weiteres nachvollziehen kann, ob eine Leistung an die Gesellschaft nach Rechtshängigkeit tatsächlich erfolgt ist, bereitet die Erledigungserklärung für ihn auch keine Probleme.

Gewiss kann es auch dem Insolvenzverwalter zuweilen schwerfallen, nachzuvollziehen, ob es in der Vergangenheit zu haftungsschädlichen Zahlungen an den Kommanditisten gekommen ist. Angesichts seines durch die Verwaltung vermittelten Einblicks in die Kapitalbewegungen zwischen der Gesellschaft und ihren Kommanditisten ist er hierfür jedoch immer noch besser gerüstet als der einzelne Gläubiger, der gänzlich außerhalb der Gesellschaft steht.

3. Funktionale Perspektive: Nachgelagerte Haftung in der Insolvenz

Es mag freilich sein, dass die Haftsumme im Einzelfall so hoch bemessen ist, dass sich ein Kommanditist mangels persönlicher Liquidität der Inanspruchnahme durch einen Gesellschaftsgläubiger auch durch Hin- und Herzahlen nicht entziehen kann. Funktional ist die Kommanditistenhaftung in ihrer prozessualen Einrahmung nichtsdestotrotz ebenso auf die effektive Durchsetzung durch den Insolvenzverwalter zugeschnitten, wie sie einer Geltendmachung durch den Einzelgläubiger im Wege steht.

Damit fällt zwar die Vorstellung in sich zusammen, § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 HGB würden einen Anreiz setzen, die Gesellschaft mit dem versprochenen Kapital auszustatten und es ihr nicht wieder zu entziehen.⁷⁶ Das heißt jedoch nicht, dass so der durch die Kommanditistenhaftung vermittelte Gläubigerschutz insgesamt in sich zusammenfielen. Zum einen hat *Karsten Schmidt* bereits im Jahr 1976 in dieser Zeitschrift herausgearbeitet, dass sich die Haftungszusage des Kommanditisten darauf beschränkt,

„daß seine Beteiligung an der KG durch haftendes Kapital gedeckt wird und daß er – soweit dies nicht der Fall ist oder soweit diese Deckung durch Rückzahlungen geschmälert wird – persönlich haftet. Kapitalzuführungsgarantie ist sie nicht.“⁷⁷

Zum anderen bildet die Kommanditistenhaftung auch und gerade als nachgelagerte Haftung in der Insolvenz das vielzitierte „Haftungsreservoir“⁷⁸ für die

76 So aber noch THIESSEN, aaO (Fn. 10), § 171 HGB Rdn. 10.

77 K. SCHMIDT, ZGR 1976, 307, 320 (Hervorhebung im Original); zustimmend etwa STROHN, aaO (Fn. 2), § 171 HGB Rdn. 3.

78 STROHN, aaO (Fn. 2), § 171 HGB Rdn. 3; WIEDEMANN, FS Bärmann, 1975, S. 1037, 1038; siehe auch SCHALL, in: Heidel/Schall, Komm. z. HGB, 3. Aufl. 2020, § 171 HGB Rdn. 12; in diesem Sinne auch THIESSEN, aaO (Fn. 10), § 171 HGB Rdn. 10: „bezwecken und bewirken die §§ 171 ff, beginnend mit dem Grundsatz der beschränkten persönlichen Außenhaftung in § 171 Abs. 1, dass ein gewisser Kapitalfonds der Gesellschaft zum

Gesellschaftsgläubiger. Insofern kann die Übernahme der auf die Haftsumme beschränkten Außenhaftung nach wie vor als „kollektive Haftungszusage“⁷⁹ qualifiziert werden. Und wenn sich der Kommanditist seiner Inanspruchnahme in der Insolvenz gewiss sein muss, hat er zugleich einen Anreiz, die Haftsumme bereits in der Krise zuzuführen, um die Insolvenz noch abzuwenden.

Vor diesem Hintergrund mag man über die Durchsetzungsschwierigkeiten fast sagen: „*It's not a bug, it's a feature!*“⁸⁰ Denn die nach Maßgabe der §§ 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 HGB beschränkte Außenhaftung vermittelt den Kommanditisten bis zur Insolvenz effektiv eine „beschränkte Haftung“ im Sinne des GmbH-Rechts, welche die Attraktivität der Kommanditbeteiligung erhöht. Dass es sich bei dieser Konzeption des Gläubigerschutzes um eine eigenwertige Lösung handelt, illustriert die Nähe zu den Vorschlägen, die Rechtsform der GmbH nach dem „KG-Modell“ zu reformieren, die im Vor- und Nachgang der Modernisierung des GmbH-Rechts durch das MoMiG unterbreitet wurden.⁸¹ So hat seinerzeit etwa *Walter Bayer*, wohlgermerkt aus der Warte des GmbH-Rechts, diesem Kapitalschutz-Modell attestiert, dass es

„zu keiner signifikanten Schlechterstellung der GmbH-Gläubiger gegenüber der aktuellen Rechtslage führt“.⁸²

In der Tat entfaltet das durch die Haftsumme publizierte und durch § 171 Abs. 2 HGB abgesicherte Haftungsversprechen eine Gläubigerschutzfunktion, die funktional der ungedeckten Bareinlagepflicht in der GmbH entspricht – freilich mit dem Unterschied zugunsten der KG-Gläubiger, dass es sich bei der auf die Haftsumme beschränkten Kommanditistenhaftung um einen unverjähren Haftungstatus handelt,⁸³ und dass den KG-Gläubigern

Wirtschaften bzw. den Gläubigern zur Befriedigung ihrer Forderungen zumindest rechnerisch zu ihrer Verfügung gehalten wird.“

79 THIESSEN, aaO (Fn. 10), § 171 HGB Rdn. 10 unter Anlehnung an SCHÖN, *Der Konzern* 2004, 162, 166 ff.

80 Zu dieser Redewendung siehe CARR, ‘It’s Not a Bug, It’s a Feature.’ Trite—or Just Right?, Beitrag auf wired.com v. 19.8.2018, abrufbar unter: www.wired.com/story/its-not-a-bug-its-a-feature/ (Stand: 14.7.2023).

81 Vgl. BAYER, ZGR 2007, 220, 233 ff.; VOSSIUS/WACHTER, *Gesetzentwurf zur Reform des Rechts der Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Begründung*, S. 8 (abrufbar unter: www.gmbhr.de/heft/21_05/GmbHRG_Begr_Vossius_pp.pdf), (Stand: 14.7.2023).

82 BAYER, ZGR 2007, 220, 239.

83 K. SCHMIDT/GRÜNEBERG, aaO (Fn. 1), § 171, § 172 HGB Rdn. 81. Die praktische Bedeutung dieses Unterschieds hält sich allerdings in Grenzen, wenn man mit der ganz herrschenden Auffassung im Schrifttum (siehe nur ALTMEPPEL, *Komm. z. GmbHG*, 11. Aufl., 2023, § 19 Rdn. 154 m.w.N.) und im Einklang mit den Gesetzesmaterialien (RegE, BT-Drucks. 15/3653, S. 25) für den Verjährungsbeginn nach § 19 Abs. 6 GmbHG abweichend von dessen Wortlaut nicht auf die Entstehung des Anspruchs, sondern dessen Fälligkeit abstellt.

zumindest ein Gesellschafter jederzeit unbeschränkt für ihre Forderungen haftet⁸⁴.

4. Kommanditärhaftung gemäß Art. 610 OR (Schweiz) als rechtsvergleichendes Äquivalent

Mehr noch als Anklänge in der Diskussion um die Reform des GmbH-Rechts findet das Haftungsregime einer nachgelagerten Haftung in der Insolvenz eine Parallele im schweizerischen KG-Recht. Im Ausgangspunkt haftet der Kommanditär – ebenso wie der Kommanditist gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB – nach Art. 608 Abs. 1 Obligationenrecht (OR) „Dritten gegenüber mit der im Handelsregister eingetragenen Kommanditsumme“. Für diese Haftung ordnet Art. 610 OR jedoch an:

¹ Während der Dauer der Gesellschaft haben die Gesellschaftsgläubiger kein Klagerecht gegen den Kommanditär.

² Wird die Gesellschaft aufgelöst, so können die Gläubiger, die Liquidatoren oder die Konkursverwaltung verlangen, dass die Kommanditsumme in die Liquidations- oder Konkursmasse eingeworfen werde, soweit sie noch nicht geleistet oder soweit sie dem Kommanditär wieder zurückerstattet worden ist.

Gewiss haften auch die Komplementäre nach schweizerischem Recht nur subsidiär, da sie gemäß Art. 604 OR erst dann persönlich in Anspruch genommen werden können, wenn die Gesellschaft aufgelöst oder gegen sie erfolglos vollstreckt worden ist.⁸⁵ Der Ausschluss des Klagerechts gemäß Art. 610 Abs. 1 OR geht gleichwohl offensichtlich weiter, weil ein erfolgloser Vollstreckungsversuch hier noch nicht für eine Inanspruchnahme genügt. Insofern lässt sich die schweizerische Kommanditärhaftung wie die deutsche Kommanditistenhaftung als nachgelagerte Haftung in der Insolvenz beschreiben. Die funktionale Äquivalenz erschöpft sich gleichwohl nicht im Ausschluss der Kommanditistenhaftung während der Dauer der Gesellschaft. Überdies wird Art. 610 Abs. 2 OR so verstanden, dass im Konkurs der KG – entsprechend § 171 Abs. 2 HGB – ein Einzelklagerecht der Gesellschaftsgläubiger ausgeschlossen ist.⁸⁶

⁸⁴ Zu dieser Absicherung der Haftungsbeschränkung der Kommanditisten siehe bereits BGH v. 29.3.1973 – II ZR 25/70, BGHZ 60, 324, 332 = NJW 1973, 1036, 1038f.; siehe auch STROHN, aaO (Fn. 2), § 171 HGB Rdn. 3.

⁸⁵ Art. 604 OR macht die persönliche Belangbarkeit davon abhängig, dass „die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden ist“. Letzteres meint die erfolglose Betreibung auf Pfändung bzw. Pfandverwertung, siehe PESTOLAZZI/VOGT, in: Basler Komm. z. Obligationenrecht II, 5. Aufl., 2016, Art. 604 Rdn. 1 i. V.m. Art. 568 Rdn. 28.

⁸⁶ EICHNER, in: Kurzkomm. z. Obligationenrecht, 1. Aufl., 2014, Art. 610 Rdn. 1; PESTOLAZZI/VOGT, aaO (Fn. 85), Art. 610 OR Rdn. 2.

Der deutsche historische Gesetzgeber hatte freilich nicht nur das schweizerische Modell der seinerzeit in Art. 603 OR 1881 geregelten *Kommanditärhaftung*, sondern ebenso die Subsidiarität nach dem Vorbild der damals in Art. 601 OR 1881 geregelten *Komplementärhaftung* abgelehnt:

„Die unmittelbare Haftung des Kommanditisten erst nach Auflösung der Gesellschaft (Schweizerisches Obligationenrecht Art. 603¹⁸⁷) oder nur bei Unzulänglichkeit des Gesellschaftsvermögens [scil. Schweizerisches Obligationenrecht Art. 601⁸⁸] eintreten zu lassen, ist weder notwendig noch gerechtfertigt.“⁸⁹

V. Rechtstatsächlicher Befund

Dass das herausgearbeitete funktionale Verständnis dem *law in action* tatsächlich sein Gepräge gibt, legen zwei Stichproben aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung nahe: die Gesamtheit der in BGHZ zu § 171 HGB veröffentlichten Entscheidungen (dazu 1.) und die von 2017 bis 2022 zu § 171 HGB ergangenen Entscheidungen des BGH (dazu 2.). In beiden Stichproben hatte nicht nur die weit überwiegende Anzahl der Klagen der Insolvenz- bzw. Konkursverwalter erhoben. Vor allem findet sich mit Ausnahme der Konstellation der Sanierung von Publikumsgesellschaften, im Zuge derer der Treuhandkommanditist seinen Freistellungsanspruch an den Finanzierungsgläubiger abtritt, keine einzige Entscheidung, in der ein Gesellschaftsgläubiger seine Klage auf § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB gestützt hatte und damit nicht an den identifizierten Hürden für die Haftungsdurchsetzung gescheitert wäre. Auch wenn sich aus diesen Stichproben keine verbindlichen Aussagen ableiten lassen, handelt es sich bei ihnen doch um relevante Datenpunkte, die das funktionale Verständnis der Kommanditistenhaftung plausibilisieren (dazu 3.).

87 Art. 603 OR i. d. F. v. 14.6.1881 entsprach im Wesentlichen bereits dem heutigen Art. 610 OR und lautete: „(1) Während der Dauer der Commanditgesellschaft haben ihre Gläubiger keinerlei direktes Klagerecht gegen den Commanditär. (2) Wird die Gesellschaft in anderer Weise als durch Conkurs aufgelöst, so haben sie nur so weit ein direktes Klagerecht gegen den Commanditär, als die Commanditsumme noch nicht eingeworfen oder wieder zurückgezogen ist. (3) Im Concourse der Gesellschaft können ihre Gläubiger nur verlangen, dass die Commanditsumme, so weit sie noch nicht eingeworfen oder wieder zurückgezogen ist, zur Masse abgeliefert werde.“

88 Art. 601 OR OR i. d. F. v. 14.6.1881 lautete: „Der einzelne unbeschränkt haftende Gesellschafter kann für eine Gesellschaftsschuld erst dann persönlich belangt werden, wenn die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden ist.“

89 Denkschrift zu dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuchs, aaO (Fn. 7), S. 123.

1. Stichprobe I: Die in BGHZ veröffentlichten Entscheidungen zu § 171 HGB

Von den 21 in BGHZ veröffentlichten Entscheidungen zu § 171 HGB (Stand: 12. März 2023)⁹⁰ gehen 13 auf Klagen von Konkurs- bzw. Insolvenzverwaltern zurück⁹¹. Nun würden knapp über 60 Prozent kaum die These unterstützen, dass das *law in action* tatsächlich mit dem hier skizzierten Verständnis übereinstimmt. Nimmt man die übrigen Entscheidungen in den Blick, fällt indes auf, dass sich in den in BGHZ veröffentlichten Entscheidungen *nicht ein einziger Fall* findet, in dem ein Gesellschaftsgläubiger seine Klage unmittelbar auf § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB gestützt hatte und damit durchgedrungen war.

Drei Urteilen, in denen nicht der Konkurs- bzw. Insolvenzverwalter Klage erhoben hatte, lag die Inanspruchnahme gemäß § 171 HGB schon gar nicht zu Grunde. In diesen Fällen machten die Kläger vielmehr abgetretene Ansprüche der Gesellschaft geltend: In BGHZ 63, 338⁹² und BGHZ 69, 274⁹³ hatte § 171 HGB lediglich argumentative Relevanz für die Abtretbarkeit der Einlageforderung. In BGHZ 51, 391⁹⁴ wurde mit der Klage „in erster Linie die abgetretene Einlageforderung geltend gemacht“, während der in zweiter Linie geltend gemachte Anspruch aus § 171 Abs. 1 Satz 1 HGB – bezeichnenderweise – abgewiesen wurde, weil sich für den Gläubiger das Risiko der haftungsbefreienden Befriedigung eines anderen Gläubigers realisiert hatte.

Auch in BGHZ 82, 209⁹⁵ hatte die Klage zwar ein Gesellschaftsgläubiger erhoben. Hier scheiterte die Inanspruchnahme jedoch ebenso bezeichnend an § 171 Abs. 2 HGB auf Grund der zwischenzeitlichen Eröffnung des Konkursverfahrens.

In zwei weiteren Entscheidungen nahmen die Kläger den Kommanditisten zudem nicht gemäß § 171 HGB, sondern unbeschränkt in Anspruch: So stützten

90 Gefunden durch die Suche nach den Parametern FUNDSTELLE:„BGHZ“ und NORM:„171 HGB“ in der juris-Datenbank (www.juris.de).

91 BGH v. 20.3.1958 – II ZR 2/57, BGHZ 27, 51; BGH v. 9.5.1963 – II ZR 124/61, BGHZ 39, 319; BGH v. 17.9.1964 – II ZR 162/62, BGHZ 42, 192; BGH v. 13.2.1967 – II ZR 158/65, BGHZ 47, 149; BGH v. 9.12.1971 – II ZR 33/68, BGHZ 58, 72; BGH v. 29.6.1981 – II ZR 142/80, BGHZ 81, 82; BGH v. 8.7.1985 – II ZR 269/84, BGHZ 95, 188; BGH 1.6.1987 – II ZR 259/86, BGHZ 101, 123; BGH v. 2.7.1990 – II ZR 139/89, BGHZ 112, 31; BGH v. 14.1.1991 – II ZR 112/90, BGHZ 113, 216; BGH v. 20.2.2018 – II ZR 272/16, BGHZ 217, 327; BGH v. 15.12.2020 – II ZR 108/19, BGHZ 228, 28; BGH v. 3.8.2021 – II ZR 123/20, BGHZ 231, 17.

92 BGH v. 19.12.1974 – II ZR 27/73.

93 BGH v. 29.9.1977 – II ZR 157/76.

94 BGH v. 3.3.1969 – II ZR 222/67.

95 BGH v. 28.10.1981 – II ZR 129/80.

sie im BGHZ 45, 204⁹⁶ zu Grunde liegenden Rektor-Fall eine unbeschränkte Kommanditistenhaftung vergeblich auf die These der Einheit von Herrschaft und Verantwortung. In BGHZ 61, 59⁹⁷ hofften die Kläger ebenso vergeblich auf eine unbeschränkte Haftung der Scheinkommanditisten, während sich der Scheinkommanditist seiner beschränkten Haftung unter Verweis auf eine Aufrechnung mit Altforderungen erwehrte.

Den zwei verbleibenden Entscheidungen liegen schließlich Sanierungsfälle zu Grunde, zumal von Publikums-KG. In BGHZ 216, 234⁹⁸ wurde der Treugeberkommanditist gemäß § 171 HGB i. V. m. §§ 670, 675 Abs. 1, 257 BGB durch den Gläubiger in Anspruch genommen, nachdem der Treuhandkommanditist seinen Freistellungsanspruch an den Gläubiger abgetreten hatte. In BGHZ 207, 54⁹⁹ suchten die Treugeberkommanditisten, die im Rahmen eines Sanierungskonzepts Verbindlichkeiten der Gesellschaft getilgt hatten, Ausgleich bei den Mit-Treugebern, die sich an der Sanierung nicht beteiligt hatten.

2. Stichprobe II: Die BGH-Entscheidungen zu § 171 HGB von 2017 bis 2022

Die höchstrichterliche Rechtsprechung in den Jahren von 2017 bis 2022 zeichnet ein noch deutlicheres Bild. In dieser Zeit hat der BGH über alle seine Senate hinweg 32 Entscheidungen zu § 171 HGB erlassen.¹⁰⁰ Diesen Entscheidungen, von denen drei zugleich in BGHZ veröffentlicht wurden,¹⁰¹ lag in 27 Fällen eine Klage des Insolvenzverwalters zu Grunde.¹⁰² Das sind über 84 Prozent der Entscheidungen.

96 BGH v. 17.3.1966 – II ZR 282/63; zu den Hintergründen des Falls eingehend FLEISCHER/HAHN, in: Fleischer/Thiessen, Gesellschaftsrechtsgeschichten, 2018, S. 255 ff.

97 BGH v. 25.6.1973 – II ZR 133/70.

98 BGH v. 19.10.2017 – III ZR 495/16.

99 BGH v. 29.9.2015 – II ZR 403/13.

100 Gefunden durch die Suche nach den Parametern AUTOR:„BGH“, NORM:„171 HGB“, DATUM:„2017 bis 2022“ in der juris-Datenbank (www.juris.de). Neben den im Folgenden erörterten 32 Entscheidungen (Einzelnachweise in Fn. 102–105) fördern diese Suchparameter auch die Entscheidungen BGH v. 14.3.2017 – II ZR 227/15 und BGH v. 14.3.2017 – II ZR 42/16 zutage. Dort stritten die Parteien nicht über Ansprüche aus § 171 Abs. 1 HGB, sondern über die Rückzahlung gewinnunabhängiger Ausschüttungen nach Beendigung einer stillen Gesellschaft.

101 BGH v. 19.10.2017 – III ZR 495/16, BGHZ 216, 234); BGH v. 15.12.2020 – II ZR 108/19, BGHZ 228, 28; BGH v. 3.8.2021 – II ZR 123/20, BGHZ 231, 17.

102 BGH v. 25.7.2017 – II ZR 122/16; BGH v. 20.2.2018 – II ZR 272/16; BGH v. 27.2.2018 – II ZB 23/16; BGH v. 20.3.2018 – II ZR 239/16; BGH v. 21.7.2020 – II ZR 175/19; BGH v. 15.9.2020 – II ZR 135/19; BGH v. 13.10.2020 – II ZR 133/19; BGH v. 13.10.2020 – II ZR 40/20; BGH v. 10.11.2020 – II ZR 89/19; BGH v. 10.11.2020 – II ZR 132/19; BGH v. 15.12.2020 – II ZR 108/19 (BGHZ 228, 28); BGH v. 12.1.2021 – II ZR 206/19; BGH v. 28.01.2021 – IX ZR 54/20; BGH v. 9.2.2021 – II ZR 28/20; BGH v.

In den fünf Entscheidungen, in denen die Klage nicht vom Insolvenzverwalter erhoben wurde, wurde der Kommanditist in zwei Fällen überhaupt nicht für die Gesellschaftsverbindlichkeiten in Anspruch genommen: In einem Fall beehrte er mit Blick auf seine Haftung aus § 171 HGB lediglich Einsicht in die Akten des Insolvenzeröffnungsverfahrens.¹⁰³ In dem anderen wollte der Kommanditist einen Rückgewähranspruch im Hinblick auf von ihm zurückgezahlte Ausschüttungen als Hauptforderung im Rang des § 38 InsO zur Insolvenztabelle anmelden.¹⁰⁴ In den verbleibenden drei Entscheidungen lag der Inanspruchnahme des Kommanditisten die Sanierung einer Publikums-KG mitsamt Abtretung der Freistellungsansprüche der Treuhandkommanditisten an den Finanzierungsgläubiger zugrunde.¹⁰⁵

Unter dem Strich stehen damit 27 Fälle, in denen die Außenhaftung des Kommanditisten in der Insolvenz geltend gemacht wurde, drei Fällen gegenüber, in denen der Kommanditist außerhalb der Insolvenz in Anspruch genommen wurde – und unter diesen findet sich wiederum kein Fall, in denen die Kommanditistenhaftung nicht im Kontext der Sanierung einer Publikums-KG über den Weg der Abtretung der Freistellungsansprüche der Treuhandkommanditisten durchgesetzt wurde. Insofern findet sich auch in dieser Stichprobe *nicht ein einziger Fall*, in dem ein Gesellschaftsgläubiger seine Klage unmittelbar auf § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB gestützt hatte und damit gerichtlich durchgedrungen war.

3. Diskussion der Ergebnisse

Die vorstehenden Stichproben sind nicht notwendig repräsentativ für die Grundgesamtheit der gerichtlichen oder auch nur höchstrichterlichen Entscheidungen zu § 171 HGB. Um das mit Blick auf die prozessualen Rahmen-

9.3.2021 – II ZR 40/20; BGH v. 16.3.2021 – II ZB 17/19; BGH v. 29.04.2021 – IX ZR 154/20; BGH v. 4.5.2021 – II ZR 150/20; BGH v. 4.5.2021 – II ZR 37/20; BGH v. 22.6.2021 – II ZR 102/19; BGH v. 22.6.2021 – II ZR 101/19; BGH v. 13.7.2021 – II ZR 172/19; BGH v. 13.7.2021 – II ZR 92/20; BGH v. 3.8.2021 – II ZR 194/20; BGH v. 3.8.2021 – II ZR 123/20 (BGHZ 231, 17); BGH v. 11.1.2022 – II ZR 199/20; für BGH v. 30.7.2020 – III ZR 192/19 ist dies zwar nicht aus dem Tatbestand des Urteils erkennbar, ergibt sich aber aus den Vorinstanzen (OLG Celle v. 4.11.2019 – 9 U 41/19, veröffentlicht in BeckRS 2019, 46850; sowie LG Stade v. 13.6.2019 – 3 O 129/18, veröffentlicht auf juris und in BeckRS 2019, 46851).

103 BGH v. 15.10.2020 – IX AR (VZ) 2/19.

104 BGH v. 10.10.2017 – II ZR 353/15.

105 BGH v. 19.10.2017 – III ZR 495/16 (BGHZ 216, 234); BGH v. 7.12.2017 – III ZR 206/17; BGH v. 27.3.2019 – III ZR 156/18, dessen Sachverhalt sich erst aus dem Tatbestand der Vorinstanz erschließt (OLG Bremen v. 21.6.2018 – 3 U 35/17, veröffentlicht auf juris und in BeckRS 2018, 13836).

bedingungen der Kommanditistenhaftung herausgearbeitete Verständnis als nachgelagerter Haftung in der Insolvenz empirisch zu überprüfen, bedürfte es freilich einer größer angelegten Untersuchung. Für ein umfassendes Bild wäre namentlich auch eine Untersuchung der untergerichtlichen Rechtsprechung erforderlich. Insoweit fehlt jedoch bereits ein vollständiger Datensatz, der sich – so wie die BGH-Entscheidungen¹⁰⁶ – durchsuchen ließe. Denn untergerichtliche Entscheidungen werden im Gegensatz zu höchstrichterlichen nicht systematisch veröffentlicht. Ziel der vorstehenden Stichprobenuntersuchung war es vielmehr, das funktionale Verständnis der Kommanditistenhaftung als nachgelagerter Haftung in der Insolvenz zu *plausibilisieren*.

Dafür spricht allen voran der eindeutige Befund. Die Stichproben belegen zum einen, dass die Haftung in der Insolvenz tatsächlich durchgesetzt wird. Außerhalb der Insolvenz gilt dies nur für die insolvenznahe Sanierung von Publikumsgesellschaften, im Zuge derer der Treuhandkommanditist seinen Freistellungsanspruch an den Finanzierungsgläubiger abtritt. Abseits dieser Sanierungskonstruktion findet sich in Stichproben kein einziger Fall, in dem ein Gesellschaftsgläubiger seine Klage auf § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB gestützt hatte und damit nicht an den identifizierten Hürden für die Haftungsdurchsetzung gescheitert wäre.

Zudem legt weder die Aufnahme einer Entscheidung in die Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen noch ein Entscheidungsdatum zwischen 2017 und 2022 eine Verzerrung der Ergebnisse nahe. Namentlich enthalten die Suchkriterien keinen Filter auf Entscheidungen, in denen die Revision mit Blick auf Fragen der Kommanditistenhaftung erhoben wurde. Die Revision konnte daher ebenso gut auf vertrags- oder deliktsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Gesellschaftsverbindlichkeit gegründet sein, für die der Kommanditist nach § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB in Anspruch genommen wurde.

Schließlich kann eine Untersuchung der gerichtlichen Entscheidungen zwar notwendigerweise keine Auskunft über die Fälle geben, in denen der Kommanditist nach einer entsprechenden Aufforderung freiwillig an den Gläubiger leistet. Es gibt jedoch keinen Grund für die Annahme, dass die Kommanditistenhaftung stets oder auch nur regelmäßig außergerichtlich beigelegt würde. Die Stichproben illustrieren immerhin, dass sich die Kommanditisten in der Insolvenz durchaus verklagen lassen.

106 Vgl. dazu Fn. 100.

VI. Perspektiven der Kommanditistenhaftung *de lege ferenda*

Unabhängig von der rechtspolitischen Beurteilung des effektiven Haftungsausschlusses für Kommanditisten außerhalb der Gesellschaftsinsolvenz, erscheint das geltende Recht reformbedürftig, wenn es einen effektiven Haftungsausschluss als beschränkte Außenhaftung verbrämt. Denn der Status quo droht zum einen, Gesellschaftsgläubiger dazu anzuhalten, fruchtlose Haftungsprozesse gegen Kommanditisten anzustrengen.¹⁰⁷ Zum anderen droht das vermeintliche Risiko der Inanspruchnahme außerhalb einer etwaigen Insolvenz, potenzielle Kommanditisten von einer Beteiligung abzuschrecken.

De lege ferenda spricht daher – auch nach dem MoPeG¹⁰⁸ – viel dafür, das Prozessrecht der Kommanditistenhaftung so auszugestalten, dass es dem materiellen Recht zur Durchsetzung verhilft (dazu 1.), oder es muss die Außenhaftung bereits materiell ausgeschlossen werden, wie es auf Grund des derzeit geltenden prozessualen Rahmens effektiv der Fall ist (dazu 2.).

1. Effektivierung der Außenhaftung außerhalb der Insolvenz?

Die Durchsetzungsschwierigkeiten der Kommanditistenhaftung liegen zwar im Kern darin begründet, dass die Gesellschaftsgläubiger keinen Einblick in die Kapitalbewegungen zwischen der Gesellschaft und den Kommanditisten haben und daher weder beurteilen können, ob die Außenhaftung des Kommanditisten gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB ausgeschlossen ist, noch, ob sie gemäß § 172 Abs. 4 HGB wieder aufgelebt ist. Wie die Diskussion des Auskunftsrechts nach dem Vorbild des österreichischen § 171 Abs. 1 Satz 2 UGB gezeigt hat (oben IV.1.), beseitigt jedoch selbst die genaue Kenntnis vom Umfang der Kommanditistenhaftung nicht das Risiko einer Außenhaftung

107 Der rechtstatsächliche Befund legt nicht nahe, dass keine Klagen auf § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB gestützt werden, sondern nur, dass Gläubiger mit diesen Klagen praktisch niemals durchdringen (oben V.). Überdies lässt sich aus den Datensätzen nicht ableiten, wie viele Klagen gegen Kommanditisten im Hinblick auf den Ausschluss der Haftung zurückgenommen oder für erledigt erklärt werden. Hierüber können aus der Analyse gerichtlicher Entscheidungen keine Schlüsse gezogen werden (zum umgekehrten Fall der außergerichtlichen Beilegung durch Zahlung des Kommanditisten vgl. oben V.3.).

108 Während das Recht der OHG durch das MoPeG vollständig neu gefasst wurde, hat sich der Gesetzgeber im Recht der KG – wie das künftige Nebeneinander von Vorschriften mit und ohne amtliche Überschrift illustriert – auf punktuelle Änderungen beschränkt. Im Kontext der Kommanditistenhaftung hat er dabei hauptsächlich die im Schrifttum herausgearbeitete Unterscheidung zwischen Haftsumme und Einlage nachvollzogen (siehe dazu bereits Fn. 3, 5). Die hier aufgezeigte Reformperspektive zielt daher nicht auf eine Reform der Reform.

ausschaltenden Hin- und Herzählens. Ohne eine externe Kapitalaufbringungskontrolle sowie ein effektiv abgesichertes Verbot der Einlagenrückgewähr ist den Gesellschaftsgläubigern daher auch mit einem Einblick in die Kapitalbewegungen zwischen Gesellschaft und Kommanditist nicht geholfen.

Denkbar wäre es immerhin, dem Kommanditisten die Prozesskosten unabhängig von einer Klagerücknahme oder Erledigungserklärung des Gläubigers aufzuerlegen, wenn er mit dem Einwand des § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB durchdringt. Gestattete man dem Kommanditist darüber hinaus, diese Kosten gemäß § 110 i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB (§ 716 Abs. 1 BGB i. V. m. § 105 Abs. 3, § 161 Abs. 2 HGB n.F.) als Aufwendungen von der Gesellschaft ersetzt zu verlangen, würde eine solche Änderung zwar zu weniger Verwerfungen führen, als es auf den ersten Blick den Anschein hat: Da die Ansprüche gegen die Gesellschafter und die Gesellschaft wirtschaftlich identisch sind, führt eine streitgenossenschaftliche Inanspruchnahme nicht nach § 5 ZPO zu einer Streitwerterhöhung,¹⁰⁹ sodass mit dem zusätzlichen Vorgehen gegen den Kommanditisten zumindest keine Erhöhung der gerichtlichen Kosten verbunden wäre. Trotz alledem änderte eine Kostenverlagerung nichts an der Tatsache, dass die Gläubiger durch das Vorgehen gegen den Kommanditisten so nicht in die Lage versetzt würden, einen tatsächlich vollstreckbaren Titel zu erwirken. Denn die Kostentragungspflicht gibt dem Kommanditisten keinen Anreiz, sich auch der Außenhaftung zu ergeben.

Ein insofern effektiveres Mittel stellte es zwar immerhin dar, dem Kommanditisten zu verwehren, den Einwand des Haftungsausschlusses nach Rechtshängigkeit der Klage herbeizuführen. Das führte angesichts der Möglichkeit paralleler Haftungsklagen durch verschiedene Gläubiger jedoch zumindest für den Einwand der Befriedigung eines anderen Gläubigers zu Verwerfungen. Demgegenüber würde ein Ausschluss des Einwands der Einlageleistung zwar nicht zu einer potenziellen Haftungserweiterung führen. Erkennt man die Aufgabe des § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB allerdings darin, sicherzustellen, dass der Kommanditist die Haftsumme nur einmal leisten muss und hierfür gerade nicht zwingend auf die Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern verwiesen ist, läge hierin gleichwohl ein Systembruch.

Unabhängig von der Frage, ob ein solcher Systembruch zu verschmerzen wäre, änderte ein Ausschluss des nach Rechtshängigkeit begründeten Einwands des § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB jedoch nichts daran, dass der Gläubiger in der Regel nicht erkennen kann, ob der Kommanditist überhaupt noch haftet, zumal der Kommanditist auch gar nicht auf die Einlageleistung nach Klageerhebung angewiesen ist, um sich der Haftung durch Hin- und Herzählen zu entziehen: Für ihn ist es nämlich ebenso effektiv und sogar noch attraktiver,

109 Siehe nur BGH v. 25.11.2003 – VI ZR 418/02, NJW-RR 2004, 638, 639.

den Einwand des § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB durch Aufbringung der Haftsumme einmal frühzeitig nachweisbar zu begründen. Denn für die Gläubiger bleibt auch in dieser Situation in aller Regel unerkennbar, wenn dem Kommanditisten die Einlage bis zur Klageerhebung zurückgezahlt worden ist.

Ein Auskunftsrecht würde dem Gläubiger hier zwar auf dem Papier helfen. In der österreichischen Diskussion um § 171 Abs. 1 Satz 2 UGB ist jedoch bereits erkannt worden, dass der Gläubiger dann bei Verweigerung der Auskunft auf diese klagen müsste¹¹⁰ und dass eine unrichtige Auskunft, die Einlage bereits geleistet zu haben, nichts an der Haftung ändert¹¹¹.

Dieses Problem ließe sich auch nicht lösen, indem man die Beweislast für das Wiederaufleben der Haftung gemäß § 172 Abs. 4 HGB vollständig auf den Kommanditisten verlagerte. Damit verlangte man den Kommanditisten nämlich den Beweis negativer Tatsachen – das Unterlassen einer Rückzahlung der Einlage – ab, sodass die Gläubiger zwangsläufig eine sekundäre Darlegungslast trüfe, Umstände zu einer möglichen Einlagenrückzahlung vorzutragen.¹¹² Und ohne Einblick in die Leistungsbeziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Kommanditisten wird den Gläubigern häufig bereits dies unmöglich sein. Dem ließe sich zwar wiederum begegnen, indem man der Kommanditistenhaftung ein Einsichtsrecht in die finanziellen Unterlagen der Gesellschaft vorschaltete, dass jeder Gesellschaftsgläubiger im Wege der Stufenklage geltend machen könnte. Eine solche Offenbarung von Gesellschaftsinterna schösse jedoch weit über das Ziel hinaus.¹¹³

Die Erfolgsaussichten, die Außenhaftung außerhalb der Insolvenz tatsächlich effektiver zu gestalten, erscheinen daher trüb.

2. Ausschluss der Außenhaftung außerhalb der Insolvenz?

Die Alternative zu den Versuchen, die Außenhaftung zu effektivieren, besteht darin, mit dem funktionalen Zuschnitt der Kommanditistenhaftung als nach-

110 OLG Innsbruck v. 8.10.2009 – 4 R 135/09y; ECKERT, in: Torggler, Komm. z. UGB, 3. Aufl. 2019, § 171 UGB Rdn. 15.

111 ECKERT, aaO (Fn. 110), § 171 UGB Rdn. 15; KOPPENSTEINER/AUER, aaO (Fn. 68), § 171 UGB Rdn. 16.

112 Zur sekundären Darlegungslast beim Beweis negativer Tatsachen vgl. BGH v. 19.10.2017 – III ZR 565/16, BGHZ 216, 245 Rdn. 21; BGH v. 20.7.2017 – III ZR 296/15, NZG 2017, 1351 Rdn. 12; STADLER, in: Musielak/Voit, Komm. z. ZPO, 19. Aufl., 2022, § 138 Rdn. 10a.

113 Aus diesem Grund bereits gegen ein Auskunftsrecht über die Einlageleistung MOCK, aaO (Fn. 9) § 172 HGB Rdn. 6 („gesellschaftsinterne Information [...], auf die der Gesellschaftsgläubiger aufgrund des bestehenden Schuldverhältnisses mit der KG nicht ohne Weiteres Anspruch hat“).

gelagerter Haftung in der Insolvenz ernst zu machen. Das hieße, die Außenhaftung (i) bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens auszuschließen, sie (ii) im Insolvenzverfahren dem Insolvenzverwalter zu überantworten und (iii) den Gläubigern nur nach Abweisung des Insolvenzverfahrens mangels Masse einen Direktanspruch zu gewähren.

Dagegen erscheint es im Gegensatz zu Art. 610 Abs. 2 OR nicht geboten, eine weitere Ausnahme für den Fall der Auflösung der Gesellschaft zu machen, da die Gesellschafter gemäß §§ 739 BGB i. V. m. § 105 Abs. 3, § 161 Abs. 2 HGB (§ 149 HGB n.F.) für etwaige Fehlbeträge nach dem Verhältnis ihrer Kapitalanteile aufzukommen haben.

Nach dieser Maßgabe könnte ein geänderter, aber an die bisherigen Gesetzesformulierungen angelehnter § 171 HGB etwa lauten:

(1) Der Kommanditist haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Haftsumme; die Haftung ist ausgeschlossen, soweit der Kommanditist die vereinbarte Einlage oder anderweitig Eigenkapital in das Gesellschaftsvermögen geleistet oder Verbindlichkeiten der Gesellschaft befriedigt hat.

(2) Das Recht der Gläubiger nach Absatz 1 ist ausgeschlossen, solange über das Vermögen der Gesellschaft nicht das Insolvenzverfahren eröffnet oder dessen Eröffnung mangels Masse abgelehnt worden ist. Während der Dauer des Verfahrens wird das Recht der Gläubiger nach Absatz 1 durch den Insolvenzverwalter oder den Sachwalter ausgeübt.

Auf diesem Weg könnte es ebenso bei den übrigen Regelungen der §§ 172 ff HGB bleiben wie bei den etablierten Grundsätzen für die Annahme eines Haftungsausschlusses nach § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB. Die vorstehende Neuformulierung stellt lediglich klar, dass nach dem heute erreichten Stand der Dogmatik auch die Gläubigerbefriedigung¹¹⁴ und Leistungen in das Eigenkapital ohne bestehende bzw. fortbestehende Einlagepflicht¹¹⁵ die Haftung ausschließen.

Anders als bei einer Umstellung auf ein echtes Innenhaftungsregime würde mit einem Ausschluss der Außenhaftung der Kommanditisten außerhalb der Insolvenz das Recht der Kommanditgesellschaft auch nicht revolutioniert, sondern primär das heutige *law in action* transparent gemacht. Aus ebenjener Erwägung lässt sich dem Ausschluss der Außenhaftung auch nicht entgegenhalten, er würde den Anreiz nehmen, die KG – auch im Gläubigerinteresse – mit der Haftsumme auszustatten und diese in der Gesellschaft zu belassen. Erstens ist es angesichts der Durchsetzungshemmnisse der Außenhaftung mit diesem Anreiz schon heute nicht weit her. Zweitens hätte der Ausschluss der Außenhaftung vor der Insolvenz in dem hier vorgestellten Konzept keinen Einfluss auf die Möglichkeit, sich schon vorab durch Leistungen in das Gesellschaftsvermögen von der erst in der Insolvenz drohenden Haf-

114 BGH v. 25.7.2017 – II ZR 122/16, ZIP 2017, 1948 Rdn. 21.

115 BGH v. 10.10.2017 – II ZR 353/15, ZIP 2018, 18 Rdn. 29.

tung zu befreien. Insofern würde der Ausschluss der Außenhaftung selbst dort keinen Anreiz gegen eine rechtzeitige Kapitalzufuhr setzen, wo die Haftsumme die im Innenverhältnis bestehende Einlagepflicht übersteigt. Der von der Außenhaftung ausgehende Gläubigerschutz bliebe damit wie auch *de lege lata* (oben IV.3.) erhalten, während durch einen Ausschluss der Außenhaftung jene Effizienzeinbußen an der Schnittstelle von Gesellschafts- und Zivilprozessrecht beseitigt würden, die daraus resultieren, dass die *lex lata* Gesellschaftsgläubiger dazu anhält, fruchtlose Haftungsprozesse gegen Kommanditisten anzustrengen, und potenzielle Kommanditisten von einer Beteiligung abschreckt.

Wenn man die Außenhaftung außerhalb der Insolvenz ausschließt und sich damit den Vorschlägen zur Reform des Kapitalschutzes in der GmbH nach dem „KG-Modell“ annähert (oben IV.3.), stellt sich zuletzt die Frage, ob die Differenzierung zwischen Haftsumme und Einlagepflicht noch einen Mehrwert hat. Ich meine ja, und zwar nicht nur aus – praktisch durchaus bedeutsamen – Kontinuitätsabwägungen. Die Differenzierung ermöglicht nämlich eine griffige Unterscheidung zwischen demjenigen Betrag, den die Gesellschaft jederzeit einfordern kann (Einlage), und demjenigen Betrag, für den der Kommanditist zwingend in der Insolvenz einstehen muss (Haftsumme).

VII. Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse

1. Die *Beschränkung* der Kommanditistenhaftung auf die Haftsumme gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB schließt eine Haftung der Kommanditisten für andere als Zahlungsverbindlichkeiten der Gesellschaft a priori aus. Die Möglichkeit, hinsichtlich des Sekundäranspruchs gegen die Gesellschaft nach §§ 255, 259 ZPO und den Kommanditisten allein nach § 259 ZPO vorzugehen, ändert daran nichts.

2. Gleichzeitig macht die weitergehende *Beschränkbarkeit* der Haftung gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB die Haftungsdurchsetzung für Gläubiger wenig attraktiv, weil der Haftungsausschluss für den Gläubiger nicht erkennbar ist und es den Kommanditisten darüber hinaus jederzeit freisteht, sich ihrer Haftung nicht nur durch Befriedigung anderer Gläubiger, sondern auch durch Leistung an die Gesellschaft zu entziehen. Letzteres begründet ein erhebliches Risiko für den Gläubiger, weil das HGB es der Gesellschaft nicht verbietet, die empfangene Leistung unmittelbar nach Klagabweisung wieder an den Kommanditisten zurückzuzahlen. Nach § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB lebt hierdurch die Außenhaftung zwar materiell-rechtlich wieder auf. Die Geltendmachung dieses Wiederauflebens fällt dem Gläubiger jedoch nicht nur angesichts seiner Beweisbelastung bei gleichzeitig fehlendem Einblick in die Leistungsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Kommanditist schwer. Zivilprozessual bleibt ihm darüber hinaus lediglich der Weg in eine neue Klage, die gleicher-

maßen mit dem Risiko des Hin- und Herzählens behaftet ist. Gegen dieses Risiko schützt den Gläubiger auch nicht die Anerkennung eines Auskunftsanspruchs hinsichtlich des Stands der Einlageleistung, wie ihn im österreichischen Recht § 171 Abs. 1 Satz 2 UGB vorsieht.

3. Die § 171 Abs. 2 HGB implizite Sperrwirkung verhindert zudem, dass ein Urteil gegen einen Kommanditisten den Gläubiger gegen die Insolvenz der Gesellschaft sichert. Demgegenüber hat der Insolvenzverwalter über das Vermögen der KG auch Einblick in die Kapitalbewegungen zwischen dieser und dem Kommanditisten. Funktional ist die Kommanditistenhaftung daher ebenso *auf die Durchsetzung durch den Insolvenzverwalter zugeschnitten*, wie sie einer Geltendmachung durch den Einzelgläubiger vor der Insolvenz im Wege steht. Effektiv vermittelt das Haftungsregime der § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 HGB dem Kommanditisten daher eine „beschränkte Haftung“ im Sinne des GmbH-Rechts. Das funktionale Verständnis der Kommanditistenhaftung als nachgelagerter Haftung in der Insolvenz wird durch eine rechtstatsächliche Untersuchung der in BGHZ veröffentlichten sowie in den Jahren 2017 bis 2022 ergangenen Entscheidungen des BGH zu § 171 HGB plausibilisiert.

4. Die *Perspektiven* der Kommanditistenhaftung liegen in einer Verbesserung ihrer Durchsetzbarkeit oder einem echten Haftungsausschluss vor der Insolvenz. Das Grundproblem der fehlenden Einsicht in die Kapitalbewegungen zwischen der Gesellschaft und den Kommanditisten lässt sich bei fehlender Kapitalbindung indessen kaum beheben. Ein echter Ausschluss der Außenhaftung außerhalb der Insolvenz wäre dagegen gar nicht so revolutionär, wie er auf den ersten Blick erscheinen mag: Primär machte er das heutige *law in action* transparent; zudem fügte er sich zwanglos in das System der §§ 171 ff HGB ein und fände mit Art. 610 Obligationenrecht ein rechtsvergleichendes Vorbild im schweizerischen Recht.