

Zu § 176 Abs. 1 HGB n.F.: Doch noch Haftungsbeschränkungen für „Kann-Kommanditisten“?*

Von Stud. iur. **Janek Hartig**, Berlin**

I. Einleitung

Das Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz (MoPeG) und sein neuer § 176 Abs. 1 HGB bringen auf den ersten Blick Ernüchterung für diejenigen Stimmen, die die Ungleichbehandlung sog. „Kann-KGs“, die sich im Zuge der BGH-Rechtsprechung zur Haftungsverfassung der GbR eingestellt hatte, beendet sehen wollten. Der Beitrag soll die Zusammenhänge, die der Streitfrage zugrunde liegen, nachvollziehen und auf dieser Grundlage untersuchen, ob „Kann-Kommanditisten“ sich entgegen dem ersten Eindruck womöglich doch noch über Haftungsbeschränkungen freuen können.

II. Ungleichbehandlung der „Kann-KG“ nach geltendem Recht

1. „Funktionswandel“ des § 176 Abs. 1 HGB

§ 176 Abs. 1 HGB wurde lange Zeit als Haftungsverschärfung für die nicht eingetragene KG verstanden. Entgegen der grundsätzlich nach §§ 171, 172 HGB beschränkten Haftung ordnet die Norm immerhin die Haftung „gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter“ an. Der damit verfolgte Zweck liege zum einen in abstraktem Vertrauensschutz, zum anderen darin, Druck auf die Kommanditisten aufzubauen, auf die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister hinzuwirken.¹

Diese Einschätzung traf indes nur so lange vollständig zu, wie es GbRs möglich war, ihre Haftung einseitig zu beschränken. Zur Einordnung: § 176 Abs. 1 HGB findet nur auf sog. „Ist-KGs“ Anwendung, d.h. auf solche KGs, die aufgrund des Betriebens eines Handelsgewerbes nach §§ 161 Abs. 1, Abs. 2, 123 Abs. 2 HGB schon durch die Aufnahme ihrer Geschäfte nach außen hin wirksam werden. Dies ergibt sich bereits aus der Verwendung des Tatbestandsmerkmals „Kommanditist“, wird im Übrigen jedoch auch von § 176 Abs. 1 S. 2 HGB deklaratorisch festgehalten. Gesellschaften, die KG werden wollen, jedoch kein Handelsgewerbe betreiben (sog. „Kann-KGs“), unterliegen demgegenüber dem Recht der GbR.² Im Vergleich zu §§ 171, 172 HGB bleibt § 176 Abs. 1 HGB selbstverständlich immer eine Verschärfung. Im Verhältnis von „Ist-“ und „Kann-KGs“ handelte es sich bei der Norm dagegen nur so lange um eine solche, wie es „Kann-KGs“ möglich war, ihre Haftung einseitig auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken.³

* Der Beitrag entstand im Rahmen eines Seminars zum Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts bei Prof. *Gregor Bachmann*.

** Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin.

¹ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 55 I. 1.; *Strohn*, in: Ebenroth u.a., Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2020, § 176 Rn. 1; die Druckfunktion als Hauptfunktion ansehend *Mattheus/Schwab*, ZGR 2008, 65 (73 ff.).

² Vgl. BGHZ 61, 59 (67) = NJW 1973, 1691 (1692); *Strohn* (Fn. 1), § 176 Rn. 1.

³ Zu solchen Gestaltungen siehe BGHZ 142, 315 = NJW

Im Zuge der Entwicklung des Haftungsregimes der GbR gab der BGH diese Möglichkeit jedoch bekanntlich auf. „Kann-Kommanditisten“ haften seitdem nach § 128 HGB analog unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.⁴ Im Vergleich zum „Ist-Kommanditisten“ bedeutet dies eine Benachteiligung auf drei Ebenen: Der „Kann-Kommanditist“ haftet zum einen auch dann unbeschränkt, wenn seine Zustimmung zum Geschäftsbeginn fehlt oder der Gläubiger positive Kenntnis von seiner geplanten Kommanditistenrolle hatte. Zum anderen haftet er nach h.M. zu § 128 HGB auch für deliktische Verbindlichkeiten der Gesellschaft.⁵ Der „Ist-Kommanditist“ soll für solche stattdessen nicht nach § 176 Abs. 1 HGB, sondern auch vor der Eintragung bereits beschränkt nach §§ 171, 172 HGB haften. Als Grund wird der Zweck der Norm angeführt: Im deliktischen Verkehr könne sich selbst abstrakt kein zu schützendes Vertrauen bilden.⁶

2. Diskussion in der Literatur

Der auf diesem Weg entstandene Funktionswandel des § 176 Abs. 1 HGB hat in der Fachliteratur lebhaft Diskussionen hervorgerufen.

Auf der einen Seite standen Autoren, die eine Gleichbehandlung der „Kann-KG“ fordern. De lege lata wurde vor allem vorgeschlagen, § 176 Abs. 1 S. 1 HGB analog auf „Kann-KGs“ anzuwenden.⁷ Die konkrete Ausgestaltung reichte dabei über zusätzliche Anforderungen wie das Stellen eines Eintragungsantrags⁸ oder das „Betreiben des Eintragungsverfahrens“⁹ bis hin zu einem Verzicht auf solche Zusätze.¹⁰ Über den entgegenstehenden Wortlaut des S. 2 könne sich hinweggesetzt werden, da sich die Normsituation seit ihrem Inkrafttreten grundlegend gewandelt habe.¹¹ De lege ferenda kann davon ausgegangen werden, dass all diese Autoren den geltenden S. 2 gestrichen hätten. Anschaulich zeigt sich insofern der Vorschlag *Schmidts*, der einen neuen S. 2 vorsieht, der den Umgang mit Verbindlichkeiten regelt, die zwischen der Stellung des Eintragungsantrags und der Eintragung entstanden sind.¹² Diesem Vorschlag schlossen sich – teilweise

1999, 3483; *Schmidt*, GmbHR 2002, 341 (342); insgesamt eingehend dazu *Jacobs*, DB 2005, 2227 (2227 f.).

⁴ Mittlerweile ganz h.M. zur Entwicklung BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483; BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056.

⁵ BGHZ 154, 88 = NJW 2003, 1445; *Schmidt*, NJW 2003, 1897 (1900); a.A. *Canaris*, ZGR 2004, 69 (109 ff.).

⁶ BGHZ 82, 209 (215 f.) = NJW 1982, 883 (885); *Schmidt/Grüneberg*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2022, § 176 Rn. 39.

⁷ Noch weitergehend für alle GbRs *Mülbert*, AcP 199 (1999), 38 (96 ff.).

⁸ *Dauner-Lieb*, in: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, 2000, S. 835 (846).

⁹ *Schmidt* (Fn. 1), § 55 I. 2.; *ders.*, GmbHR 2002, 341 (344).

¹⁰ *Wagner*, NJW 2001, 1110 (1112).

¹¹ Ausdrücklich *Wagner*, NJW 2001, 1110 (1112).

¹² Anders als sein Konzept de lege lata also *Schmidt*, GmbHR

jedoch unter Zurückweisung des Erfordernisses eines bereits vollständig gestellten Eintragungsantrags – unmittelbar vor oder bereits während der Diskussionen um das spätere MoPeG weitere Autoren an.¹³

Diesem kritischen Lager standen jedoch auch Autoren gegenüber, die der gewandelten Normsituation nicht mit einer Änderung des Rechtsverständnisses begegnen wollten, sondern stattdessen davon ausgingen, die Ungleichbehandlung von „Kann-“ und „Ist-KG“ sei hinzunehmen.¹⁴

III. Reaktion des MoPeG-Gesetzgebers

Dem MoPeG-Gesetzgeber stand bei der Reform damit eine Vielzahl möglicher Ansätze zum Umgang mit der ungleichen Behandlung von „Kann-“ und „Ist-KG“ zur Verfügung. Eine Änderung der geltenden Rechtslage war ebenso denkbar wie ihr unverändertes Fortbestehen.

1. § 176 Abs. 1 HGB n.F.

Diese Vielzahl gangbarer Wege zeigte sich auch im Gesetzgebungsverfahren zum neuen § 176 Abs. 1 HGB. Die Norm ist eine der wenigen Regelungen,¹⁵ die im Vergleich zum Regierungsentwurf in der finalen Fassung signifikante Anpassungen erfahren haben.

Der Regierungsentwurf¹⁶ sah zwei wesentliche Änderungen des geltenden § 176 Abs. 1 HGB vor: Erstens sollte die Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung durch Individualpublizität gestrichen werden, § 176 Abs. 1 S. 1 HGB-E. Zweitens sollte die so geschaffene, generell unbeschränkte Kommanditistenhaftung für vor der Eintragung entstandene Verbindlichkeiten gem. § 176 Abs. 1 S. 2 HGB-E auch für „Kann-KGs“ gelten, die Wirkung des bisher geltenden S. 2 also umgekehrt werden. Begründet wurden diese Änderungen direkt mit dem oben angesprochenen Funktionswandel: Die Norm benachteilige inzwischen Gesellschafter einer „Kann-KG“, anstatt – dem historischen Zweck folgend – als Haftungssanktion für „Ist-Kommanditisten“ zu wirken. Um die Gleichbehandlung „wiederherzustellen“¹⁷ und gleichzeitig aber den Druck, die KG ins Handelsregister eintragen zu lassen, aufrecht zu erhalten, müsse die Haftungsbeschränkung des § 176 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 HGB gestrichen und der geltende S. 2 so ausgestaltet werden, dass er „Kann-KGs“ einschließt, statt sie auszuschließen.¹⁸

2002, 341 (348).

¹³ Habersack, ZGR 2020, 539 (564); Schäfer, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Essen 2016, Bd. 1, Gutachten, 2016, Gutachten E, S. 99 f.

¹⁴ Reiff, ZIP 1999, 1329 (1330 ff.); Clauss/Fleckner, WM 2003, 1790; Jacobs, DB 2005, 2227.

¹⁵ Vgl. BT-Drs. 19/30942.

¹⁶ Siehe BT-Drs. 19/27635, S. 67.

¹⁷ Genau genommen bestand nie Gleichbehandlung. Vor dem Rechtsprechungswandel zur Haftung in der GbR wurden durch § 176 Abs. 1 S. 2 HGB „Kann-“ gegenüber „Ist-KGs“ bevorzugt.

¹⁸ BT-Drs. 19/27635, S. 259.

§ 176 HGB-E sollte sodann eine der wenigen im weiteren Gesetzgebungsverfahren kritisierten Normen sein. Insbesondere die Streichung der Haftungsbeschränkung bei positiver Kenntnis des Gläubigers wurde von mehreren der geladenen Sachverständigen negativ aufgenommen.¹⁹

In seiner finalen Beschlussempfehlung²⁰ ging der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz auf diese Kritik ein und nahm die Haftungsbeschränkung wieder auf. Interessanterweise wurde darüber hinaus auch der Anwendungsbereich der Norm – entgegen den die Änderung im Entwurf ausdrücklich begrüßenden Stellungnahmen *Bachmanns* und *Habersacks*²¹ – wieder auf „Ist-KGs“ beschränkt. Diese Anpassungen sorgen im Ergebnis dafür, dass § 176 Abs. 1 HGB n.F. trotz äußerlicher Veränderungen exakt den gleichen Inhalt hat wie die geltende Fassung der Norm. Die skizzierten Probleme können durch eine solche Neufassung nicht aus dem Weg geräumt werden. Im Gegenteil: Die zur alten Rechtslage diskutierten Vorschläge sind ebenso aktuell wie zuvor.

2. Sperrwirkung des gesetzgeberischen Willens

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie mit diesem regulatorischen Stillstand umzugehen ist. Dazu muss zunächst geklärt werden, ob sich aus den Änderungen während des Gesetzgebungsverfahrens schließen lässt, dass die Benachteiligung der „Kann-KG“ gesetzgeberisch gewollt ist. Jedenfalls das früher verbreitete Argument, die Wirkung der Vorschrift habe sich ohne Reaktion des Gesetzgebers ins Gegenteil verkehrt (siehe oben II. 2.), kann nun nicht mehr zur Rechtfertigung einer Auslegung entgegen dem Wortlaut angebracht werden. Vor dem Hintergrund solcher Ergebnisse liegt es nahe, darüber nachzudenken, ob der klar hervortretende gesetzgeberische Wille Sperrwirkung gegenüber allen weiteren Versuchen, die Haftung von Kommanditisten einer „Kann-KG“ zu beschränken, entfaltet.

Lässt sich ein klarer und aktueller Wille des Gesetzgebers feststellen, die „Ist-“ gegenüber der „Kann-KG“ zu bevorzugen, ist dieser für die Auslegung grundsätzlich bindend.²² Ob ein solcher Wille vorliegt, ist jedoch bei Weitem nicht so eindeutig, wie es zunächst scheinen mag. Zwar legen die vom Gesetzgeber vorgenommenen Änderungen am Regierungsentwurf nahe, dass die Unanwendbarkeit des § 176 Abs. 1 HGB n.F. auf die „Kann-KG“ beabsichtigt war. Dieses Indiz ist jedoch auch schon das Einzige, was auf einen solchen gesetzgeberischen Willen schließen lässt. Die Begründung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz erschöpft sich darin, die oben erläuterten Änderungen darzustellen. Die Frage, warum sie vorgenommen wurden, wird nicht beantwortet, sodass die Motive und Ziele des Gesetzgebers unklar bleiben.²³ Ein klarer gesetzgeberischer Wille ergibt sich daraus nicht zwingend, sodass es bei der bloßen Indizwirkung bleibt.

¹⁹ Wortprotokoll der 144. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (Protokoll-Nr. 19/144), S. 43, 69; mit gleichem Ergebnis *Bachmann*, NZG 2020, 612 (618).

²⁰ BT-Drs. 19/30942.

²¹ Siehe Fn. 19.

²² *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 6 Rn. 186.

²³ Vgl. BT-Drs. 19/31105, S. 9.

Der gegenteilige Extremgedanke, die Beschränkung des Anwendungsbereichs könnte versehentlich bei der Wiederaufnahme der Haftungsbeschränkung durch Individualpublizität zusätzlich hinzugefügt worden sein, muss angesichts der ausdrücklich zustimmenden Stellungnahmen der Sachverständigen²⁴ zwar wohl verworfen werden. Indes spricht ein anderer Aspekt deutlich dagegen, aus den bloßen Anpassungen einen Bindungswirkung entfaltenden Willen des Gesetzgebers abzuleiten.

Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz macht sich in seiner Begründung zu den vorgenommenen Änderungen bezüglich aller unverändert gebliebenen Normen die Begründung der Bundesregierung für den ersten Entwurf zu eigen.²⁵ Dementsprechend gehört auch die Begründung zu § 721 BGB n.F. zum gesetzgeberischen Willen. Die Norm kodifiziert die Rechtsprechung des BGH zur akzessorischen Haftung der Gesellschafter einer GbR. In der Begründung heißt es dazu wie folgt: Das Haftungsregime der GbR werde grundsätzlich zwar „vollständig an dasjenige der offenen Handelsgesellschaft angeglichen“.²⁶ Dies bezwecke jedoch nicht, bereits bestehende Ausnahmen aufzuheben. Außerdem könne auf andere „adäquate“ Haftungsmodelle zurückgegriffen werden, sobald sich die unbeschränkte Haftung bei einer Abwägung der Interessen aller Beteiligten als „unangemessen“ erweist. Als ein solches Modell wird explizit eine analoge Anwendung der §§ 171 ff. HGB genannt.²⁷

Betrachtet man nun noch einmal den Kern der Diskussion um die Benachteiligung der „Kann-KG“ vor diesem Hintergrund, wird klar, dass sich die Begründung des § 721 BGB n.F. vollkommen gegenläufig zum oben hergeleiteten Indiz verhält. Dieser Kern liegt nämlich nach wie vor darin, dass die Kommanditisten einer „Kann-KG“ vor ihrer Eintragung nie in den Genuss der beschränkten Haftung nach §§ 171 ff. HGB kommen können. Vor dem MoPeG lag dies daran, dass § 176 Abs. 1 S. 2 HGB den Anwendungsbereich des § 176 Abs. 1 S. 1 HGB auf „Ist-KGs“ beschränkte. Nach der neuen Fassung schließt die Beschränkung auf Gesellschaften, „deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist“, die Anwendbarkeit des § 176 Abs. 1 HGB n.F. auf „Kann-KGs“ in gleicher Weise aus. Wenn nun also die Begründung zum neuen GbR-Haftungsregime den Weg zu einer einzelfallbezogenen Haftungsbeschränkung durch analoge Anwendung der §§ 171 ff. HGB ausdrücklich offen lässt, steht dies in direktem Widerspruch dazu, aus der bloßen Änderung des § 176 Abs. 1 HGB n.F. durch den zuständigen Ausschuss auf eine allgemeine Sperrwirkung für Haftungsbeschränkungen zugunsten der „Kann-KG“ zu schließen.

Vor dem Hintergrund dieser widersprüchlichen Begründungslage kann ein klarer und aktueller Wille des Gesetzgebers nicht festgestellt werden. Dementsprechend kann die Auslegung der Vorschriften im Ergebnis nicht durch einen derartigen Willen gebunden sein.

3. Gleichbehandlung durch neues GbR-Haftungsregime?

In einem weiteren Schritt kann auf Grundlage dieses Ergebnisses gefragt werden, ob sich trotz der aus Sicht der Kritiker ernüchternden Zwischenbilanz bezüglich § 176 Abs. 1 HGB n.F. durch die Neufassung der Haftung in der GbR mittelbare Auswirkungen für die „Kann-KG“ eingestellt haben.

Zwar wird – wie soeben schon angesprochen – durch die Neufassung der §§ 705 ff. BGB weit überwiegend nur geltende Rechtsprechung, die ja erst zur problematischen Ungleichbehandlung geführt hatte, kodifiziert.²⁸ Für die Zwecke dieses Beitrags ist jedoch der bereits zitierte Abschnitt aus der Begründung des Regierungsentwurfs von besonderem Interesse. Wie gesehen, wird darin die Möglichkeit offengelassen, die Haftung von GbR-Gesellschaftern – und damit auch von Kommanditisten einer „Kann“-KG – in ausgewählten Einzelfällen zu beschränken. Die aufrecht erhaltenen Ausnahmen für Bauherrengemeinschaften, geschlossene Immobilienfonds, Gelegenheits- und gemeinnützige Gesellschaften halten für das hier zugrunde liegende Problem zwar keine Lösung bereit. Ein anderer Befund könnte sich aber bezüglich der anschließenden allgemeineren Ausnahme ergeben. Voraussetzung dieser Ausnahme ist, dass sich die unbeschränkte Haftung bei „einer umfassenden Abwägung der Interessen von Gesellschaftsgläubigern und Gesellschaftern als unangemessen [erweist]“.²⁹ Ist dies der Fall, nennt die Begründung beispielhaft verschiedene „adäquate“ Wege, die Haftungsbeschränkung technisch zu erreichen. Die Gleichbehandlung von „Kann-“ und „Ist-KG“ kann also in ein „Ob“ und ein „Wie“ aufgeteilt werden.

a) Einschlägigkeit der Ausnahme („Ob“ der Gleichbehandlung)

Zunächst ist zu fragen, ob die aufgestellten Voraussetzungen der Ausnahme in Bezug auf „Kann-“ und „Ist-KG“ überhaupt vorliegen. Dazu sei einleitend angemerkt, dass im Rahmen dieser Prüfung grundsätzlich eine völlige Gleichstellung der beiden Formen³⁰ angestrebt wird. Es geht also nicht nur darum, der „Kann-KG“ einen Teil der Privilegien einzuräumen. Stattdessen soll sie der „Ist-KG“ möglichst hinsichtlich deliktischer Verbindlichkeiten, einer Haftungsbeschränkung durch Individualpublizität und dem Erfordernis der Zustimmung des in Anspruch genommenen Kommanditisten zum Geschäftsbeginn gleichgestellt werden. Im Rahmen dieser Betrachtung können aufgrund des inhaltlichen Gleichlaufs der Neufassung mit dem geltenden Recht viele Argumente aus der oben bereits angesprochenen Diskussion fruchtbar gemacht werden.

aa) Die Problematik der Diskriminierung sonstiger GbRs

Die bisherige Darstellung beschränkte sich darauf, aufzuzeigen, dass in der Rechtspraxis zwischen „Ist-“ und „Kann-“

²⁸ Vgl. BT-Drs. 19/27635, S. 2 f. sowie Noack, NZG 2020, 581.

²⁹ BT-Drs. 19/27635, S. 165.

³⁰ Die Wörter „Formen“ und „Gesellschaftsformen“ werden hier nur zur sprachlichen Vereinfachung genutzt. Es handelt sich bei der „Kann-KG“ selbstverständlich nicht um eine eigenständige Rechtsform.

²⁴ Siehe Fn. 19.

²⁵ BT-Drs. 19/31105, S. 5 (unter IV.).

²⁶ BT-Drs. 19/27635, S. 165.

²⁷ BT-Drs. 19/27635, S. 165.

KG“ eine viel kritisierte Ungleichbehandlung herrscht. Wie *Jacobs* jedoch schon im Jahr 2005 richtigerweise anmerkte, würde eine Gleichbehandlung dieser beiden Gesellschaftsformen das allgemeine Problem der Ungleichbehandlung vergleichbarer Rechtsformen nicht lösen. Im Gegenteil: Der Preis für die Gleichbehandlung von „Ist-“ und „Kann-KG“ bestünde in einer Ungleichbehandlung von „Kann-KG“ und sonstigen GbRs. Diese sei grundsätzlich sogar noch schwerer zu rechtfertigen, da man im Fall der beiden Spielarten der KG zumindest darauf zurückgreifen könne, dass es sich nach geltendem Recht um unterschiedliche Rechtsformen handelt. Die „Kann-KG“ ist bis zu ihrer Eintragung nach der gesetzlichen Konzeption schließlich eine GbR. Demnach verlange Art. 3 GG nicht nur – wie insbesondere von *Schmidt* formuliert³¹ – die Gleichbehandlung von „Ist-“ und „Kann-KG“, sondern auch und vor allem die von „Kann-KG“ und sonstigen GbRs.³² Diesem Hinweis ist zu folgen. Bevor Änderungen im Verständnis der Beziehung der KG-Formen zueinander vorgeschlagen werden können, ist sicherzustellen, dass dadurch nicht an anderer Stelle das exakt gleiche Problem geschaffen wird.

Dementsprechend sollte zunächst geprüft werden, ob sich eine Besserstellung der „Kann-KG“ im Verhältnis zu sonstigen GbRs überhaupt rechtfertigen lassen würde.

(1) Deliktische Verbindlichkeiten

Dabei bietet es sich an, mit der Haftung für deliktische Verbindlichkeiten zu beginnen und im Folgenden zwischen den drei Teilaspekten der Benachteiligung zu differenzieren.

Während es sich bei der Haftungsbeschränkung durch Individualpublizität und dem Erfordernis der Zustimmung des Kommanditisten um Privilegien handelt, die sich direkt aus dem Wortlaut des § 176 Abs. 1 HGB n.F. ergeben, ist die Ausnahme deliktischer Verbindlichkeiten aus dem Anwendungsbereich ein Produkt des bisher herrschenden Verständnisses des Normzwecks. Grundsätzlich kann aufgrund des gleichen Inhalts der geltenden und der neuen Fassung der Norm davon ausgegangen werden, dass die Anhänger der h.M. § 176 Abs. 1 HGB n.F. auch weiterhin den Zweck abstrakten Vertrauensschutzes zuschreiben werden. Nichtsdestotrotz bietet sich eine Überprüfung, ob die Neufassung zum Anlass für ein neues Normzweckverständnis genommen werden sollte, an. Schließlich ließe sich dadurch, „Ist-Kommanditisten“ vor der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister einer unbeschränkten Haftung für deliktische Verbindlichkeiten zu unterwerfen, eine Gleichbehandlung aller drei hier relevanten Gesellschaftsformen diesbezüglich herstellen.

Und tatsächlich finden sich schnell gute Argumente, das herrschende Verständnis zu verabschieden. Zur besseren Nachvollziehbarkeit einiger davon sei folgender Gedankengang vorausgeschickt: Die Anerkennung abstrakten Vertrauensschutzes als Zweck hängt maßgeblich davon ab, welches Regel-Ausnahme-Verhältnis man der Norm zugrunde legt.³³ Versteht man das beschränkte Haftungsregime der §§ 171 ff.

HGB als Regel, so postuliert § 176 Abs. 1 HGB n.F. eine Ausnahme davon und schützt tatsächlich das Vertrauen des Rechtsverkehrs, die Regel könne – bei fortbestehender Schutzwürdigkeit des Gläubigers – nur in Verbindung mit entsprechender Registerpublizität eintreten. Folgt man jedoch der Ansicht, Gesellschafter würden in Abwesenheit gesetzlicher Ausnahmen grundsätzlich immer unbeschränkt für Gesellschaftsschulden haften, ist § 176 Abs. 1 Hs. 1 HGB n.F. nicht mehr als eine Klarstellung und Präzisierung dieser Regel für die KG. § 176 Abs. 1 Hs. 2 HGB n.F. stellt sich dann als eine gesetzliche Ausnahme für den Fall dar, dass der Gläubiger von der Kommanditistenstellung weiß.³⁴ Für Vertrauensschutzgedanken bleibt nach dieser Ansicht daher kein Platz.

Das stärkste Argument für eine Abkehr von der h.M. liefert der BGH – obwohl er deliktische Verbindlichkeiten aus dem Anwendungsbereich des § 176 Abs. 1 HGB ausnimmt³⁵ – selbst. Im Jahre 1999 begründete er die fortan geltende Bedeutungslosigkeit einseitiger Haftungsbeschränkungen durch Beschränkung der Vertretungsmacht in der GbR nämlich mit „dem allgemeinen Grundsatz [...], dass derjenige, der [...] in Gemeinschaft mit anderen Geschäfte betreibt, für die daraus entstehenden Verpflichtungen mit seinem gesamten Vermögen haftet, solange sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt“.³⁶ Aufgrund der allgemeinen Formulierung, mit der das Gericht diesen vorher schon von Teilen der Literatur diskutierten und für einschlägig gehaltenen³⁷ Grundsatz anerkennt, sei es nur konsequent, ihn auch auf § 176 Abs. 1 HGB zu erstrecken und dem ersten Teil der Norm dementsprechend nur deklaratorischen Charakter beizumessen.³⁸

Darüber hinaus lässt sich auch der Wortlaut des § 176 Abs. 1 HGB n.F. gegen die h.M. anführen. Die Norm spricht von einer Haftung „gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter“, d.h. von einer Haftung gem. §§ 126, 161 Abs. 2 HGB n.F. Nach der h.M. zu diesen Normen haften Gesellschafter auch für deliktische Verbindlichkeiten der Gesellschaft.³⁹ Erneut sei es dementsprechend nur konsequent, auch deliktische Ansprüche von § 176 Abs. 1 HGB erfasst zu sehen.⁴⁰

Abschließend zeigt sich eine gewisse Inkonsequenz in der Argumentation der h.M. Insbesondere der BGH stützt das Ergebnis, den Anwendungsbereich des § 176 Abs. 1 HGB zu beschränken, darauf, dass sich im Rahmen deliktischer Vor-

³⁴ So *Jacobs*, DB 2005, 2227 (2233); *Thiessen*, in: Staub, Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2015, § 176 Rn. 27; früher bereits *Flume*, Allgemeiner Teil, Die Personengesellschaft, 1977, S. 333 ff.

³⁵ BGHZ 82, 209 = NJW 1982, 883.

³⁶ BGHZ 142, 315 (319) = NJW 1999, 3483 (3484).

³⁷ *Flume* (Fn. 34), S. 333 ff.; *Knobbe-Keuk*, in: Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag, 1985, S. 187 (195 ff.); später auch *Dauner-Lieb* (Fn. 8), S. 836 f.; *Schmidt*, GmbHR 2002, 341 (342 ff.).

³⁸ *Jacobs*, DB 2005, 2227 (2233).

³⁹ *Schmidt/Drescher*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2022, § 128 Rn. 10 m.w.N.

⁴⁰ Jeweils noch zur alten Rechtslage *Jacobs*, DB 2005, 2227 (2233); *Thiessen* (Fn. 34), § 176 Rn. 84.

³¹ *Schmidt*, GmbHR 2002, 341 (347).

³² *Jacobs*, DB 2005, 2227 (2232).

³³ Siehe dazu auch *Priester*, BB 1980, 911 (912).

gänge kein schutzwürdiges Vertrauen des Gläubigers gebildet haben könne.⁴¹ Demgegenüber wird die Haftung für deliktische Verbindlichkeiten i.R.d. § 128 HGB damit begründet, deliktische Gläubiger könnten sich ihre Schuldner nicht aussuchen. Ihnen müsse daher „erst recht“ der Zugriff auf das Privatvermögen der Gesellschafter offenstehen.⁴² Eine derart unterschiedliche Handhabung dieser Sachverhalte verkennt ihre Vergleichbarkeit. Verdeutlicht man sich, dass die Haftung anderer Personen neben dem Schädiger aus Sicht des deliktischen Gläubigers stets ein Zufallsgeschenk ist, erscheint es angezeigt, diese Haftung einheitlich zu handhaben. Mit dem nachvollziehbaren Gläubigerschutzgedanken des BGH liegt es dann nahe, den Gesellschaftern das Risiko aus ihrer gemeinsamen Tätigkeit aufzuerlegen und sie stets unbeschränkt für deliktische Verbindlichkeiten haften zu lassen, „solange sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt“.⁴³ Für nicht eingetragene Kommanditisten gilt dies umso mehr, da ihnen stets die Möglichkeit offensteht, ihre Haftung durch eine Eintragung ins Handelsregister rechtssicher zu beschränken.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die „im Vordringen befindliche“⁴⁴ m.M. einige gute Argumente auf ihrer Seite hat. Aufgrund des begrenzten Umfangs dieses Beitrags kann nicht vertieft auf Argumente der h.M. – insbesondere interessant ist das, wonach § 176 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 HGB sinnentleert würde⁴⁵ – eingegangen werden.⁴⁶ Für die hiesigen Zwecke reicht es jedoch auch aus, zu wissen, dass es mit guten Gründen möglich wäre, deliktische Verbindlichkeiten in den Anwendungsbereich des § 176 Abs. 1 HGB aufzunehmen und so eine Gleichbehandlung von „Ist-“ und „Kann-KG“ sowie anderer GbRs diesbezüglich zu erreichen. Auf dieser Prämisse soll im Folgenden aufgebaut werden.

(2) Haftungsbeschränkung durch Individualpublizität

In einem zweiten Schritt ist zu beantworten, ob eine Bevorzugung der „Kann-KG“ in Bezug auf die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung durch Individualpublizität gerechtfertigt werden kann. Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, wie man eine solche Bevorzugung ausgestaltet.

Voraussetzung für die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte ist stets, dass es einen sachlichen Grund für sie gibt.⁴⁷ Solange man die Bevorzugung der „Kann-KG“ an keine weiteren Anforderungen knüpft als

das in beliebiger Form ausgedrückte Interesse, zukünftig eine KG zu werden, fällt es schwer, einen solchen Grund zu finden. Unter diesen Voraussetzungen unterscheidet sich die „Kann-KG“ unter Umständen äußerlich nämlich in keinem einzigen Punkt von sonstigen GbRs. Außerdem tun sich bei näherer Betrachtung enorme Missbrauchspotenziale einer solchen Regelung auf. Denkbar sind insbesondere Konstellationen, in denen eine GbR mit einem Gesellschaftsvertrag gegründet würde, der vorsieht, dass die Gesellschaft die Eintragung ins Handelsregister als KG grundsätzlich anstrebt. Würde dies bereits für eine Privilegierung ausreichen, gäbe es erstens keinen Grund mehr, eine GbR ohne eine solche Klausel zu gründen, was das – immerhin durch das MoPeG gerade erst runderneuerte – GbR-Haftungsregime für die Praxis weitgehend obsolet machen dürfte. Zweitens entfielen sämtliche Anreize, die Eintragung auch tatsächlich vorzunehmen. Immerhin wird die Gesellschaft durch ihre Eintragung dem Handelsrecht insgesamt unterworfen.⁴⁸ Dieses ist unter anderem durch höhere Sorgfaltsstandards gekennzeichnet, denen sich eine Gesellschaft wohl nur zu gern entziehen würde, wenn sie auch ohne diesen Nachteil in den Genuss einer entschärften Haftung kommen könnte.

Ein anderes Bild ergibt sich jedoch, stellt man für die Bevorzugung der „Kann-KG“ weitere Kriterien auf. In der Schärfe jeweils unterschiedlich wählten *Schmidt* und *Dauner-Lieb* in der Diskussion zum alten Recht einen solchen Ansatz. Ersterer forderte von der Gesellschaft zumindest das Betreiben des Eintragungsverfahrens,⁴⁹ während letztere etwas weitergehend verlangte, dass der Eintragungsantrag bereits abschließend gestellt ist.⁵⁰ Beiden Vorschlägen ist gemein, dass sie im Ergebnis einen sachlichen Grund für die Differenzierung zwischen „Kann-KG“ und sonstigen GbRs schaffen. In dem Moment, in dem die Gesellschafter der „Kann-KG“ ihren Willen, von ihrer Eintragungsmöglichkeit Gebrauch zu machen, nach außen erkennbar machen, hebt sich ihre Gesellschaft in einem wesentlichen Aspekt von anderen GbRs ab. Sie bringt nämlich zum Ausdruck, sich insgesamt dem Regime des Handelsrechts unterwerfen zu wollen. Dieser Wille liegt in anderen GbRs gerade nicht vor. Im Gegenteil: Ist eine Gesellschaft GbR und wirkt sie nicht auf ihre Eintragung hin, kann darin stattdessen eine bewusste Entscheidung dafür gesehen werden, die unbeschränkte Haftung aller Gesellschafter auf sich zu nehmen, um nicht in den Anwendungsbereich des Handelsrechts zu fallen. Der Kritik *Reiffs* ist dementsprechend zwar zuzugeben, dass sie zutrifft, solange die „Kann-KG“ die Anwendbarkeit des Handelsrechts nicht auf den Weg gebracht hat.⁵¹ Ein Zusatzkriterium sichert jedoch gerade das Gegenteil ab.

All dem steht auch nicht entgegen, dass mit der OHG eine Handelsgesellschaft existiert, in der alle Gesellschafter wie in der GbR unbeschränkt persönlich haften. Die potenziellen Vor-

⁴¹ BGHZ 82, 209 (215) = NJW 1982, 883 (885); so auch *Schmidt/Grüneberg* (Fn. 6), § 176 Rn. 39.

⁴² BGHZ 154, 88 (94 f.) = NJW 2003, 1445 (1446 f.).

⁴³ BGHZ 142, 315 (319) = NJW 1999, 3483 (3484).

⁴⁴ *Schmidt/Grüneberg* (Fn. 6), § 176 Rn. 39.

⁴⁵ BGHZ 82, 209 (216) = NJW 1982, 883 (885); *Armbrüster*, ZGR 2005, 34 (60); Gegenargumente bzw. -vorschläge bei *Jacobs*, DB 2005, 2227 (2234); *Thiessen* (Fn. 34), § 176 Rn. 84 ff.

⁴⁶ Vgl. allgemein zur h.M. *Clauss/Fleckner*, WM 2003, 1790 (1799 f.); *Kindler*, JuS 2006, 865 (866 f.); *Priester*, BB 1980, 911 (912).

⁴⁷ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Kommentar zum GG, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 18 f. m.w.N.

⁴⁸ Dogmatische Herleitung umstritten; vgl. *Schmidt*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2021, § 6 Rn. 17 m.w.N.

⁴⁹ *Schmidt* (Fn. 1), § 55 I 2; *ders.*, GmbHR 2002, 341 (344).

⁵⁰ *Dauner-Lieb* (Fn. 8), S. 835 (846).

⁵¹ Vgl. *Reiff*, ZIP 1999, 1329 (1331, 1333).

teile, die die Möglichkeit, als Handelsgesellschaft firmieren zu können, mit sich bringt, hören nicht bei einer Haftungsbeschränkung für einzelne Gesellschafter auf. Stattdessen kann beispielsweise davon ausgegangen werden, dass Vertragspartner im professionellen unternehmerischen Bereich einer Handelsgesellschaft grundsätzlich größeren Kredit einräumen werden, weil das Handelsrecht diesen Vertragspartnern durch seine Sonderregeln verschiedene Sicherheiten bietet. Durch die fehlende Hinwirkung auf eine Handelsregistereintragung gilt auch bezüglich dieser Vorteile: Die GbR entschied sich bewusst dafür, sie nicht in Anspruch zu nehmen. Für die „Kann-KG“ gilt dies ab dem Moment, in dem sie das so gleich dem Inhalt nach zu bestimmende Zusatzkriterium erfüllt, gerade nicht mehr.

Folgt man diesen Argumenten und erkennt die abschließend dokumentierte Bereitschaft, sich dem Handelsrecht zu unterwerfen, als sachlichen Grund an, stellt sich nur noch die Frage, welche zusätzliche Anforderung konkret gestellt werden sollte. Dabei zeigt sich der Vorschlag, bereits vor dem Eintragungsantrag anzusetzen, anfällig für Abgrenzungsschwierigkeiten. Was nötig ist, um das Eintragungsverfahren zu „betreiben“, lässt sich nur schwer rechtssicher festhalten. So würde den Gesellschaftern wiederum die Möglichkeit gegeben, die Eintragung bei bereits greifender Haftungsbeschränkung noch lange hinauszuzögern.⁵² Insofern stellten sich wieder die Fragen nach den Missbrauchspotenzialen, die ein zusätzliches Kriterium überhaupt erst nötig machten. Demgegenüber entwickelt der Vorschlag *Dauner-Liebs*, auf die Stellung eines Eintragungsantrags abzustellen, klare Grenzen⁵³ und ist deshalb vorzuziehen.

Als Zwischenergebnis lässt sich also festhalten, dass eine Bevorteilung der „Kann-KG“ gegenüber sonstigen GbRs auf Grundlage der hier entwickelten Voraussetzungen gerechtfertigt werden kann.

(3) Zustimmung zum Geschäftsbeginn

Am einfachsten stellt sich die Lage bezüglich des dritten Teilaspekts der Benachteiligung dar. Das MoPeG schafft dem Aspekt, dass „Ist-“ im Gegensatz zu „Kann-Kommanditisten“ nur unbeschränkt haften, wenn sie der Geschäftsaufnahme zugestimmt haben, Abhilfe. Nach § 719 Abs. 1 BGB n.F. entstehen auch GbRs im Außenverhältnis künftig erst dann, wenn sie mit Zustimmung aller Gesellschafter – d.h. auch der künftigen Kommanditisten – am Rechtsverkehr teilnehmen.

bb) Interessenabwägung im Verhältnis „Kann-“ zu „Ist-KG“
Nachdem das Verhältnis der „Kann-KG“ zu sonstigen GbRs beleuchtet und Probleme ausgeräumt wurden, kann der Blick nun auf das Verhältnis der „Kann-“ zur „Ist-KG“ gerichtet werden. Die soeben erzielten Ergebnisse geben die Prämissen dieser Betrachtung vor. Das bedeutet insbesondere, dass der maßgebliche Zeitpunkt derjenige ist, in dem die „Kann-KG“ ihren Eintragungsantrag gestellt hat.

⁵² A.A. *Thiessen* (Fn. 34), § 176 Rn. 38.

⁵³ Den Aspekt der Abgrenzbarkeit auch selbst als entscheidend ansehend *Dauner-Lieb* (Fn. 8), S. 835 (846).

Zu untersuchen ist ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 721 BGB n.F., ob die Interessen der Gesellschafter eine derart eingegrenzte Haftungsbeschränkung bei einer Abwägung gegen die Interessen der Gläubiger tragen, weil sich die unbeschränkte Haftung als „unangemessen“ erweist. Für eine Unangemessenheit in diesem Sinne sprechen im Wesentlichen zwei Gründe: Zunächst haben die Gesellschafter durch die Stellung des Eintragungsantrags alles getan, was in ihrer Macht steht, um die Eintragung herbeizuführen. Wird den werdenden Kommanditisten ab diesem Zeitpunkt nicht die gleiche Behandlung gewährt wie denen einer „Ist-KG“ und wollen sie die unbeschränkte Haftung vermeiden, bedeutete dies, der Gesellschaft aufzuerlegen, vor der Aufnahme der Geschäfte den Ablauf des Eintragungsverfahrens abzuwarten und sich so von externen Umständen abhängig zu machen. Diese Abhängigkeit ist nicht durch Gläubigerinteressen gerechtfertigt. Gläubiger können sich durch Vorlage der Anmeldung zur Eintragung das nötige Wissen beschaffen, um die Haftungsverhältnisse korrekt einzuschätzen und ihre Interessen dementsprechend ohne gesetzliche Hilfe verwirklichen. Die Sicherheit dessen wird zusätzlich dadurch gesteigert, dass die Einreichung der Anmeldung beim Registergericht in der Praxis regelmäßig durch Notare im Anschluss an die erforderliche öffentliche Beglaubigung (§ 12 Abs. 1 S. 1 HGB)⁵⁴ vorgenommen wird. Dadurch wird ausgeschlossen, dass die vorgelegte Anmeldung dem Registergericht tatsächlich nie zugegangen ist.

Die Haftung von „Kann-Kommanditisten“ nach Stellung des Eintragungsantrags, aber vor Eintragung ins Handelsregister sollte daher der Haftung nach § 176 Abs. 1 HGB n.F. angeglichen werden.

b) Vorzugswürdige Umsetzung („Wie“ der Gleichbehandlung)

Dieser letzte Abschnitt soll die verbleibende Frage klären, wie die Haftungsbeschränkung für „Kann-KGs“ methodisch erreicht werden kann.

Der einfachste Weg bestünde in einer analogen Anwendung des § 176 Abs. 1 HGB n.F. auf „Kann-KGs“, sobald der Eintragungsantrag gestellt ist. Diese Möglichkeit muss jedoch wohl als nicht explizit von der Gesetzesbegründung eröffnet angesehen werden.⁵⁵ Außerdem ist davon auszugehen, dass der gesetzgeberische Wille, obwohl er wie oben herausgearbeitet keine allgemeine Sperrwirkung entfaltet, zumindest diese konkrete Analogie ausschließt.⁵⁶

Stattdessen bietet sich eine Analogie zu den §§ 171, 172 HGB n.F. an.⁵⁷ Zum einen sind es ohnehin diese Normen, die in den praktisch wichtigen Fällen – denen, in denen eine Haftungsbeschränkung des § 176 Abs. 1 HGB n.F. greift –

⁵⁴ Näher *Krafka*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2021, § 12 Rn. 13 ff.

⁵⁵ Obgleich die Frage gestellt werden kann, wie weit die Formulierung „§§ 171 ff. HGB“ verstanden werden darf. Für das Zitat siehe BT-Drs. 19/27635, S. 165.

⁵⁶ Vgl. auch *Bachmann*, NJW 2021, 3073 (3077).

⁵⁷ Dies auch bei einer Analogie zu § 176 Abs. 1 S. 1 HGB als richtigen Bezugspunkt sehend *Clauss/Fleckner*, WM 2003, 1790 (1793).

zur Anwendung kommen. Zum anderen nennt die Gesetzesbegründung diesen Weg ausdrücklich.

Die analoge Anwendung der Vorschriften muss sodann als in mehrfacher Hinsicht begrenzt behandelt werden: Um eine ungerechtfertigte Bevorteilung der „Kann-KG“ gegenüber sonstigen GbRs zu vermeiden, darf die Analogie nur zur Anwendung kommen, wenn der Eintragungsantrag der „Kann-KG“ bereits gestellt und die fragliche Verbindlichkeit nicht deliktischer Natur ist. Aus dem Verhältnis der „Kann-“ zur „Ist-KG“ folgt dagegen, dass die Voraussetzungen des § 176 Abs. 1 HGB n.F., die entgegen der grundsätzlich unbeschränkten Haftung gerade ihre Beschränkung auslösen, abgebildet sein müssen. Andernfalls würde aus einer Benachteiligung der „Kann-KG“ eine Bevorteilung. Die Analogie zu den §§ 171, 172 HGB greift demnach nur, wenn der werdende Kommanditist als persönlich haftender Gesellschafter in Anspruch genommen werden soll, obwohl der Gläubiger positive Kenntnis von seiner geplanten Kommanditistenstellung hatte. Das Zustimmungserfordernis des § 176 Abs. 1 HGB n.F. kann dagegen aufgrund § 719 Abs. 1 BGB n.F. unbeachtet bleiben.

Dem naheliegenden Einwand, darin läge eine Umgehung der gesperrten Analogie zu § 176 Abs. 1 HGB n.F., sei abschließend noch einmal das bereits oben angebrachte Argument entgegengehalten, dass die ausdrückliche Nennung einer Analogie zu den §§ 171 ff. HGB in der Gesetzesbegründung eindeutig für deren Zulässigkeit spricht.

IV. Schlussbetrachtung

Der Beitrag hat gezeigt, dass § 176 Abs. 1 HGB einen durch die Fachliteratur lebhaft diskutierten Funktionswandel erlebt hat. Die Norm benachteiligt inzwischen – entgegen ihrem historischen Zweck – „Kann-“ gegenüber „Ist-KGs“. Das MoPeG bringt insofern keine Änderungen mit sich, da § 176 Abs. 1 HGB n.F. inhaltlich mit der alten Fassung übereinstimmt.

Es ist grundsätzlich denkbar, daraus eine allgemeine Sperrwirkung für die Gleichbehandlung der „Kann-KG“ abzuleiten. Indes hat sich gezeigt, dass die besseren Argumente dagegensprechen. Die Gesetzesbegründung zum neuen § 721 BGB eröffnet stattdessen die Möglichkeit, ein Haftungsbeschränkungssystem zu entwerfen, das für besagte Gleichbehandlung sorgt.

In diesem System ist zunächst sicherzustellen, dass sonstige GbRs nicht ungerechtfertigt benachteiligt werden. Dazu muss erstens der Normzweck des § 176 Abs. 1 HGB zukünftig so verstanden werden, dass deliktische Verbindlichkeiten in seinen Anwendungsbereich fallen. Sodann ist es zweitens gerechtfertigt, die „Kann-KG“ bezüglich der Haftungsbeschränkung durch Individualpublizität gegenüber sonstigen GbRs zu bevorzugen. Voraussetzung dafür ist, dass ihr Eintragungsantrag bereits gestellt ist. Der Ungleichbehandlung bezüglich der i.R.d. § 176 Abs. 1 HGB n.F. erforderlichen Zustimmung des Kommanditisten hilft das MoPeG ab.

Nachdem in einem letzten Schritt gezeigt werden konnte, dass die von der Gesetzesbegründung verlangte „Unangemessenheit“ der unbeschränkten Haftung in der behandelten Konstellation vorliegt, war nur noch sicherzustellen, dass die Gleichbehandlung nicht in eine Bevorteilung der „Kann-KG“

umschlägt. Dazu ist die vorzugswürdige Analogie zu §§ 171, 172 HGB wie beschrieben zu begrenzen.