

Nachschlagewerk: ja
Antliche Sammlung: ja

215 100

HGB §§ 171, 172

- a) Ein Konkursverwalter, der gemäß § 171 Abs. 2 HGB einen ausgeschiedenen Kommanditisten in Anspruch nimmt, verstößt gegen Treu und Glauben, wenn die Forderungen, für die der Kommanditist haften würde, aus der Konkursmasse voll befriedigt werden können.
- b) Leistet der ausgeschiedene Kommanditist, dem die Einlage zurückgewährt worden ist, Barzahlungen an die Gesellschaftskasse oder liefert er an die Gesellschaft Waren, ohne eine Gegenleistung dafür zu erhalten, so wird er in Höhe dieser Leistungen von seiner Haftung gegenüber den Altgläubigern frei. Sachlieferungen sind dabei mit ihrem wahren Wert anzusetzen.

HGB § 172

- a) Die Umwandlung der Einlage oder des Auseinandersetzungsguthabens in ein Darlehen ist nicht als Rückgewähr im Sinne von § 172 Abs. 4 Satz 1 anzusehen.
- b) Die Zahlung von Zinsen auf eine so begründete Darlehensforderung steht einer Gewinnausschüttung gleich. Sie ist daher als eine Rückgewähr der Einlage anzusehen, wenn die Zinsen nicht aus den erzielten Gewinnen gezahlt werden können.

HGB §§ 128, 171, 172; BGB § 426

Befriedigt ein ausgeschiedener Kommanditist einen Altgläubiger, so geht dessen Forderung gegen die Gesellschaft auf ihn über.

KO § 68

§ 68 schließt als Schutzvorschrift zugunsten des ursprünglichen Gläubigers eine Anmeldung der auf den ausgeschiedenen Kommanditisten übergegangenen Forderung im Konkurs der Gesellschaft nur aus, solange die Altgläubiger nicht befriedigt sind.

BGH, Urt. v. 9. Mai 1963 - II ZR 124/61

OLG Frankfurt (Main)
LG Wiesbaden

Verkündet

am 9. Mai 1963

Schorm, Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hans M [REDACTED], D [REDACTED], M [REDACTED]-
platz [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

den Rechtsanwalt Dr. Georg S [REDACTED] als Konkursver-
walter über das Vermögen der Strumpffabrik W [REDACTED] & Co.
KG., W [REDACTED]-B [REDACTED], B [REDACTED] Str. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 9. Mai 1963 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Nörr,
Dr. Reinicke, Dr. Bukow und Dr. Schulze
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Frankfurt (Main) vom 21. April 1961 aufgehoben
und die Sache zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen, das dabei auch über die Kosten der Revision
zu befinden hat.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war Kommanditist der Firma W [REDACTED] & Co. mit einer Einlage von 150.000 DM. Diese Einlage will er voll eingezahlt haben.

Mit Wirkung vom 31. Dezember 1956 schied er aus der Gesellschaft aus. Am 7. Februar 1958 wurde sein Ausscheiden im Handelsregister eingetragen und anschließend öffentlich bekannt gemacht.

Im Jahre 1957 zahlte die Gesellschaft an den Beklagten auf seine Einlage einen Betrag von 50.000 DM zurück. Der Rest von 100.000 DM wurde in ein Darlehen umgewandelt, das die Gesellschaft mit 17 % zu verzinsen hatte. In der Folgezeit zahlte sie an den Beklagten als Zinsen einen Betrag von 21.742,15 DM.

Am 3. April 1958 wurde über das Vermögen der Kommanditgesellschaft das Vergleichsverfahren und am 10. November 1958 das Anschlußkonkursverfahren eröffnet.

Der Kläger verlangt als Konkursverwalter gemäß §§ 171, 172 HGB zur Befriedigung derjenigen Gläubiger, denen der Beklagte noch hafte, die Zahlung von 46.763,35 DM. Anspruchsberechtigte Altgläubiger seien u. a. das Finanzamt Wiesbaden mit einer Steuerforderung in Höhe von 12.763,35 DM und die Mittelrheinische Kreditbank mit einer Forderung von 34.000 DM; diese Forderung sei dadurch entstanden, daß die Bank als Bürgin der Hauptzollämter Wiesbaden und Mainz deren Forderungen gegen die Gesellschaft befriedigt habe.

Der Beklagte meint, aus verschiedenen Gründen für die beiden Forderungen nicht zu haften oder wenigstens durch Aufrechnung mit Gegenforderungen freigeworden zu sein. Er behauptet außerdem, von Januar 1957 bis Februar



1958 wieder Leistungen im Gesamtbetrag von 40.462,83 DM auf die Einlage erbracht zu haben, und zwar 24.543,75 DM durch Warenlieferungen, Wechselkredite sowie Barzahlungen und 15.919,08 DM durch Befriedigung der Gesellschaftsgläubigerin Firma N [REDACTED]. Vorsorglich hat er auch mit seinen insoweit entstandenen Gegenforderungen aufgerechnet.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

I. Gegen die Aktivlegitimation des Klägers bestehen keine Bedenken.

Im vorliegenden Fall ist - wie noch dargetan werden wird - für das Revisionsverfahren davon auszugehen, daß die von dem Kläger bezeichneten Forderungen der beiden Altgläubiger gegen die Gesellschaft durch ihre persönlichen Haftungsansprüche gegen den Beklagten nicht voll gedeckt werden. In einem Fall dieser Art muß die Legitimation des Klägers als Konkursverwalter zur Geltendmachung dieser persönlichen Haftungsansprüche der Altgläubiger gemäß § 171 Abs. 2 HGB bejaht werden. Denn es greift in einem solchen Fall der gesetzgeberische Grundgedanke des § 171 Abs. 2 HGB ein, durch die Legitimationsbefugnis des Konkursverwalters die gleichmäßige Befriedigung der berechtigten Gläubiger sicherzustellen (vgl. dazu BGHZ 27, 51). Es ist daher hier - im Unterschied zu der Entscheidung BGH LM Nr. 1 zu § 171 HGB - nicht möglich, die durch § 171 Abs. 2 HGB begründete Befugnis des Konkursverwal-

ters zur Geltendmachung der persönlichen Haftungsansprüche der Altgläubiger zu verneinen.

II. Das Berufungsgericht ist der Behauptung des Beklagten, die vom Kläger bezeichneten Altgläubiger seien die einzigen Altgläubiger und sie könnten als bevorrechtigte Konkursgläubiger aus der Konkursmasse voll befriedigt werden, nicht weiter nachgegangen. Es ist der Meinung, daß es auf diese Behauptung nicht ankomme, da mit ihr der Fortfall der persönlichen Haftung des Beklagten gegenüber den Altgläubigern nicht dargetan werden könne.

1. Soweit die Revision demgegenüber darlegt, eine Haftung des Beklagten komme von vornherein nur in Betracht, soweit eine Befriedigung der Altgläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen nicht möglich sei, kann ihr nicht gefolgt werden.

Der ausgeschiedene Kommanditist haftet den Altgläubigern neben der Gesellschaft unmittelbar und persönlich, soweit ihm seine Einlage zurückgewährt worden ist. Dem Altgläubiger steht es frei, ob er sich zum Zweck seiner Befriedigung an die Gesellschaft oder an den ausgeschiedenen Kommanditisten halten will. Der ausgeschiedene Kommanditist kann nicht einwenden, der Altgläubiger möge zunächst Befriedigung bei der Gesellschaft suchen. Denn die Haftung des Kommanditisten für die Gesellschaftsverbindlichkeiten ist nicht wie die Haftung des Bürgen eine subsidiäre, ihm stehen nicht die Einreden der Vorausklage (§§ 771/72 BGB) zu. Die Rechtslage ist insoweit dieselbe wie bei der persönlichen Haftung eines der Gesellschaft angehörenden Kommanditisten, der seine Hafteinlage noch nicht erbracht oder der seine Einlage zurückerhalten hat, oder bei der Haftung eines persönlich haftenden Gesellschafters. So wie bei diesen Gesellschaftern ihre persönliche Haftung neben

der Verbindlichkeit der Gesellschaft steht, verhält es sich mit der persönlichen Haftung des ausgeschiedenen Kommanditisten, der seine Einlage zurückerhalten hat. Die Stellung des Gläubigers, dem ein Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeit persönlich haftet, wird durch das Ausscheiden dieses Gesellschafters nicht verschlechtert; die Möglichkeit der persönlichen Inanspruchnahme dieses Gesellschafters muß ihm daher im gleichen Umfang wie bisher erhalten bleiben.

2. Die Revision erhebt in diesem Zusammenhang noch einen weiteren Einwand, der Beachtung verdient. Die Revision erblickt unter Berücksichtigung der angeführten Behauptung des Beklagten in einer Inanspruchnahme des Beklagten durch den Kläger einen Verstoß gegen Treu und Glauben. Denn bei einer Befriedigung der Altgläubiger durch den Beklagten würden deren Forderungen gegen die Gesellschaft gemäß §§ 426 Abs. 2, 412, 401 BGB mit dem Konkursvorrecht auf den Beklagten übergehen. Das habe zur Folge, daß der Beklagte nunmehr bevorrechtigte Befriedigung aus der Konkursmasse verlangen könnte.

a) Der Revision ist bei diesem Einwand zunächst darin zuzustimmen, daß die beiden Forderungen der Altgläubiger im Sinne von § 61 Nr. 2 KO bevorrechtigt sind. Das ist für die Steuerforderung des Finanzamts offensichtlich, gilt aber auch für die Forderung der Mittelrheinischen Kreditbank, die als Bürgin die bevorrechtigte Forderung des Hauptzollamts gegen die jetzige Gemeinschuldnerin befriedigt hat. Denn das Konkursvorrecht, das dem Hauptzollamt im Konkurs zugestanden hätte, ist gemäß §§ 774 Abs. 1 Satz 1, 412, 401 Abs. 2 BGB auf die Bank übergegangen. Der Öffentlichrechtliche Charakter der Zollforderung steht dem nicht entgegen (RGZ 135, 25).

b) Des weiteren läßt sich auch dagegen nichts einwenden, daß die bevorrechtigten Forderungen der Altgläubiger nach § 426 Abs. 2 BGB auf den Beklagten übergehen würden, falls die Gläubiger durch ihn befriedigt werden würden.

Eine Anwendung des § 426 Abs. 2 BGB kommt allerdings nicht in Betracht, sofern ein der Gesellschaft angehörender Gesellschafter einen Gesellschaftsgläubiger befriedigt (vgl. Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft § 21 II, 7). Hier ist im Verhältnis des zahlenden Gesellschafters zu seiner Gesellschaft ein Gesamtschuldverhältnis nicht gegeben, so daß schon deshalb für eine unmittelbare Anwendung des § 426 Abs. 2 BGB kein Raum ist. Aber auch für eine entsprechende Anwendung dieser Bestimmung besteht hier kein hinreichender Anlaß, weil für den Rückgriff des zahlenden Gesellschafters auf die Gesellschaft gesellschaftsrechtliche Grundsätze Anwendung finden und hierfür die Vorschrift des § 110 HGB maßgeblich ist (vgl. BGHZ 37, 299).

Anders liegen die Dinge, wenn ein ausgeschiedener Gesellschafter auf Grund seiner weiterbestehenden persönlichen Haftung einen Altgläubiger befriedigt. Das folgt freilich nicht, wie Flechtheim bei Düringer/Hachenburg § 128 An. 16 und Schlegelberger/Geßler § 128 Anm. 32 meinen, aus der Annahme, zwischen der Verbindlichkeit der Gesellschaft und der Verbindlichkeit des ausgeschiedenen Gesellschafters bestehe ein Gesamtschuldverhältnis. Denn diese Annahme beruht auf einer rein begrifflichen Erwägung, die von der Rechtsnatur der Personalhandels-gesellschaft als einer Gesamthandsgemeinschaft ausgeht und das Vorliegen eines Gesamtschuldverhältnisses nur deshalb bejaht, weil der ausgeschiedene Gesellschafter dem Gesamthandsverhältnis nicht mehr angehört und deshalb neben der Gesamthandsgemeinschaft selbständig haftet. Diese kon-

struktive Deduktion überzeugt, wie der Senat bereits hervorgehoben hat, nicht (vgl. BGHZ 36, 226); sie verleiht der Auffassung von der Rechtsnatur der Personalhandels-gesellschaft einen bedenklichen Eigenwert, der hier, wie auch in anderen Fällen, keine ausreichende Rechtfertigung zur Ableitung selbständiger Rechtssätze hergibt (vgl. dazu bereits BGHZ 23, 305).

Die Anwendung der Vorschriften der §§ 422 ff BGB auf die Verbindlichkeit der Gesellschaft und des ausgeschiedenen Gesellschafters kann nur unter Berücksichtigung der jeweils maßgeblichen Interessen der Beteiligten im Einzelfall begründet werden (BGHZ 36, 226/27). Bei einer solchen Beurteilung zeigt sich zunächst einmal, daß der Erstattungsanspruch, der dem ausgeschiedenen Gesellschafter bei Befriedigung eines Altgläubigers gegen die Gesellschaft zusteht, nicht aus § 110 HGB hergeleitet werden kann. Denn die Anwendung dieser Vorschrift setzt voraus, daß die Aufwendung von einem der Gesellschaft noch angehörenden Gesellschafter erbracht wird. Auch würde die Anwendung des § 110 HGB der hier gegebenen Interessenlage nicht gerecht, weil für den Erstattungsanspruch nach § 110 HGB gesellschaftsrechtliche Gesichtspunkte maßgeblich sind, die zu einer Einschränkung dieses Anspruchs nach Maßgabe der für das Gesellschaftsverhältnis geltenden Vorschriften führen können (vgl. BGHZ 37, 301/02). Das aber paßt nicht für den Erstattungsanspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters, der - jedenfalls insoweit - irgendwelchen gesellschaftlichen Bindungen nicht mehr unterliegt. Unter diesem Gesichtspunkt ist es gerechtfertigt, dem ausgeschiedenen Gesellschafter, der einen Altgläubiger befriedigt, wie einem zahlenden Gesamtschuldner das Recht aus § 426 Abs. 2 BGB zuzubilligen. Die praktische Bedeutung dieses Rechts liegt im wesentlichen darin, daß der zahlende Gesamtschuldner bei seinem Rückgriff

auch auf die Sicherheiten und Vorrechte greifen kann, die zugunsten der Forderung des Gläubigers bestanden haben (vgl. BGB-RGRK § 426 Anm. 16). Bei einer Abwägung der Interessen des ausgeschiedenen Gesellschafters einerseits und der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter andererseits kann die Zubilligung dieses Rechts nicht zweifelhaft sein. Da der ausgeschiedene Gesellschafter in vollem Umfang Erstattung der von ihm erbrachten Zahlung verlangen kann und dabei keinen gesellschaftlichen Bindungen mehr unterworfen ist, ist insoweit seine Rechtsposition noch eine schutzwürdigere, als sie im Regelfall einem zahlenden Gesamtschuldner zukommt. An dieser Beurteilung kann sich auch nichts ändern, wenn man hierbei des weiteren die Interessen der neuen Gesellschaftsgläubiger, denen der ausgeschiedene Gesellschafter nicht mehr haftet, in dem gebotenen Maß berücksichtigt. Denn sie können hier nicht besser gestellt werden wie bei einem gewöhnlichen Gesamtschuldverhältnis. Namentlich haben sie im Verhältnis zu dem ausgeschiedenen Gesellschafter, der den Altgläubiger befriedigt hat, keinen Anspruch auf bevorzugte Befriedigung (BGHZ 27, 58/59); der ausgeschiedene Gesellschafter steht mit seinem Erstattungsanspruch gegen die Gesellschaft gleichberechtigt neben den Neugläubigern. Das zeigt, daß auch unter Berücksichtigung der Interessen der neuen Gläubiger hier eine Anwendung des § 426 Abs. 2 BGB gerechtfertigt ist, weil die Interessenlage in dieser Hinsicht mit den Verhältnissen bei einem gewöhnlichen Gesamtschuldverhältnis übereinstimmt.

c) Eine Anwendung der vorstehenden Rechtsgrundsätze auf den hier gegebenen Fall führt zu dem Ergebnis, daß das Zahlungsbegehren des Klägers - immer die Richtigkeit der insoweit maßgeblichen Behauptung des Beklagten unterstellt - als ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu betrachten ist.

Würde nämlich der Beklagte die von ihm verlangte Zahlung an den Kläger leisten, dann müßte dieser den gezahlten Betrag zur ausschließlichen Befriedigung der beiden Altgläubiger verwenden (BGH LM Nr. 1 zu § 171 HGB). Würden dabei die beiden Altgläubiger in voller Höhe befriedigt werden, dann würden die Forderungen dieser Gläubiger gegen die Gemeinschuldnerin mit dem Konkursvorrecht auf den Beklagten übergehen (§§ 426 Abs. 2, 412, 401 Abs. 2 BGB). Das hätte zur Folge, daß der Beklagte nunmehr diese bevorrechtigten Forderungen im Konkurs anmelden und bevorzugte Befriedigung aus der Konkursmasse verlangen könnte. Einem solchen Vorgehen würde die Vorschrift des § 68 KO nicht entgegenstehen, weil sie als eine ausgesprochene Schutzvorschrift zugunsten des ursprünglichen Gläubigers eine Anmeldung der auf den ausgeschiedenen Kommanditisten übergegangenen Forderung im Konkurs nur ausschließt, solange der ursprüngliche Gläubiger nicht voll befriedigt ist.

Geht man von der Behauptung des Beklagten aus, die bevorrechtigten Forderungen der beiden Altgläubiger seien aus der Konkursmasse voll zu befriedigen, so würde eine Zahlung des Beklagten an den Kläger im Sinne des Klagebegehrens die Folge haben, daß der Kläger nach Befriedigung der Altgläubiger einen gleich hohen Betrag an den Beklagten zur Erfüllung der auf ihn übergegangenen bevorrechtigten Konkursforderungen zurückzahlen müßte. Der Kläger verlangt also - die Behauptung des Beklagten immer als richtig unterstellt - mit der Klage Zahlung eines Betrages, den er dann unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt an den Beklagten wieder zurückzahlen müßte. Ein solches Zahlungsbegehren stellt sich nach allgemeiner Auffassung als unzulässige Rechtsausübung dar.

An dieser Beurteilung ändert sich im Ergebnis auch nichts, wenn - und das ist in diesem Zusammenhang als mög-

13

lich zu unterstellen - die beiden Altgläubiger durch die Inanspruchnahme des Beklagten nicht in voller Höhe befriedigt werden können. In diesem Fall könnte der Beklagte die auf ihn übergegangenen Forderungen der Altgläubiger mit Rücksicht auf § 68 KO zunächst nicht im Konkurs der Gemeinschuldnerin anmelden (BGH 27, 58). Das wird aber in dem Augenblick anders, in dem die Altgläubiger als bevorrechtigte Konkursgläubiger ihre restliche Befriedigung aus der Konkursmasse erhalten. Denn von nun an steht einer Teilnahme des Beklagten an dem Konkurs mit der auf ihn übergegangenen Forderung nichts mehr im Wege. § 68 KO findet nun keine Anwendung mehr, weil diese Vorschrift lediglich eine Schutzvorschrift zugunsten der ursprünglichen Gläubiger ist und weil diese Gläubiger nach ihrer endgültigen Befriedigung eines solchen Schutzes nicht mehr bedürfen (ebenso Mentzel/Kuhn § 68 Anm. 7, 1).

Aus alldem wird deutlich, daß der Kläger mit seiner Klage nicht durchdringen kann, wenn die Behauptung des Beklagten, die beiden vom Kläger genannten Altgläubiger seien die einzigen Altgläubiger und sie müßten und könnten als bevorrechtigte Konkursgläubiger aus der Konkursmasse voll befriedigt werden, richtig sein sollte. Das Berufungs-urteil muß daher aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit die noch fehlenden Feststellungen über die Richtigkeit dieser Behauptung getroffen werden können.

III. Auch in seinen weiteren Ausführungen kann dem Berufungsgericht aus Rechtsgründen teilweise nicht gefolgt werden.

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die vom Beklagten behaupteten Leistungen von insgesamt 40.462,83 DM

könnten nicht als auf die Einlage erbracht angesehen und deshalb nicht von dem auf die Einlage zurückgewährten Betrag abgezogen werden. Nur diejenigen Leistungen wirkten haftungsbefreiend, die in Erfüllung der Einlagepflicht erbracht seien. Demgemäß trete bei Sachleistungen an die Gesellschaft oder bei der Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern die Befreiung nur ein, wenn die Gesellschaft diese Leistungen an Erfüllungs Statt annehme. Daß dies geschehen sei, habe aber der Beklagte selbst nicht behauptet.

Diese Ausführungen sind aus Rechtsgründen nicht haltbar.

a) Für das Revisionsverfahren ist zu unterstellen, daß der Beklagte der Firma N. [REDACTED] gemäß §§ 172 Abs. 4, 171 Abs. 1 HGB haftet und daß er diese Gläubigerin noch vor der Konkurseröffnung in Höhe von 15.919,08 DM befriedigt hat.

Das aber bedeutet, daß er in dieser Höhe von seiner Haftung wieder frei geworden ist. Solange nicht das Recht, die Haftungsansprüche der Altgläubiger geltend zu machen, auf den Konkursverwalter übergegangen ist, steht es im Belieben des Kommanditisten, welchen Altgläubiger er befriedigt. Vor der Konkurseröffnung kann der Kommanditist ohne Einschränkung wählen, welchen der Altgläubiger er befriedigen will (vgl. Weipert HGB § 171 Anm. 20; Schlegelberger/Geßler § 171 Anm. 27, 28). Die Gesellschaft hat, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, dabei kein Mitspracherecht. Denn ihr gegenüber ist der ausgeschiedene Kommanditist nicht mehr gebunden, namentlich hat sie keinerlei Anspruch darauf, daß der Ausgeschiedene die Altgläubiger in Höhe der ihm zurückgewährten Einlage befriedigt.

Das Berufungsgericht muß danach gegebenenfalls auch der Behauptung des Beklagten, er habe die Firma N [REDACTED] in Höhe von 15.919,08 DM befriedigt, nachgehen.

b) Des weiteren muß für das Revisionsverfahren von der Behauptung des Beklagten ausgegangen werden, er habe der Gesellschaft einen Betrag von 24.543,75 DM durch Warenlieferungen, Wechselkredite und Barzahlungen noch vor der Konkurseröffnung ohne Gegenleistung zugewandt.

Auch diese Behauptung des Beklagten ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts für die Entscheidung über das Klagebegehren von Bedeutung.

Der Kommanditist, dem bei seinem Ausscheiden seine Einlage zurückgewährt wird, haftet den sog. Altgläubigern in Höhe seiner zurückgewährten Einlage deshalb persönlich, weil den Altgläubigern durch das Ausscheiden des Kommanditisten ihr Haftungsobjekt, nämlich das Gesellschaftsvermögen, nicht gegen ihren Willen verkürzt werden darf. Die Rechtsposition der Altgläubiger, die mit Rücksicht auf die Einlage des Kommanditisten der Gesellschaft Kredit gewährt haben mögen, soll also durch das Ausscheiden des Kommanditisten nicht geschmälert werden. Es kann daher eine Haftung des ausgeschiedenen Kommanditisten auch nur anerkannt werden, soweit und solange eine solche Schmälerung der Rechtsposition der Altgläubiger eingetreten ist. Wird eine solche eingetretene Schmälerung durch Leistungen des ausgeschiedenen Kommanditisten an die Gesellschaft wieder beseitigt, dann muß nach dem gesetzgeberischen Grundgedanken dieser Haftung der ausgeschiedene Kommanditist von seiner Haftung wieder frei werden. Dabei kann es grundsätzlich keinen Unterschied ausmachen, auf welche Weise der ausgeschiedene Kommanditist das Gesellschaftsvermögen in Höhe der ihm zurückgewährten Einlage wieder auffüllt. Für den Fortfall der Haftung ist es nament-

lich ohne Belang, ob der ausgeschiedene Kommanditist Barzahlungen an die Gesellschaftskasse leistet oder Sachlieferungen entrichtet. Der für die Kapitalgesellschaften geltende Grundsatz, daß Bareinlageverpflichtungen einzelner Gesellschafter nicht nachträglich durch Sachlieferungen erfüllt werden können, gilt im Rahmen der Kommanditgesellschaft nicht; er kann daher auch in diesem Zusammenhang nicht zur Anwendung gebracht werden. Andererseits ist zu beachten, daß der ausgeschiedene Kommanditist bei Sachlieferungen an die Gesellschaft von seiner Haftung wegen Rückgewähr der Einlage nur in Höhe des wahren Wertes seiner Sachlieferungen frei werden kann. Das verlangt ein richtig verstandener Gläubigerschutz. Es gelten in dieser Hinsicht die in der Rechtsprechung und im Schrifttum ausgebildeten Grundsätze über die Bewertung der Sacheinlagen eines Kommanditisten im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern (vgl. dazu RGZ 150, 165; Weipert § 171 Anm. 13; Schlegelberger/Geßler § 171 Anm. 13 m.jew.w.Nachw.). Dabei ist zum Schutz der Altgläubiger bei Sachlieferungen des ausgeschiedenen Kommanditisten unmittelbar vor Konkursöffnung auch zu berücksichtigen, daß Sachlieferungen bei der Verwertung der Konkursmasse unter Umständen einen geringeren Erlös erbringen; in einem Fall dieser Art ist der wahre Wert mit dem Versilberungswert in Ansatz zu bringen.

Der von der Revisionsbeantwortung in diesem Zusammenhang erhobene Einwand, die Altgläubiger würden bei Anwendung der vorstehenden Grundsätze in unzulässiger Weise benachteiligt, ist unbegründet. Dabei ist der Revisionsbeantwortung durchaus zuzugeben, daß bei Rückzahlungen des ausgeschiedenen Kommanditisten, die ihn von seiner Haftung gegenüber den Altgläubigern freistellen, diese ihr Befriedigungsprivileg im Verhältnis zu den Neugläubigern verlieren. Denn bei solchen Rückzahlungen können

auch die Neugläubiger Zugriff auf die an das Gesellschaftsvermögen geleisteten Geld- und Sachwerte nehmen, während bis dahin der ausgeschiedene Kommanditist nur den Altgläubigern in Höhe der an ihn zurückgewährten Einlage persönlich haftete. Auf die Aufrechterhaltung dieses Befriedigungsprivilegs haben die Altgläubiger im Verhältnis zu dem ausgeschiedenen Kommanditisten jedoch keinen schutzwerten Anspruch. Denn dieses Privileg besteht ausschließlich zum Schutz des ausgeschiedenen Kommanditisten; es soll seine Haftung beschränken und ihn vor einer insoweit ungerechtfertigten Inanspruchnahme seitens der Neugläubiger schützen. Das Befriedigungsprivileg kann daher nicht die Grundlage für die Annahme bieten, daß eine Freistellung des ausgeschiedenen Kommanditisten von seiner Haftung nicht durch Rückleistungen an die Gesellschaft herbeigeführt werden könne.

Nach alledem sind die Behauptungen des Beklagten darüber, daß er noch vor der Konkurseröffnung an die Gesellschaft einen Betrag von 24.543,75 DM durch Warenlieferungen, Wechselkredite und Barzahlungen geleistet habe, für die Entscheidung des Rechtsstreits ebenfalls von Bedeutung, sofern nach den Feststellungen in dem erneuten Berufungsverfahren der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung aus tatsächlichen Gründen nicht durchgreifen sollte. Es muß daher auch aus diesem Grunde das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

IV. Zu den weiteren Ausführungen des Berufungsurteils ist noch folgendes zu sagen:

1. Das Berufungsgericht ist der Meinung, in der Umwandlung des restlichen Auseinandersetzungsguthabens von 100.000 DM in ein Darlehen sei zwar eine Rückgewähr der Einlage nicht zu erblicken, wohl aber in der Zahlung von

21.742,15 DM Zinsen; denn durch diese Zahlung sei die Deckungsmasse für die Altgläubiger zugunsten des Beklagten verringert worden. Diesen Ausführungen kann nur mit gewissen Einschränkungen gefolgt werden.

a) Der Senat schließt sich der herrschenden Lehre an (vgl. Weipert § 172 Anm. 29, 31; Schlegelberger/Geßler § 172 Anm. 19; Düringer/Hachenburg § 172 Anm. 10), wonach die Umwandlung der Einlage oder des Auseinandersetzungs-guthabens in ein Darlehen nicht als Rückgewähr im Sinne von § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB anzusehen ist, solange nicht die Darlehensschuld beglichen ist.

Rückzahlung ist im Sinne von §§ 172 Abs. 4 Satz 1, 171 Abs. 1 HGB nur eine Zuwendung an den Kommanditisten, durch die dem Gesellschaftsvermögen Vermögenswerte ohne eine entsprechende Gegenleistung entzogen werden (vgl. dazu Weipert § 171 Anm. 29); denn nur durch eine solche Zuwendung wird die Fähigkeit der Gesellschaft zur Gläubigerbefriedigung gemindert, und nur einer solchen Minderung soll durch § 172 HGB vorgebeugt werden. Dagegen tritt eine Minderung des den Altgläubigern haftenden Gesellschaftsvermögens nicht ein, wenn die Einlage oder die Abfindungsforderung eines Kommanditisten lediglich in eine Darlehensforderung umgewandelt wird.

b) Nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts läßt sich noch nicht abschließend sagen, ob in der Zahlung von Zinsen an den Beklagten eine Rückgewähr seiner Einlage erblickt werden kann.

Die Zahlung von Zinsen auf eine Kommanditeinlage ist Gewinnausschüttung. Sie stellt eine Rückgewähr der Einlage dar, wenn die Gesellschaft keine Gewinne erzielt hat und die Entnahme den Kapitalanteil eines Kommanditisten unter den Betrag der Einlage herabmindert (vgl.

dazu Weipert § 172 Anm. 1, 36; Schlegelberger/Geßler § 172 Anm. 21).

Das gilt ebenfalls für den ausgeschiedenen Kommanditisten und des weiteren auch dann, wenn die Abfindungsforderung des ausgeschiedenen Kommanditisten in ein Darlehen umgewandelt worden ist. Denn ist die Umwandlung selbst nicht als Rückgewähr anzusehen, sondern ist der Kommanditist im Verhältnis zu den Altgläubigern so zu behandeln, wie wenn er noch ein Auseinandersetzungsguthaben hätte, dann ist auch hinsichtlich einer Zinszahlung eine Sonderbehandlung nicht möglich.

Die Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben nicht, ob - wie der Kläger behauptet hat - die Gesellschaft nach dem Ausscheiden des Beklagten keine Gewinne mehr erzielt hat. Eine dahingehende Feststellung ist aber nach den vorstehenden Ausführungen noch notwendig, um in der Zahlung von Zinsen in Höhe von 21.742,15 DM eine Rückgewähr der Einlage an den Beklagten zu erblicken.

c) Die gleichen Grundsätze, die für die gezahlten Zinsen gelten, sind auch auf den Aufrechnungseinwand des Beklagten hinsichtlich der von ihm in Anspruch genommenen, noch nicht ausgezahlten Zinsen in Höhe von 26.208,22 DM anzuwenden. Demzufolge ist auch hier eine abschließende Stellungnahme erst möglich, wenn eine Feststellung darüber getroffen ist, ob in der Gesellschaft nach dem Ausscheiden des Beklagten noch Gewinne erzielt worden sind.

2. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß zwar der Kläger aus der Urteilssumme alle Altgläubiger gleichmäßig befriedigen muß, daß er aber gleichwohl berechtigt ist, sich zur Begründung seiner Klage lediglich auf die Forderungen des Finanzamts Wiesbaden von 12.763,15 DM und der Mittelrheinischen Kreditbank von 34.000 DM zu berufen.

Dagegen wendet sich die Revision nicht.

Sie erhebt auch keine Angriffe gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß beide Forderungen bestehen.

Dagegen verneint sie die Haftung des Beklagten für diese beiden Forderungen.

Insoweit gilt folgendes:

a) Bezüglich der Forderung des Finanzamts hat das Berufungsgericht ausgeführt, der Beklagte könne ihr gegenüber mit seinen angeblichen Schadensersatzansprüchen aus der dem Finanzamt und dem Kläger vorgeworfenen Verschleuderung gepfändeter Maschinen nicht aufrechnen. Gegenüber dem Finanzamt habe er keine Aufrechnungserklärung abgegeben. Soweit sich aber die Aufrechnung gegen den Kläger richte, fehle es an der Gegenseitigkeit der Forderungen.

Die Revision meint, es bestehe wegen der Verschleuderung der Maschinen ein Ersatzanspruch der Gesellschaft gegenüber dem Finanzamt, damit aber auch zumindest ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten nach § 129 HGB. Mit Rücksicht darauf hätte das Berufungsgericht die für die Verschleuderung der Maschinen angetretenen Beweise erheben müssen.

Diese Rüge ist unbegründet. Sie setzt, wie die Ausführungen der Revision selbst ergeben, voraus, daß der Gesellschaft wegen der behaupteten Vorgänge eine Schadensersatzforderung gegen das Finanzamt zusteht. Einen solchen Schadensersatzanspruch hat der Beklagte in den Vorinstanzen selbst nicht behauptet. Auch läßt sich aus seinem tatsächlichen Vorbringen ein solcher Anspruch nicht herleiten. Das Berufungsgericht hatte daher keine Veranlassung, den Vortrag des Beklagten mit Rücksicht auf § 129 Abs. 3 HGB

einer sachlichen Prüfung zu unterziehen. Demgemäß brauchte es auch über die Verschleuderung der Maschinen keinen Beweis zu erheben.

b) Gegenüber dem Einwand des Beklagten, die Mittelrheinische Kreditbank habe von seinem Ausscheiden aus der Kommanditgesellschaft schon bei der Bürgschaftsübernahme gewußt, hat das Berufungsgericht ausgeführt, die Bank sei gemäß § 774 Abs. 1 BGB in die volle Rechtsstellung des Hauptzollamts eingetreten; ihm aber sei bei der Entstehung der Zollforderung das Ausscheiden des Beklagten noch nicht bekannt gewesen, und auch im Handelsregister sei es erst später eingetragen worden.

Mit diesen Ausführungen wird das Berufungsgericht dem Vortrag des Beklagten nicht gerecht. Der Beklagte hält, wie die Revision klargestellt hat, seine Inanspruchnahme wegen der Forderung der Mittelrheinischen Kreditbank nicht schon deshalb für unbegründet, weil die Bank bei Übernahme der Bürgschaft das Ausscheiden des Beklagten aus der Gesellschaft gekannt habe, sondern deshalb, weil die Bank in Kenntnis vom Ausscheiden des Beklagten die Entstehung der Zollforderung durch die Übernahme der Bürgschaft erst ermöglicht habe. Der Beklagte will mit diesem Einwand behaupten, das Zollamt habe die eingeführten Waren ohne Zahlung des darauf liegenden Zolls nur mit Rücksicht auf die Bankbürgschaft freigegeben, die Bank ihrerseits aber habe sich zur Übernahme der Bankbürgschaft nur mit Rücksicht auf die weiterbestehende Haftung des Beklagten gegenüber dem Zollamt entschlossen, da ihr diese Haftung bei einer Einlösung der Bürgschaft ebenfalls zugute kommen würde.

Dem Beklagten ist zuzugeben, daß ein solches Vorgehen der Bank einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellen und deshalb arglistig sein kann. Das Berufungsgericht wird daher gegebenenfalls auch diesen Behauptungen

des Beklagten nachgehen müssen.

In den vorstehenden Ausführungen ist unterstellt, daß der Beklagte dem Hauptzollamt gegenüber gehaftet haben würde, weil dem Zollamt bei der Entstehung der Zollforderung das Ausscheiden des Beklagten aus der Gesellschaft nicht bekannt gewesen war. Diese auf § 15 HGB gestützte Annahme ist nach den bisherigen Feststellungen nicht zweifelsfrei. In dieser Hinsicht kommt es nämlich auf die näheren Umstände bei der Entstehung der Zollforderung an, namentlich darauf, ob hier die tatsächlichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines durch § 15 HGB allein geschützten Geschäfts- und Prozeßverkehrs gegeben sind (vgl. dazu Würdinger HGB-RGRK § 15 Anm. 2). Das Berufungsgericht wird daher gegebenenfalls auch noch die erforderlichen Feststellungen zu treffen haben, die in tatsächlicher Hinsicht für eine Anwendung des § 15 HGB geboten sind.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision wird dem Berufungsgericht übertragen.

Dr.Fischer Dr.Nörr Dr.Reinicke Dr.Bukow Dr.Schulze