

15
Nachschlagewerk: ja

BGHZ: _____ ja

HGB §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4

Ein Kommanditist haftet mit seinem Privatvermögen den Gesellschaftsgläubigern bis zur Höhe seiner Einlage auch dann, wenn ihm die Gesellschaft die Einlage mittelbar zurückzahlt, indem sie das Gesellschaftsvermögen zugunsten eines Dritten verkürzt und der Dritte es dafür übernimmt, eine entsprechende Zahlung an den Kommanditisten zu leisten.

BGH, Urt. v. 13. Februar 1967 - II ZR 158/65 - OLG Hamburg
LG Hamburg

25

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 158/65

URTEIL

Verkündet am
13. Februar 1967

Just.Angestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Karl K [REDACTED] als Konkursverwalter
über das Vermögen der Kommanditgesellschaft in Firma
N [REDACTED] Bauland und G [REDACTED] GmbH & Co.,
H [REDACTED], S [REDACTED], Sp [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Paulsen -,

gegen

1. den Kaufmann Ernst S e [REDACTED], H [REDACTED],
M [REDACTED] str. [REDACTED],
2. den technischen Kaufmann Harald M a [REDACTED], B [REDACTED],
Ac [REDACTED],
3. den Betriebswirt Uwe K u [REDACTED], H [REDACTED],
W [REDACTED] weg [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter zu 1: Rechtsanwalt Dr. Ge [REDACTED] -
- Prozeßbevollmächtigter zu 2: Rechtsanwalt Dr. Kr [REDACTED] -
- Prozeßbevollmächtigter zu 3: Rechtsanwalt Dr. W [REDACTED] -.

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Februar 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Kuhn, Liesecke, Dr. Bukow und Stimpel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das im schriftlichen Verfahren ergangene und den Parteien am 4., 7. und 8. Juni 1965 zugestellte Urteil des 8. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter des Vermögens der am 18. Juni 1963 in Konkurs gefallenen Kommanditgesellschaft N [REDACTED] und G [REDACTED] GmbH & Co. in Hamburg (im Folgenden: N [REDACTED] KG). Der Beklagte zu 1) war der Kommanditist der Gesellschaft, die (ebenfalls im Konkurs befindliche) N [REDACTED] GmbH in Hamburg ihre persönlich haftende Gesellschafterin. Der Beklagte zu 1) war auch - neben seiner Ehefrau - Gesellschafter der N [REDACTED] GmbH. Als Geschäftsführer der GmbH vertrat er die N [REDACTED] KG. Der Beklagte zu 3) ist geschäftsführender Gesellschafter der Elementbau GmbH, Bauträger für Wohn- und Industriebau, in H [REDACTED] Kl [REDACTED]; der Beklagte zu 2) war vom August 1962 bis zum Jahre 1963 dessen Mitgeschäftsführer.



Im September 1962 schlossen die Parteien teils im eigenen Namen, teils im Namen der von ihnen vertretenen Gesellschaften vor dem Notar Unglaube in Hamburg eine Anzahl von Verträgen, deren Abwicklung unter anderem zu dem vorliegenden Rechtsstreit geführt hat.

Am 5. September 1962 verkaufte zunächst die N[REDACTED] KG der Elementbau GmbH ein Grundstück von ca. 9.7763 ha für einen Kaufpreis von 13,50 DM/qm "als Baugelände und zum Erwerb für Dritte", das sie einige Monate zuvor für einen Quadratmeterpreis von 5,- DM erworben hatte. Im Kaufpreis sollte "die Entschädigung für die Baureifmachung, Planung sowie sonstige Verbesserungen am Grundstück" mit abgegolten sein; er war durch Anrechnung der auf dem Grundstück ruhenden Belastungen, im übrigen in bar zu begleichen. Diese Vereinbarung änderten die Vertragspartner am 10. September 1962 insbesondere wie folgt ab:

"1. Der Käufer (Elementbau GmbH) übernimmt in Anrechnung auf den Kaufpreis die ... eingetragene Grundschuld in Höhe von 650.000 DM. Der Verkäufer N[REDACTED] KG erklärt, daß die Grundschuld z.Zt. nur in Höhe von 588.000 DM valutiert. ...

2. Der Verkäufer verpflichtet sich, im Range nach der vorbezeichneten Grundschuld eine Eigentümergrundschuld von 1.415.000 DM ... einzutragen und diese dem Käufer zur Finanzierung des Restkaufpreises zur Verfügung zu stellen, indem sie an ihn oder an einen von ihm zu benennenden Dritten abgetreten wird. Der Restkaufpreis ist mit der Umschreibung im Grundbuch fällig.

Die noch zu bestellende Eigentümergrundschuld in Höhe von 1.415.000 DM, so umgewandelt in eine Fremdgrundschuld, wird dann ebenfalls in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen. ...

4. Die Vertragsparteien sind sich darüber einig, daß die zu bestellende Grundschuld zur Finanzierung des Restkaufpreises eingetragen

wird und der Käufer sie daher nur zu diesem Zwecke verwenden darf. Mit Rücksicht hierauf soll der Grundschuldbrief zu treuen Händen bei dem amtierenden Notar verbleiben und nur auf übereinstimmende Weisung beider Parteien an den zu benennenden Dritten ausgehändigt werden".

Ebenfalls am 5. September 1962 verpflichteten sich der Beklagte zu 1) und dessen Ehefrau, den größten Teil ihrer Geschäftsanteile an der N [REDACTED] GmbH für 19.000 DM an die Elementbau GmbH sowie den Kommanditanteil an der N [REDACTED] KG für 181.000 DM den Beklagten zu 2) und 3) je zur Hälfte zu übertragen. Die Übertragung wurde am 24. September 1962 vollzogen. Am selben Tage einigten sich die Vertragspartner über die Bezahlung der 200.000 DM, die sie zunächst anders geregelt hatten, abschließend wie folgt:

"1. ...

- a) 50.000 DM werden spätestens am 26. September 1962 an die Eheleute Se [REDACTED] z.Hd. Herrn Se [REDACTED] (= Bekl. zu 1)) gezahlt.
- b) 150.000 DM werden bis spätestens am 1. November 1962 ... gezahlt. Zur Zahlung dieses Betrages verpflichten sich die Erschienenen zu 1) und 2) (= Bekl. zu 2) und 3)) nicht persönlich, sondern nur namens der von ihnen vertretenen Elementbau GmbH, da sie die Kommanditanteile nur treuhänderisch erworben haben.

2. Zur Sicherheit für diese Forderung treten die Erschienenen zu 2) und 3) ... namens und in Vollmacht der weiter von ihnen vertretenen Kommanditgesellschaft N [REDACTED] ... einen Teilbetrag von 150.000 DM der Kaufpreisforderung aus dem Kaufvertrag vom 5. September 1962 ... an die Eheleute Se [REDACTED] ab.

Der Kaufpreis wird im Rahmen einer Zwischenfinanzierung, soweit es sich um den Barkaufpreis handelt, bei dem amtierenden Notar hinterlegt.

Die Erschienenen zu 2) und 3) weisen als Geschäftsführer der Firma N[REDACTED] den amtierenden Notar unwiderruflich an, aus dem bei ihm zu hinterlegenden Kaufpreis 150.000 DM an die Eheleute Se[REDACTED] ... auszuzahlen, es sei denn, sie weisen nach, daß die Zahlung inzwischen anderweitig erfolgt ist.

Die Firma N[REDACTED] und die Firma Elementbau werden sich wegen der Verrechnung dieses Betrages später auseinandersetzen".

Die im Grundstückskauf-Änderungsvertrag vom 10. September 1962 enthaltene Vereinbarung, nach der die N[REDACTED] KG eine Eigentümergrundschild von 1.415.000 DM einzutragen und der Elementbau GmbH zur Finanzierung des Kaufs zur Verfügung zu stellen hatte, wurde nicht durchgeführt. Die Elementbau GmbH besorgte sich statt dessen auf anderem Wege einen Kredit von der B[REDACTED] und H[REDACTED] bank in K[REDACTED] von 900.000 DM. Davon überwies die Bank am 4. Dezember 1962 886.500 DM auf ein Anderkonto des Notars U[REDACTED]. Dieser löste damit die auf dem Grundstück lastende Grundschild zu einem Betrage von 623.047,10 DM ab und zahlte dem Beklagten zu 1) am 12. Dezember 1962 die von der Elementbau GmbH geschuldeten 150.000 DM aus.

Nach Konkurseröffnung kam es zu einem Streit der Beteiligten über die Höhe der der N[REDACTED] KG noch geschuldeten Beträge. Der Kläger vertritt den Standpunkt, der Kaufpreis betrage 1.320.000 DM. Nach der Behauptung der Beklagten und der Elementbau GmbH sind der N[REDACTED] KG durch Verrechnung oder Bezahlung etwa 750.000 DM zugeflossen; mehr stehe der Gemeinschuldnerin nach ihrer Ansicht nicht zu; von der vereinbarten Kaufpreissumme seien etwa 500.000 bis 600.000 DM für Erschließungskosten abzuziehen, die die Elementbau GmbH aufzubringen habe, die aber der N[REDACTED] KG zur Last fielen. Der Streit hierüber wird in einem

Prozeß ausgetragen, in dem der Kläger einen Teil der Restkaufpreissumme einklagt, die den Betrag von 886.500 DM übersteigt.

Im vorliegenden Rechtsstreit vertritt der Kläger die Auffassung, mehr als den die Summe von 886.500 DM übersteigenden Betrag von der Elementbau GmbH nicht verlangen zu können. Nach seiner Ansicht müßten die Beklagten als Gesamtschuldner der N[REDACTED] KG die 150.000 DM ersetzen, die der Beklagte zu 1) erhalten habe. Die Beklagten hätten im gemeinsamen Zusammenwirken das Vermögen der N[REDACTED] KG widerrechtlich um diese 150.000 DM verkürzt, indem sie im Vertrag vom 24. September 1962 die Kaufpreisforderung aus dem Grundstücksvertrag in dieser Höhe an den Beklagten zu 1) abgetreten und zugelassen hätten, daß der Notar diesen Betrag aus dem Anderkonto auszahlte. Damit hätten sie unerlaubte Handlungen im Sinne der §§ 823, 826 BGB, 266 StGB und 81 a GmbHG begangen und ihre Geschäftsführerpflichten gegenüber der N[REDACTED] KG verletzt.

Der Klage auf Zahlung eines Teilbetrages von 50.000 DM und Zinsen hat das Landgericht stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Revision, die die Beklagten zurückzuweisen beantragen, verfolgt der Kläger den Klagantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Abweisung der Klage läßt sich nach dem gegenwärtigen Stand des Rechtsstreits nicht aufrechterhalten.

1. In tatsächlicher Hinsicht kommt es für die Entscheidung darauf an, ob der Beklagte zu 1) die umstrittenen 150.000 DM aus dem Vermögen der N[REDACTED] KG erhalten hat.

Nach Ansicht der Revision ist das auf die Weise geschehen, daß die Beklagten zu 2) und 3) im Namen der N[REDACTED] KG einen Teilbetrag des Kaufpreisanspruches an den Beklagten zu 1) abgetreten haben und der Notar diesen Anspruch später im Namen der Elementbau GmbH durch Zahlung der 150.000 DM an den Beklagten zu 1) erfüllt hat.

Für diese Auffassung kann die Revision den Wortlaut der Nr. 2 Abs. 1 des Vertrages vom 24. September 1962 in Anspruch nehmen. Diesen haben die Beteiligten dahin formuliert, die N[REDACTED] KG "trete" dem Beklagten zu 1) zur Sicherheit für dessen Forderung einen Teilbetrag der Kaufpreisforderung "ab". Wäre eine Abtretung im Rechtssinne gewollt gewesen und hätte der Notar dem Beklagten zu 1) die 150.000 DM zur Erfüllung dieses Kaufpreis-Teilanspruches ausgezahlt, dann wäre es richtig, daß der Anspruch der N[REDACTED] KG gegen die Elementbau GmbH um diesen Betrag verkürzt worden wäre; der Beklagte zu 1) hätte diesen Betrag auf Kosten der N[REDACTED] KG erhalten.

Es kann aber zweifelhaft sein, ob die Beteiligten eine echte Abtretung bezweckt haben. Der Anspruch sollte "zur Sicherheit" abgetreten werden. Wie die Forderung des Beklagten zu 1) gegen die Elementbau GmbH auf Bezahlung der Geschäftsanteile auf diese Weise hätte "gesichert" werden sollen, ist aber nicht zu erkennen. Ein Sicherungszweck wird nicht erreicht, wenn ein Gläubiger für seine Forderung nur eine - in ihrer Fälligkeit und Durchsetzbarkeit sich nicht unterscheidende - weitere Forderung gegen denselben Schuldner erhält. Das spricht dafür, daß jene Bestimmung einen anderen Sinn gehabt hat. Dieser könnte sich aus dem Sachzusammenhang ergeben. Nach der damals noch bestehenden Vorstellung der Vertragspartner sollte die Elementbau GmbH, wie Nr. 2 des Änderungsvertrages vom 10. September 1962 zu entnehmen ist, den

Grundstückskaufpreis mit Hilfe der von der N[REDACTED] KG zur Verfügung zu stellenden Eigentümergrundschild finanzieren. Durch Nr. 4 desselben Vertrages war die Elementbau GmbH gehalten, den auf diese Weise aufzubringenden Kredit ausschließlich für diesen Zweck zu verwenden. Im Gegensatz dazu entschlossen sich die Vertragspartner am 24. September 1962, aus diesem Kredit auch die 150.000 DM für den Beklagten zu 1) bereitzustellen. Dazu mußte zunächst jene Bestimmung geändert werden, die der Elementbau GmbH das verbot. In der Absicht, Nr. 4 des Vertrages vom 10. September 1962 insoweit zu ändern und die 150.000 DM zur Auszahlung an den Beklagten zu 1) freizugeben, könnte sich daher der Sinn der Nr. 2 Abs. 1 des Vertrages vom 24. September 1962 erschöpft haben. Unter denselben Gesichtspunkten ist es allerdings auch nicht völlig ausgeschlossen anzunehmen, die Beteiligten hätten die Kaufpreissumme um 150.000 DM herabsetzen und auf diese Weise die Möglichkeit schaffen wollen, den Beklagten zu 1) aus der Kreditsumme zu befriedigen. Damit hätten sie wirtschaftlich dasselbe Ergebnis wie mit der Abtretung erzielt. Es ist aber zweifelhaft, ob das wirklich bezweckt war.

Die Zweifel ergeben sich aus Nr. 2 Abs. 4 des Vertrages. Danach sollten sich die N[REDACTED] KG und die Elementbau GmbH wegen der Verrechnung des aus der Kreditsumme für den Beklagten zu 1) zu entnehmenden Betrages später auseinandersetzen.

Freilich ist auch diese Bestimmung nicht eindeutig. Unter Umständen könnte man sie dahin verstehen, die Beteiligten seien davon ausgegangen, die N[REDACTED] KG habe zwar aus dem Kaufvertrag wegen der 150.000 DM keinen Rechtsanspruch mehr gegen die Elementbau GmbH, man wolle es aber einer späteren Vereinbarung der beiden (nunmehr eng miteinander verbundenen) Unternehmen überlassen,

ob man diesen Betrag dennoch zugunsten der N [REDACTED] KG ausgleiche. Dann müßte folgerichtig Nr. 2 Abs. 1 des Vertrages als echte Abtretung oder als Herabsetzung des Kaufpreisanspruchs angesehen werden.

Gegen diese Auslegung könnte sprechen, daß es fraglich erscheint, ob die Beteiligten eine Verrechnungsklausel überhaupt ins Vertragswerk aufgenommen hätten, die keine bestimmten Rechte und Pflichten begründete. Es liegt daher zumindest ebenso nahe, in ihr eine Verpflichtung der Elementbau GmbH zu sehen, die 150.000 DM auf andere noch zu vereinbarende Weise zu zahlen, nachdem die dafür vorgesehenen, aus der Eigentümergrundschild aufzubringenden Kreditmittel - wegen der Abzweigung dieses Betrages an den Beklagten zu 1) - nicht mehr dafür zur Verfügung stehen würden. Daraus wäre zu schließen, die Beteiligten hätten in Nr. 2 Abs. 1 weder eine Abtretung noch eine Kaufpreisherabsetzung, sondern lediglich eine Freigabe der Kreditmittel vereinbaren wollen. Der N [REDACTED] KG wäre dann der Kaufpreisteilanspruch gegen die Elementbau GmbH in Höhe von 150.000 DM erhalten geblieben.

Mit diesen Fragen hat sich das Berufungsgericht bisher nicht auseinandergesetzt. Es hat zwar ausgeführt, den Gegenwert für den Kommanditanteil habe man aus dem Kredit entnommen, den sich die Elementbau GmbH beschafft habe, weil es dieser darum zu tun gewesen sei, ihr Geschäft mit dem der N [REDACTED] KG durch identische Beteiligungsverhältnisse zu verbinden. Da beide Gesellschaften ohnehin miteinander hätten verflochten werden sollen, hätten sie hierzu von ihrem Standpunkt aus unbedenklich im beiderseitigen Einverständnis den Kaufpreis kürzen und die freiwerdenden 150.000 DM zur Abfindung des Beklagten zu 1) verwenden können (BU S. 22). Die darin enthaltene Feststel-

lung, der Kaufpreis sei gekürzt worden, um den Beklagten zu 1) wegen seiner Ansprüche zu befriedigen, beruht aber, soweit die Ausführungen das erkennen lassen, im wesentlichen auf einer Würdigung des wirtschaftlichen Hintergrundes der Vereinbarungen, wie ihn der Beklagte zu 1) dem Kläger im Schreiben vom 11. November 1963 (Ziffer 4) geschildert hat. Den Vertrag vom 24. September 1962 und die sich aus ihm ergebenden, oben näher dargelegten Fragen hat das Berufungsgericht dagegen nicht erörtert. Für eine abschließende Feststellung wäre das unentbehrlich gewesen. Das Berufungsgericht muß das daher nachholen und den Parteien, die hierzu noch keine Stellung genommen haben, Gelegenheit geben, insoweit ihren Sachvortrag zu ergänzen. Führt die Vertragsauslegung unter Berücksichtigung aller Umstände zu dem Ergebnis, daß lediglich eine Freigabe der Kreditmittel bezweckt gewesen und der Kaufpreisanspruch der N[REDACTED] KG voll bestehen geblieben ist, dann ist dem Beklagten zu 1) durch die Vereinbarungen vom 24. September 1962 aus dem Vermögen der N[REDACTED] KG nichts zugeflossen. War eine Abtretung oder eine Kaufpreisminderung gewollt, um seinen Anspruch zu erfüllen, dann hat er die 150.000 DM rechtlich oder zumindest wirtschaftlich auf Kosten der N[REDACTED] KG erhalten.

2. Sollte das Berufungsgericht im weiteren Verfahren zu dem Ergebnis kommen, der Beklagte zu 1) habe die 150.000 DM rechtlich oder wirtschaftlich auf Kosten der N[REDACTED] KG erhalten, so hat der Kläger gegen ihn als früheren Kommanditisten der N[REDACTED] KG einen Anspruch auf Zahlung der streitbefangenen 50.000 DM gemäß §§ 171, 172 HGB, soweit das zur Befriedigung der sog. Altgläubiger erforderlich ist (BGHZ 39, 321).

Das Reichsgericht hat diese Vorschriften für unanwendbar erklärt, wenn sich ein Kommanditistenwechsel durch Vertrag zwischen dem früheren und dem neuen Kom-

manditisten im Wege der Einzelrechtsnachfolge vollzieht, der frühere Kommanditist seine Einlage voll geleistet hat, diese im Gesellschaftsvermögen verbleibt und lediglich auf den neuen Kommanditisten umgebucht und die so vollzogene Rechtsnachfolge als solche durch Eintragung ins Handelsregister offenkundig gemacht wird (RG GSZ DNotZ 44, 195, 196/97; vollständig abgedruckt WM 1964, 1130). Ein solcher Fall liegt nicht vor, wenn die 150.000 DM dem Beklagten zu 1) aus dem Vermögen der Nord-Heide KG zugewendet worden sind.

Der Beklagte zu 1) hat zwar seinen Kommanditanteil an der N[REDACTED] KG unmittelbar auf die Beklagten zu 2) und 3) übertragen. Mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts und wegen des für den Anteil gezahlten Gegenwerts von insgesamt 181.000 DM kann auch davon ausgegangen werden, daß der Beklagte zu 1) seine vertragliche Einlage von 100.000 DM voll erbracht hatte. Wenn ihm aber die N[REDACTED] KG als Gegenwert für sein Ausscheiden aus der Gesellschaft aus ihrem Vermögen 150.000 DM zugewandt hat, dann hat sie ihm seine Einlage - zumindest in Höhe des mit der Klage geltend gemachten Betrages von 50.000 DM - zurückerstattet. Die vom Reichsgericht für die Unanwendbarkeit der §§ 171, 172 HGB geforderte Voraussetzung, die Einlage müsse im Vermögen der Kommanditgesellschaft verblieben sein, ist damit nicht erfüllt.

Aus den damit anwendbaren Vorschriften ergibt sich: Soweit die Einlage dem Beklagten zu 1) zurückgezahlt worden ist, gilt sie gemäß § 172 Abs. 4 HGB als nicht geleistet. Der Beklagte zu 1) haftet deshalb den Gesellschaftsgläubigern gemäß § 171 Abs. 1 HGB bis zur Höhe des Rückzahlungsbetrages unmittelbar. Nachdem die N[REDACTED] KG in Konkurs gefallen ist, kann der Kläger als Konkursverwalter diesen Betrag gemäß § 171 Abs. 2 HGB zur Konkursmasse einziehen.

Demgegenüber kann sich der Beklagte zu 1) nicht darauf berufen, die Zahlungen seien ihm aus Kreditmitteln der Elementbau GmbH, also aus deren Vermögen geleistet worden. Der Zweck des § 172 Abs. 4 HGB ist es, die Fähigkeit der Kommanditgesellschaft, ihre Gläubiger zu befriedigen, zu erhalten und mit dem Wiederaufleben der Haftung des Kommanditisten im Interesse der Gläubiger einen Ausgleich zu schaffen, wenn das Gesellschaftsvermögen ganz oder teilweise um die Kommanditeinlage zugunsten eines Kommanditisten vermindert wird. Dieser Zweck gebietet es, als Rückzahlung im Sinne jener Vorschrift nicht nur jede unmittelbare, sondern auch jede mittelbare Zuwendung aus dem Vermögen der Gesellschaft an den Kommanditisten anzusehen, durch die diesem Vermögen Werte im Betrag bis zur Höhe der Einlage entzogen werden, ohne daß dem Gesellschaftsvermögen eine gleichwertige Gegenleistung zufließt.

Sollte daher das Berufungsgericht feststellen, dem Beklagten zu 1) sei ein Teil des Kaufpreisanspruchs, der der N[REDACTED] KG gegen die Elementbau GmbH zustand, abgetreten worden, dann hätte es sich um eine unmittelbare Zuwendung der N[REDACTED] KG an den Beklagten zu 1) gehandelt, die deren Vermögen endgültig ohne Gegenleistung minderte, als die Elementbau GmbH diesen Anspruch erfüllte. Wäre der Vertrag vom 24. September 1962 dahin auszulegen, der Kaufpreisanspruch der N[REDACTED] KG sei gekürzt und der Elementbau GmbH dafür auferlegt worden, die 150.000 DM aus ihrem Vermögen an den Beklagten zu 1) zu zahlen, so hätte es sich um eine mittelbare Zuwendung der N[REDACTED] KG an ihn gehandelt, die dasselbe wirtschaftliche Ergebnis - die Minderung des Vermögens der N[REDACTED] KG zum Vorteil des Beklagten zu 1) - gehabt hätte. In beiden Fällen wäre daher die gegen ihn erhobene Klage auf Zahlung von 50.000 DM gemäß §§ 171, 172 HGB begründet.

3. Für die Haftung der Beklagten zu 2) und 3) kommt es in erster Linie darauf an, ob sie die Einlage von zusammen 100.000 DM erbracht haben. Wenn das geschehen ist, kann sie der Kläger auch unter den Voraussetzungen nicht in Anspruch nehmen, unter denen der Beklagte zu 1) haftet (§ 171 Abs. 1 Halbs. 2 HGB).

Haben sie ihre Einlage nicht geleistet, müssen sie für den eingeklagten Betrag neben dem Beklagten zu 1) einstehen, wenn diesem die Einlage zurückerstattet worden ist (§§ 171, 173 HGB). Ist dagegen die Einlage des Beklagten zu 1) im Vermögen der N[REDACTED] KG verblieben, dann haften sie nicht, wenn die Sonderrechtsnachfolge im Handelsregister eingetragen worden ist. Dagegen bleibt es bei ihrer Haftung, wenn es an dieser Eintragung fehlt.

Zu beiden Fragen - der Leistung der Einlage und der Eintragung im Handelsregister - hat das Berufungsgericht noch keine Feststellungen getroffen. Die Abweisung der Klage kann daher nach der derzeitigen Prozeßlage auch gegenüber den Beklagten zu 2) und 3) nicht aufrechterhalten werden.

Die Revision des Klägers ist daher in vollem Umfang begründet. Damit die fehlenden Feststellungen nachgeholt werden können, ist die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur anderweiten

Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Diesem bleibt auch die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz vorbehalten, weil diese vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Liesecke

Dr. Bukow

Stimpel