universität wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

Die haftungsbefreiende Einlage des Kommanditisten in der KG und der GmbH & Co KG

verfasst von / submitted by

Mag. Jan Suesserott, Bakk.

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2016 / Vienna 2016

Studienkennzahl lt. Studienblatt / degree programme code as it appears on the student record sheet:	A 783 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt / field of study as it appears on the student record sheet:	Rechtswissenschaften
Betreut von / Supervisor:	Univ.-Prof. Mag. Dr. Ulrich Torggler, LL.M. (Cornell)

Inhaltsübersicht

I. Grundlagen 1

A. Themenstellung 1

B. Gang der Untersuchung 3

C. Terminologie 5

D. Historische Entwicklung 8

E. Normzweck 14

F. Haftung bei „negativer Einlage“ 37

II. Bewertung und Gläubigerschutz 42

A. Problemstellung & Gang der Untersuchung 42

B. Erfordernis objektiver Bewertung 42

C. Grundsätze der Kapitalaufbringung und -erhaltung im KG-Recht? 46

D. Bewertungsmaßstab 49

E. Forderungen zwischen KG und Kommanditist als Gegenstand der Einlagenleistung und -rückgewähr? 116

F. Bewertungszeitpunkt 175

G. Fälle mit Drittbezug 189

III. Leistung „auf die Einlage“ 210

A. Problemstellung 210

B. Meinungsstand 211

C. Grundsatz 218

D. Einzelfälle 229

E. Zwischenergebnis 255

IV. Haftungsbefreiung durch Gläubigerbefriedigung 258

A. Einlagenleistung und Gläubigerbefriedigung als alternative Modi der Haftungsbefreiung 258

B. Praktische Relevanz der Unterscheidung 260
C. Tatbestand 261
D. Regress 265

V. Aufrechnung mit der Pflichteinlage 271
A. Allgemeines 271
B. Die Ansicht von *v. Olshausen* 274
C. Replik 275
D. Bewertung der aufgerechneten Forderung gem § 171 Abs 1 UGB 277
E. Ähnliche Fälle 290
F. Zwischenergebnis 297

VI. Kapitalerhaltung in der GmbH & Co KG ieS 299
A. Problemstellung 299
B. Meinungsstand 300
C. Allgemeines 324
D. Nachträglicher Bedeutungswandel? 328
E. Gläubigerschutzdefizit im UGB? 338
F. Zwischenergebnis 367

VII. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse 371

VIII. Anhang 389
A. Abstract 389
B. Abkürzungsverzeichnis 390
C. Verzeichnis abgekürzt zitierter Literatur 395
D. Bibliographie 399
E. Urteilsverzeichnis 413

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht ..... **I**

Inhaltsverzeichnis ..... **III**

I. Grundlagen **1**

A. Themenstellung 1

B. Gang der Untersuchung 3

C. Terminologie 5

D. Historische Entwicklung 8

1. AHGB 8

a. Entstehung der KG im AHGB 8

b. Haftung des Kommanditisten im AHGB 10

2. HGB 1897 10

a. Formales 10

b. Inhaltliches 11

3. UGB 12

E. Normzweck 14

1. Problemstellung 14

2. Normzweck der Haftsumme im Allgemeinen 14

a. Bedeutung der Kommanditistenhaftung für das Gläubigerschutzkonzept der KG 14

b. Warum kein gänzlicher Haftungsausschluss des Kommanditisten? 19

c. Normzweck der Kommanditistenhaftung 21

d. Mechanismen zur Bonitätssteigerung 27

3. Normzweck von Einlagenleistung und Einlagenrückgewähr 31

a. Normzweck der Haftungsbefreiung aufgrund Einlagenleistung 31

b. Normzweck des Auflebens der Außenhaftung bei einer Einlagenrückgewähr 34

4. Zwischenergebnis 36
F. Haftung bei „negativer Einlage“ 37
1. Problemstellung und Meinungsstand 37
2. Stellungnahme 39
II. Bewertung und Gläubigerschutz 42
A. Problemstellung & Gang der Untersuchung 42
B. Erfordernis objektiver Bewertung 42
1. Problemstellung und Meinungsstand 42
2. Stellungnahme 43
C. Grundsätze der Kapitalaufbringung und -erhaltung im KG-Recht? 46
D. Bewertungsmaßstab 49
1. Problemstellung 49
2. Meinungsstand 50
a. Einlagenleistung 50
i. Einlagefähigkeit 50
ii. Bewertungsmaßstab 54
b. Einlagenrückgewähr 55
3. Wortlaut 57
4. Verhältnis zum Rechnungslegungsrecht 58
5. Einzelveräußerungswert und Ertragswert 60
a. Allgemeines 60
b. Einzelveräußerungswert als Optimum bei der Einlagenleistung? 61
c. Ertragswert als Optimum bei der Einlagenrückgewähr? 62
6. Identer Bewertungsmaßstab für Einlagenleistung und -rückgewähr? 64
a. Überblick 64
b. Bewertungsmaßstab bei Drittgeschäften 65
c. Bewertungsmaßstab bei der Einlagenleistung 70

i. Wertungswiderspruch *prima facie* durch unterschiedliche Bewertungsmaßstäbe für Einlagenleistung und -rückgewähr 70
ii. Der unternehmerische Charakter der KG 71
iii. Wert von Einlagen im Hinblick auf den Gläubigerschutz 73
iv. Beweislast 75
v. Vergleich mit AG und GmbH 77
v.1. Allgemeines 77
v.2. Sondervorschriften für die Kapitalaufbringung als Beleg besonderer Strenge bei Sacheinlagen? 78
v.2.1. Kapitalgesellschaftsrecht 78
v.2.2. KG 80
v.3. Analogie zu § 20 Abs 2 AktG? 81
v.4. Sondervermögensschutz vs Haftungsverbund 82
d. Zwischenergebnis 86
7. Konkretisierung des Ertragswerts als Bewertungsmaßstab 88
a. Allgemeines 88
b. Grundmodell dynamische Investitionsrechnung 89
i. Allgemeines 89
ii. Relevante Informationsgrundlage 93
iii. Einzelfälle 95
c. Vereinfachungsmöglichkeiten durch Einsatz alternativer Methoden 97
i. Bewertung bei vorhandenem Marktpreis 98
i.1. Überblick 98
i.2. Marktwert indiziert Gesellschaftsnutzen 98
i.2.1. bei Leistungen des Kommanditisten an die Gesellschaft 98
i.2.2. bei Leistungen der Gesellschaft an den Kommanditisten 100
i.2.3. Sonstiges 101

i.3. Fälle, in denen Marktwert, Wiederbeschaffungswert und Einzelveräußerungswert erheblich auseinanderfallen 102
i.3.1. Leistungen des Kommanditisten an die Gesellschaft 104
i.3.2. Bewertung von Leistungen der Gesellschaft an den Kommanditisten . 106
i.3.2.1. Fälle mit Gesellschaftsnachteil unter dem Marktwert 106
i.3.2.2. Allgemeines 106
i.3.2.3. Von der Gesellschaft selbst hergestellte Leistungen 106
i.3.2.4. Fälle mit über den Marktwert hinausgehendem Gesellschaftsnachteil 111
i.4. Ermittlung des Marktpreises 111
ii. Bewertung ohne vorhandenen Marktpreis 112
ii.1. Allgemeines 112
ii.2. Kostenaufschlagsmethode 112
ii.2.1. Beschreibung der Kostenaufschlagsmethode 112
ii.2.2. Einsatzmöglichkeiten der Kostenaufschlagsmethode bei der Bewertung gem § 172 Abs 3 UGB 113
8. Zwischenergebnis 114
E. Forderungen zwischen KG und Kommanditist als Gegenstand der Einlagenleistung und -rückgewähr? 116
1. Einleitung 116
2. Forderungen gegen den Kommanditisten als Gegenstand der haftungsbefreienden Einlagenleistung? 117
a. Allgemeines 117
b. Einbringung einer unbesicherten Forderung gegen den Kommanditisten als Einlage? 118
i. Grundsatz 118
ii. Keine „doppelte Leistungspflicht“ 124
iii. Einzelfälle 124

c. Einbringung einer besicherten Forderung gegen den Kommanditisten als Einlage? ... 126
d. Weitere Fälle ... 131
3. Leistungsverpflichtung der Gesellschaft gegenüber dem Kommanditisten als Einlagenrückgewähr? ... 133
a. Problemstellung ... 133
b. Meinungsstand ... 134
c. Teleologische Interpretation ... 136
d. Exkurs: Unzulässigkeit einer Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB in der Gesellschaftsinsolvenz ... 139
i. Problemstellung ... 139
ii. Meinungsstand ... 139
iii. Grundsatz ... 141
iv. Ausnahmen ... 148
iv.1. Forderung des Kommanditisten durch eine minderwertige Gegenleistung des Kommanditisten teilweise gerechtfertigt ... 148
iv.2. Ausgeschiedener Kommanditist ... 150
iv.3. Sonstige Ausnahmen? ... 152
v. Zwischenergebnis ... 154
e. Teleologische Interpretation (Fortsetzung und Synthese) ... 155
f. Sonstige Argumente gegen eine Haftungsschädlichkeit von Forderungen des Kommanditisten gegen die KG ... 156
i. Wortlaut ... 156
ii. Systematische Interpretation ... 156
iii. Keine Nachschusspflicht ... 157
g. Zusammenfassung und Thesen ... 159
4. Obligatorische Nutzungsüberlassung – Einlagen *quoad sortem* und *quoad usum* ... 160
a. Problemstellung ... 160

b. Meinungsstand 160
c. Nutzungsüberlassung mit ex ante gesicherter (Mindest-)Nutzungsdauer 161
i. Werthaltigkeit des Nutzungsrechts für die Gesellschaft 161
ii. Weitere Voraussetzungen für die Haftungsbefreiung 164
iii. Zwischenergebnis 167
d. Einlage von unbefristeten Nutzungsrechten ohne Kündigungsmöglichkeit 168
e. Einlage von Nutzungsrechten mit jederzeitiger Kündigungsmöglichkeit durch den Kommanditisten (prekarium) 169
f. Zwischenergebnis 172
5. Zwischenergebnis 173
F. Bewertungszeitpunkt 175
1. Grundlagen & Problemstellung 175
2. Wirksamkeit einer Risikoüberwälzung im Innenverhältnis 176
3. Wirksamkeit einer Risikoüberwälzung im Außenverhältnis 177
a. Einlagenleistung 177
b. Einlagenrückgewähr 179
i. *Ex ante* angemessene Drittgeschäfte 179
ii. *Ex ante* zu Lasten der Gesellschaft unausgeglichene Drittgeschäfte 181
ii.1. Übernahme unvertretbarer Risiken 181
ii.2. Bloßes Leistungsgefälle 184
ii.3. Haftungswirksamkeit bedingter Leistungen aus Drittverträgen mit „bloßem“ Leistungsgefälle 186
ii.3.1. Problemstellung 186
ii.3.2. Stellungnahme 187
4. Zwischenergebnis 188
G. Fälle mit Drittbezug 189
1. Einleitung 189
2. Mittelbare Einlagenrückgewähr 189

a. Leistungen der Gesellschaft an einen Dritten 189
i. Überblick 189
ii. Eigener Vorteil des Kommanditisten 190
ii.1. Grundsatz 190
ii.2. Begrenzung des zuzurechnenden Gesellschaftsnachteils mit dem Vorteil des Kommanditisten 191
ii.3. Bewertung des Vorteils des Kommanditisten 193
iii. Veranlassung der Gesellschaftsleistung durch den Kommanditisten 193
iii.1. Tatbestand 193
iii.2. Herleitung 194
iv. Einzelfälle 196
iv.1. Allgemeines 196
iv.2. Leistung an eine Gesellschaft, an der der Kommanditist eine Beteiligung hält 197
iv.3. Einlagenrückgewähr schon durch die Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber einem Dritten? 200
b. Leistungen eines Dritten an den Kommanditisten 204
3. Mittelbare Einlagenleistung 206
a. Leistung eines Dritten an die Gesellschaft 206
b. Leistung des Kommanditisten an einen Dritten 207
4. Gesellschaft bzw Kommanditist als Leistungsmittler 208

III. Leistung „auf die Einlage“ 210

A. Problemstellung 210
B. Meinungsstand 211
1. Leistung „auf die Einlage“ als Tatbestandsmerkmal des § 171 Abs 1 UGB? 211
2. Verhältnis zur Unterscheidung von Verrechnungs- und Vertragstheorie nach *Wiedemann* 215
C. Grundsatz 218

1. Die Bedeutung des Jahresabschlusses für die Kapitalerhaltung in der KG 218
2. Ausweis im Eigenkapital als Rechtsfolge der Leistung einer haftungsbefreienden Einlage 221
3. Leistung „als Eigenkapital“ als Voraussetzung der Haftungsbefreiung 224
D. Einzelfälle 229
1. Leistung „auf die Einlage“ 229
2. Leistung „auf die Haftsumme“ 231
a. Allgemeines 231
b. „Leistung auf die Haftsumme“ durch ausgeschiedene Kommanditisten 233
3. Gesellschafterdarlehen 235
a. Tatbestand 235
b. Bilanzierung 237
c. Haftungsrechtliche Beurteilung von Zinsleistungen 237
d. Gegenüberstellung mit „gewöhnlichen“ drittvertraglichen Darlehensüberlassungen 239
4. „Agio“ und unterbewertete Pflichteinlagen 241
5. Nettoleistungsüberschuss aus Drittgeschäften 243
6. Negative Tilgungsbestimmungen 244
7. Gläubigerbefriedigung 249
8. Bilanziell nicht aktivierungsfähige Leistungen „auf die Einlage“ 249
a. Einleitung 249
b. Der im Rechnungslegungsrecht anzuwendende Bewertungsmaßstab 250
c. Gesellschaftsrechtliche Folgerungen 252
E. Zwischenergebnis 255

IV. Haftungsbefreiung durch Gläubigerbefriedigung 258

A. Einlagenleistung und Gläubigerbefriedigung als alternative Modi der Haftungsbefreiung 258

B. Praktische Relevanz der Unterscheidung 260
C. Tatbestand 261
D. Regress 265

V. Aufrechnung mit der Pflichteinlage 271

A. Allgemeines 271
B. Die Ansicht von *v. Olshausen* 274
C. Replik 275
D. Bewertung der aufgerechneten Forderung gem § 171 Abs 1 UGB 277
1. Überblick 277
2. Keine Haftungsbefreiung durch die Aufrechnung mit Forderungen, die auf eine Einlagenrückgewähr gerichtet sind 278
3. Werthaltigkeit im Aufrechnungszeitpunkt erforderlich? 280
a. Grundlagen und relevanter Bewertungszeitpunkt 280
b. Bewertung von Forderungen gegen die Gesellschaft 282
i. Grundsatz 282
ii. Verkürzung der Gesellschaftsverbindlichkeiten einer Vermehrung des Aktivvermögens gleichzuhalten? 282
iii. Abstellen auf den wirtschaftlichen Forderungswert 286
c. Aufrechnung mit dem Regressanspruch nach Gläubigerbefriedigung 289
E. Ähnliche Fälle 290
1. Einbringung einer Forderung und Forderungsverzicht 290
2. Haftungsbefreiung bei *debt equity swaps* 292
3. Haftungsbefreiung durch das Stehenlassen von Gewinnanteilen? 293
F. Zwischenergebnis 297

VI. Kapitalerhaltung in der GmbH & Co KG ieS 299

A. Problemstellung 299
B. Meinungsstand 300

1. Deutschland 300
a. Rechtsprechung 300
i. BGH II ZR 25/70 BGHZ 60, 324 300
ii. BGH II ZR 213/77 BGHZ 76, 326 303
iii. BGH II ZR 268/88 BGHZ 110, 342 303
b. Literatur 305
i. Allgemeines 305
ii. Alternative Ansätze 307
2. Österreich 309
a. Entwicklung bis 2008 309
b. OGH 2 Ob 225/07p 311
i. Sachverhalt 312
ii. Rechtliche Beurteilung durch den OGH 313
c. Rezeption in der Literatur 315
i. Überblick 315
ii. Im Schrifttum vorgebrachte Argumente für eine analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG 316
iii. Im Schrifttum vorgebrachte Argumente gegen eine analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG 317
iv. Sonstiges 323
C. Allgemeines 324
1. Präzisierung der Fragestellung 324
2. Allgemeine Analogievoraussetzungen 326
3. Die Atypizität der GmbH & Co KG ieS 326
4. Ordnung der für die Lückenhaftigkeit des UGB vorgebrachten Argumente 327
D. Nachträglicher Bedeutungswandel? 328
1. Zur Begründung des OGH 328
2. § 67 Abs 1 IO, § 22 Abs 2 URG und § 4 Z 3 EKEG 330

3. § 221 Abs 5 UGB idF RÄG 2014 334
4. § 4 Z 3 EKEG im Speziellen 337
5. Zwischenergebnis 338
E. Gläubigerschutzdefizit im UGB? 338
1. Allgemeines 338
2. Bereitstellung eines Haftungsfonds durch den Komplementär 340
3. „Bremsfunktion“ 342
a. Einleitung 342
b. „Bremsfunktion“ als notwendiger Baustein des Gläubigerschutzes in der KG? 343
c. §§ 25, 82 f GmbHG als allgemeine Vorschriften zur Anreizsteuerung bei der GmbH 348
d. Anreizsteuerung durch § 25 GmbHG bei Ausschüttungen aus dem Vermögen einer GmbH & Co KG 349
i. Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers gegenüber der GmbH gem § 25 Abs 2 GmbHG 349
ii. Haftungsausschluss durch Weisung/Verzicht? 352
iii. Zustimmung zum KG-Gesellschaftsvertrag als haftungsbegründende Handlung 357
iv. Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers gegenüber der GmbH & Co KG gem § 25 Abs 2 GmbHG analog nach der Rechtsprechung 359
v. Zwischenergebnis 361
e. Anreizsteuerung durch §§ 82 f GmbHG bei Ausschüttungen aus dem Vermögen einer GmbH & Co KG 362
f. Synthese und Zwischenergebnis 365
F. Zwischenergebnis 367

VII. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse 371

A. Grundlagen 371
1. Einleitung 371

2. Historische Entwicklung 371
3. Normzweck 372
4. Haftung bei „negativer Einlage“ 373
B. Bewertung und Gläubigerschutz 373
1. Objektive Leistungsbewertung 373
2. Bewertungsmaßstab 374
3. Forderungen zwischen KG und Kommanditist als Gegenstand der Einlagenleistung 377
4. Bewertungszeitpunkt 378
5. Fälle mit Drittbezug 379
C. Leistung „auf die Einlage“ als Tatbestandsmerkmal von § 171 Abs 1 UGB? 380
1. Grundsatz 380
2. Einzelfälle 381
D. Haftungsbefreiung durch Gläubigerbefriedigung 383
E. Aufrechnung mit der Pflichteinlage 384
F. Kapitalerhaltung in der GmbH & Co KG ieS 385

VIII. Anhang 389

A. Abstract 389
1. deutsch 389
2. english 389
B. Abkürzungsverzeichnis 390
C. Verzeichnis abgekürzt zitierter Literatur 395
D. Bibliographie 399
1. Monographien und Handbücher 399
2. Beiträge 403
E. Urteilsverzeichnis 413
1. Österreich 413

a. OGH 413
b. RIS-Rechtssätze 414
c. Sonstiges 414
2. Deutschland 414
a. RG 414
b. BGH 415
c. Sonstiges 417

I. Grundlagen

A. Themenstellung

Das österreichische Recht regelt die KG im zweiten Buch des UGB. § 161 Abs 1 UGB teilt die Gesellschafter einer KG dabei in Komplementäre und Kommanditisten ein: Während Komplementäre für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft unbeschränkt haften (§ 161 Abs 1 UGB), ist die Haftung der Kommanditisten der Höhe nach mit der Haftsumme begrenzt (§ 171 Abs 1 erster Halbsatz UGB). Diese Arbeit setzt sich mit Haftungsproblemen des Kommanditisten auseinander. Konkret geht es um die Interpretation der § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB, die das Verhältnis von Einlage und Haftung des Kommanditisten in der KG regeln. Gem § 171 Abs 1 haftet der Kommanditist für Gesellschaftsverbindlichkeiten bis zur Höhe seiner Haftsumme; die Haftung werde aber durch die Leistung einer Einlage an die KG ausgeschlossen. Umgekehrt bestimmt § 172 Abs 3 Satz 1, dass die Einlage den Gesellschaftsgläubigern gegenüber als nicht (mehr) geleistet gilt, soweit sie an den Kommanditisten zurückgezahlt worden ist. Die Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern lebt also mit Rückzahlung der Einlage wieder auf. § 172 Abs 3 Satz 1 wird durch Satz 2 *leg cit* ergänzt. Nach dieser Bestimmung ist es einer Rückgewähr der Einlage gleichzuhalten, wenn der Kommanditist aus dem Gesellschaftsvermögen einen Gewinnanteil entnimmt, obwohl er frühere Verlustzuweisungen noch nicht ausgeglichen hatte.

Diese Dissertation soll die Frage erörtern, unter welchen Bedingungen der Kommanditist eine haftungsbefreiende Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB an die Gesellschaft geleistet bzw gem § 172 Abs 3 UGB von der Gesellschaft zurückerhalten hat. Gesucht ist die interpretative Präzisierung der Tatbestände der Einlagenleistung gem § 171 Abs 1 zweiter Halbsatz sowie der Einlagenrückgewähr gem § 172 Abs 3 Satz 1 und 2 UGB. Dazu sollen die zahlreichen, in Literatur und Rechtsprechung angesprochenen Spezialprobleme zu Leistung und Rückgewähr der haftungsbefreienden Einlage systematisch untersucht und einer wertungsadäquaten Lösung zugeführt werden.

Diese Dissertation betrifft nur geltendes österreichisches Recht. Die deutsche KG ist der österreichischen sehr ähnlich und deutsche Literatur und Rechtsprechung wird in dieser Arbeit auch vielfach herangezogen. Eine Übertragbarkeit der hier gewonnenen Ergebnisse

auf die deutsche Rechtslage bedürfte aber einer gesonderten Überprüfung, die in dieser Dissertation grundsätzlich nicht geleistet werden kann.

Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass sowohl in Österreich als auch in Deutschland in Detailfragen in Lehre und Rechtsprechung nach wie vor erhebliche Divergenzen bestehen. Bis in die 1970er Jahre wurde den hier angesprochenen Problemkreisen der Einlagenleistung und -rückgewähr des Kommanditisten in Rechtsprechung und Literatur vergleichsweise hohe Aufmerksamkeit zuteil.[1] Seither ist allerdings eine gewisse Stagnation in der Rechtsentwicklung erkennbar. Wirkliche Neuerungen in der Judikatur betrafen in den letzten 30 Jahren hauptsächlich atypische, kapitalgesellschaftsähnlich ausgestaltete KG.[2] In der österreichischen Literatur fehlt, soweit ersichtlich, bisher eine monographische Auseinandersetzung mit der haftungsbefreienden Einlage des Kommanditisten nach österreichischer Rechtslage. Vorliegende Arbeit soll diese Lücke schließen und damit einen Beitrag zur Systematisierung des Tatbestands der haftungsbefreienden Einlage iSd § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB leisten.

Ein Grund für das verminderte wissenschaftliche Interesse an der KG ist sicherlich ihre zurückgegangene praktische Bedeutung, gerade verglichen mit der GmbH. 2015 wurden beispielsweise 712 KGs neu gegründet, gegenüber 3.840 Neugründungen in der Rechtsform einer GmbH und über 30.000 neuen Einzelunternehmern.[3] Auch ist, gemessen an der Gesamtzahl der KG, der Anteil „gesetzestypischer" KGs, bei denen eine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter auftritt, in den letzten Jahrzehnten deutlich zurückgegangen.[4] Allerdings ist in jüngster Zeit – angetrieben durch eine schärfere Gangart von Gesetzgeber und Rechtsprechung und der steuerrechtlichen Rechtslage – in Österreich ein umgekehrter Trend weg von solchen „verdeckten Kapitalgesellschaften" erkennbar, bei denen keine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter vorhanden ist; so gehen *Bergmann/Schörghofer* unter Berufung auf nicht näher genannte „Autoren aus Firmenbuchkreisen" davon aus, dass von den Neugründungen von Personengesellschaften

---

1 S zu monographischen Erörterungen der Haftung des Kommanditisten insb *K. Schmidt*, Einlage; *Kirsch*; *Konietzko*; *A. Mayer*, Haftung; *Müßigbrodt*; *Pauli; Potsch*.

2 Allen voran ist hier auf OGH 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 [*Stingl*] hinzuweisen, wonach auf Personengesellschaften ohne natürliche Person als unbeschränkt haftendem Gesellschafter die Kapitalerhaltungsregeln des GmbH-Rechts (§§ 82 f GmbHG) analog anzuwenden sind. S dazu ausf kritisch unten VI. [299].

3 WKO Gründungsstatistik (http://wko.at/statistik/jahrbuch/ng-rf.pdf, abgerufen am 26.7.2016).

4 Vgl zu Statistiken: für Deutschland *Gummert* in MüHdb GesR II[4] § 1 Rz 17 ff; *J. Meyer* 100 ff; für Österreich *W.-D. Arnold*, GmbHR 1994, 371 (374 f); *J. Meyer* 107 f; s auch die qualitative Beschreibung bei *Anzinger* in FS U.H. Schneider 15 (16 f); *K. Schmidt*, JZ 2008, 425 ff.

2014 nur ein „sehr überschaubarer Teil“ den verdeckten Kapitalgesellschaften zuzurechnen sei.[5]

Antreiber und Nutznießer des bereits erwähnten Rückzugs der gesetzestypischen KG aus dem Wirtschaftsleben ist in Österreich und Deutschland vor Allem die GmbH gewesen, die im Wirtschaftsleben der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts enorm an Popularität gewonnen hat. Als ein wesentlicher Vorteil der GmbH wurde dabei angesehen, dass bei der GmbH von Haus aus alle Gesellschafter nur eine beschränkte Haftung übernehmen. Mit der zunehmenden praktischen Verbreitung der GmbH ging auch eine Verschiebung der thematischen Schwerpunkte in Rechtsprechung und Literatur einher.[6] Insbesondere ist in den letzten 30 Jahren in Österreich und Deutschland eine reichhaltige Fülle an Urteilen, Aufsätzen und Monographien entstanden, die sich spezifisch mit der Aufbringung und Erhaltung des Gesellschaftskapitals von GmbH und AG beschäftigen. Viele Probleme, die sich dabei im Kapitalgesellschaftsrecht stellen, bestehen in ähnlicher Form auch im Hinblick auf die Haftung des Kommanditisten, ohne dass diesen Problemen in der personengesellschaftsrechtlichen Literatur aber eine vergleichbare Aufmerksamkeit zuteilgeworden wäre. Mittlerweile hat die Entwicklung des Kapitalgesellschaftsrechts insofern die Aufbereitung von Parallelproblemen bei der Haftung des Kommanditisten weit hinter sich gelassen. Dies soll für diese Dissertation Ansporn und Werkzeug zugleich sein. Einerseits ist es das Ziel, Fragen zur Leistung und Rückgewähr der haftungsbefreienden Einlage des Kommanditisten an den *state of the art* im Kapitalgesellschaftsrecht anzunähern. Andererseits sollen zu diesem Zweck auch Vorarbeiten aus dem Kapitalgesellschaftsrecht (mit der gebotenen Vorsicht) im KG-Recht fruchtbar gemacht werden.

B. Gang der Untersuchung

Auf Grundlage einer allgemeinen Analyse der gesetzlichen Wertung (unten I.E. [14]) wird der Tatbestand der „Einlage“ iSd §§ 171 f UGB in dieser Arbeit systematisch untersucht. Die allgemeinen Wertungszusammenhänge, die hinter den oft sehr kasuistisch differenzierenden Lösungsansätzen in der Rechtsprechung stehen, werden herausgearbeitet und – soweit möglich und sinnvoll – der Auslegung zugrunde gelegt. Die Aufarbeitung von Parallelproblemen im Kapitalgesellschaftsrecht ist oft weiter fortgeschritten, aber kaum

5 *Bergmann/Schörghofer,* GesRZ 2015, 373 (376).
6 Vgl *K. Schmidt*, JZ 2008, 425.

weniger kasuistisch. Auch dort vertretene Ansätze sind auf ihre Übertragbarkeit auf das Personengesellschaftsrecht hin zu überprüfen.

Der an dieser Stelle nur in aller Kürze zu skizzierende Meinungsstand zum Tatbestand der § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB lässt sich wie folgt zusammenfassen: Die Haftung des Kommanditisten soll gem § 172 Abs 3 UGB grundsätzlich aufgrund jeder werthaltigen Leistung aufleben, die der Kommanditist ohne gleichwertige Gegenleistung aus dem Gesellschaftsvermögen empfangen hat.[7] Eine einseitige, werthaltige Leistung der Gesellschaft an den Kommanditisten sei also *ausreichendes* Tatbestandsmerkmal der Einlagenrückgewähr. Bei der Einlagenleistung ist hingegen nach überwiegender Ansicht eine tatsächlich werthaltige Leistung des Kommanditisten zur Haftungsbefreiung zwar notwendig[8], aber noch nicht ausreichend: Vielmehr müsse die Leistung auch als Leistung auf die Einlage tituliert sein, damit das Haftungsprivileg des § 171 Abs 1 UGB in Anspruch genommen werden kann.[9] Die hM knüpft also grundsätzlich am objektiven Wert von Leistungen zwischen Gesellschaft und Kommanditist an; die überwiegende Ansicht fordert aber bei der Einlagenleistung zusätzlich eine Leistung „auf die Einlage". Diese Interpretation der §§ 171 f UGB wird in Anlehnung an *Wiedemann*[10] mitunter als „modifizierte Vertragstheorie" (alternativ auch: „modifizierte Verrechnungstheorie") bezeichnet.[11]

Die Gliederung dieser Dissertation orientiert sich an der Struktur der „modifizierten Vertragstheorie". Zunächst wird erörtert, inwieweit eine werthaltige Leistung Tatbestandsvoraussetzung der §§ 171 Abs 1, 172 Abs 3 ist und was in diesem Zusammenhang unter einer werthaltigen Leistung zu verstehen ist (unten II. [42]). Dafür werden aus Perspektive des Gläubigerschutzes Kriterien einer werthaltigen Leistung zwischen Kommanditist und Gesellschaft entwickelt. Diskutiert werden der anwendbare Bewertungsmaßstab (unten II.D. [49]) und der Zeitpunkt, in dem eine Leistung iSd § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB als geleistet gilt (unten II.E. [116]). Ausgehend davon wird untersucht, ob bzw unter welchen Umständen der relevante Bewertungszeitpunkt vom

---

7 *Hüffer*, ZHR 151 (1987) 396 (412 f); s dazu ausf mwN noch unten II.B. [42].

8 Unten II.B. [42].

9 S dazu im Einzelnen unten III. [210].

10 *Wiedemann* hatte in einem vielbeachteten Aufsatz aus dem Jahr 1975 (in FS Bärmann 1037 ff) verschiedene Strömungen in Literatur und Rechtsprechung ausgemacht, die er in die *Haftungstheorie* und die *Vertragstheorie* unterteilte. Nach der Haftungstheorie würde es für die § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB darauf ankommen, ob objektiv ein Vermögenswert vom Kommanditisten an die Gesellschaft geflossen ist. Nach der Vertragstheorie sei dagegen entscheidend, ob der Kommanditist im Innenverhältnis eine Pflichteinlage geleistet (und auch nicht wieder zurückerhalten) hat. S zur Unterscheidung noch näher unten III.B.2. [215].

11 Vgl zB *Hüffer*, ZHR 151 (1987) 396 (412 f).

Leistungszeitpunkt abweichen kann (zB bei drittvertraglichen Leistungen: unten II.F. [175]). Getrennt davon wird im dritten Abschnitt erörtert, ob jede werthaltige Leistung den Kommanditisten von seiner Außenhaftung befreit, oder aber nur eine Leistung „auf die Einlage“ (unten III. [210]). Im Anschluss daran wird noch ein Sonderfall erörtert, nämlich die Befreiung des Kommanditisten von seiner Außenhaftung aufgrund der unmittelbaren Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers, dem der Kommanditist mit seiner Haftsumme gehaftet hatte (unten IV. [258]).

Auf Grundlage der gewonnenen Erkenntnisse wird folgender Frage nachgegangen: Inwieweit wird der Kommanditist von seiner Außenhaftung frei, wenn er eine eigene Forderung gegen die Gesellschaft mit seiner offenen Pflichteinlage aufrechnet? Dabei stellt sich insbesondere die Frage, ob es im Rahmen von § 171 Abs 1 UGB auf den wirtschaftlichen Wert der aufgerechneten Forderung ankommt (unten IV. [258]). Abschließend wird ein spezifisches Gläubigerschutzproblem bei der GmbH & Co KG ieS erörtert: Nach einem aufsehenerregenden, in der Literatur kontrovers diskutierten Urteil des OGH ist auf Personengesellschaften ohne natürliche Person als unbeschränkt haftendem Gesellschafter das Verbot der Einlagenrückgewähr gem § 82 GmbHG analog anzuwenden.[12] Im Schlusskapitel wird die (mE fehlende) sachliche Rechtfertigung dieses Analogieschlusses erörtert (unten VI. [299]).

C. Terminologie

Das UGB verwendet den Begriff der „Einlage“ sowohl bei der Regelung des Innen- als auch des Außenverhältnisses der KG: Im Außenverhältnis befreit die Leistung einer Einlage den Kommanditisten gem § 171 Abs 1 UGB von seiner Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern; der Kommanditist ist im Außenverhältnis aber nicht zur „Leistung einer Einlage“ verpflichtet, sondern (soweit keine Einlage geleistet wurde) bloß zur Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern.[13] Im Innenverhältnis stellt das Gesetz den Gesellschaftern die Leistung von Einlagen frei (vgl § 109 Abs 2 UGB). Soweit die Leistung einer Einlage gesellschaftsvertraglich vereinbart wurde, ist der Kommanditist aber gegenüber KG und Mitgesellschaftern auch zu deren Erbringung verpflichtet. Umgekehrt ergeben sich aus den Werten der im Innenverhältnis vereinbarten Einlagen im Zweifel die Kapitalanteile

12 OGH 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 [*Stingl*].
13 Vgl zB *Potsch* 28.

der einzelnen Gesellschafter (§ 109 Abs 1 UGB).[14] Die Höhe der Kapitalanteile der einzelnen Gesellschafter bestimmt wiederum deren Beteiligungsquoten an der KG (§ 109 Abs 1 S 1 UGB).[15] Die Leistung einer Einlage hat in Innen- und Außenverhältnis also jeweils unterschiedliche Rechtsfolgen.

Auch der Tatbestand der „Einlagenleistung" ist im Innen- und Außenverhältnis nicht ident.[16] Zwar wird die „Einlage" eines Kommanditisten oftmals im Innen- und Außenverhältnis übereinstimmen.[17] Das muss aber nicht der Fall sein. Rechtlich sind mit dem Begriff der „Einlage" also im Innen- und Außenverhältnis jeweils unterschiedliche Rechtsinstitute angesprochen.[18] Um die Einlage im Innen- und Außenverhältnis auch terminologisch unterscheiden zu können, hatte sich schon für das HGB in der Lehre die Unterscheidung von Pflichteinlage und Haftsumme eingebürgert.[19] Mit dem UGB fand der Begriff der Haftsumme auch ausdrücklich in den Gesetzestext Eingang (§ 171 Abs 1 UGB).[20]

Die Pflichteinlage bezeichnet die Einlage des Kommanditisten im Innenverhältnis. Wird der Kommanditist also gesellschaftsvertraglich zur Leistung einer Einlage an die Gesellschaft verpflichtet, so wurde die Leistung einer Pflichteinlage vereinbart. Auch der Kapitalanteil des Kommanditisten ergibt sich im Zweifel aus dem Wert der vereinbarten Pflichteinlage (vgl § 109 Abs 1 UGB). Mit Leistung der Pflichteinlage wird der Kommanditist im Innenverhältnis von seiner Leistungspflicht frei, nicht notwendigerweise aber auch von seiner Außenhaftung (zB wenn eine als Pflichteinlage eingebrachte Sache objektiv wertlos war).

Die Haftsumme bezeichnet dagegen jenen Betrag, mit dem sich der Kommanditist den Gesellschaftsgläubigern gegenüber verpflichtet hat (§ 171 Abs 1 UGB). Die Haftsumme ist also ein Begriff des Außenverhältnisses: Der Kommanditist haftet den Gesellschaftsgläubigern zunächst in Höhe der Haftsumme; er wird von seiner Außenhaftung gänzlich frei, sobald er eine der Haftsumme entsprechende „Einlage" an die Gesellschaft geleistet hat. Das Gesetz spricht in diesem Zusammenhang also nach wie vor bloß von der Leistung einer „Einlage". Dem Gesetz fehlt somit ein Begriff, um die Leistung der Einlage

---

14 S für weitere Bestimmungen, die die Einlage im Innenverhältnis betreffen § 109 Abs 1, 2, § 111 Abs 1, § 122 Abs 1, § 139 Abs 1, § 168 Abs 1, § 169 UGB.
15 Vgl ErlRV HaRÄG 16, 38.
16 Vgl *Wiedemann*, GesR II 800.
17 Vgl unten Fn 73, 78.
18 Vgl aber auch *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (310 ff).
19 S zB *Koppensteiner* in *Straube*, HGB § 171 Rz 7.
20 Vgl ErlRV HaRÄG 47.

im Außenverhältnis gem § 171 Abs 1 UGB terminologisch von der Leistung der Pflichteinlage unterscheiden zu können. Denn es sind ja auch Fälle denkbar, in denen eine Leistung des Kommanditisten zwar im Innenverhältnis als Leistung der (Pflicht-)Einlage gilt, ohne aber gleichzeitig auch gem § 171 Abs 1 UGB gegenüber den Gesellschaftsgläubigern als Einlage zu gelten. Auch der umgekehrte Fall ist *prima facie* denkbar, dass dem Kommanditisten also im Außenverhältnis eine Leistung haftungsbefreiend auf seine „Einlage" angerechnet wird, obwohl diese Leistung im Innenverhältnis *nicht* der bedungenen Pflichteinlage entspricht.

Sinnvoll erscheint deshalb eine eigene Bezeichnung für Leistungen, die dezidiert den Tatbestand der Einlagenleistung iSd § 171 Abs 1 UGB erfüllen. Hierfür hat in der Literatur bisher kein Begriff allgemeine Verbreitung gefunden. Der Begriff der „Hafteinlage" war als Gegensatz zur „Pflichteinlage" vor allem in der älteren Literatur gebräuchlich,[21] hat allerdings in der Wissenschaft zunehmende Ablehnung erfahren[22] und wird zur Vermeidung von Missverständnissen auch in dieser Arbeit vermieden. Stattdessen wird in dieser Dissertation der Begriff der „haftungsbefreienden Einlage" verwendet. Mit „haftungsbefreienden Einlagenleistungen" sind all jene Leistungen gemeint, die den Tatbestand der „Einlagenleistung" iSd § 171 Abs 1 UGB erfüllen und durch deren Erbringung der Kommanditist daher von seiner Außenhaftung befreit wird. Dementsprechend bezeichnet die „Rückgewähr der haftungsbefreienden Einlage" all jene Leistungen, die den Tatbestand von § 172 Abs 3 UGB erfüllen und die Haftung des Kommanditisten wiederaufleben lassen. Die Höhe der Außenhaftung des Kommanditisten ergibt sich schließlich begrifflich aus der Differenz zwischen der Haftsumme und der geleisteten haftungsbefreienden Einlage. Der Kommanditist ist niemals zur „Leistung einer haftungsbefreienden Einlage" verpflichtet,[23] sondern allenfalls (im Innenverhältnis) zur Leistung der Pflichteinlage und (im Außenverhältnis) zur Leistung der nicht durch die haftungsbefreiende Einlage gedeckten Haftsumme an Gesellschaftsgläubiger oder (im Falle der Gesellschaftsinsolvenz) an den Insolvenzverwalter gem § 171 Abs 2 UGB.

---

21 S zB *Jacobi*, JherJb 70 (1921) 300; *Stölzle*, GesRZ 1980, 204.

22 S insb *K. Schmidt*, Einlage 2 ff; *dens*, ZGR 1976, 307 (310 ff); auch *Potsch* 28; *Kirsch* 12 ff; *Konietzko* 53 ff.

23 Vgl insofern die Kritik von *Potsch* 28 an der „Hafteinlage", die zu dem Missverständnis Anlass gegeben habe, eine *Verpflichtung* des Kommanditisten zu bezeichnen; insofern zumindest missverständlich zB *v. Falkenhausen*, DStR 1992, 186.

D. Historische Entwicklung

1. AHGB

a. Entstehung der KG im AHGB

Die KG geht auf das AHGB (Allgemeines Handelsgesetzbuch) von 1863[24] zurück.[25] Heutzutage ist die KG im UGB als Variante der OG kodifiziert (§ 161 Abs 2 UGB). Historisch ist die KG allerdings eher als eine Weiterentwicklung der stillen Gesellschaft anzusehen.[26] Denn im ersten Redaktionsentwurf des AHGB war die KG noch gar nicht als eigene Gesellschaftsform vorgesehen. Die Redaktoren des AHGB betrachteten den Begriff der „Kommandite" zu diesem Zeitpunkt vielmehr bloß als Synonym für die stille Gesellschaft;[27] der Begriff des „Kommanditisten" wurde lediglich als Synonym für den stillen Gesellschafter verwendet[28] und der „Komplementar" war der Geschäftsherr, an dessen Betrieb der stille Gesellschafter beteiligt war.

Erst im zweiten Redaktionsentwurf des AHGB wurde die KG mit ihren Kommanditisten von der stillen Gesellschaft systematisch und terminologisch[29] abgespalten. Die Redaktoren des AHGB wollten mit der KG – insofern ähnlich der stillen Gesellschaft – eine Organisationsform für Fälle schaffen, in denen sich ein oder mehrere Gesellschafter als bloße Geldgeber an einem Handelsgewerbe beteiligen möchten. In wesentlichen Teilen regelte das AHGB KG und stille Gesellschaft inhaltlich übereinstimmend:[30] Sowohl der Kommanditist (Art 150 Abs 1 AHGB) als auch der stille Gesellschafter (Art 250 AHGB)

---

24 RGBl 1863/1, 14; in Deutschland: BGBl des Norddeutschen Bundes 1869/32, 601.

25 S zu den älteren deutschen und internationalen Vorläufern ausf *J. Meyer* 13 ff, insb 47 ff; *Gummert* in MüHdb GesR II[4] § 1 Rz 1 ff; *Anzinger* in FS U.H. Schneider 15 mit Ausführungen auch zu arabischen Einflüssen; *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 2/680 f; auch *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410; *Konietzko* 36 ff.

26 S insb Motive zum Entwurf des Referenten über die stille Gesellschaft, Anlage A zur 139. Sitzung, abgedruckt in *Lutz*, Protokolle AHGB 1158: Die KG sei *„lediglich eine veröffentlichte deutsche stille Gesellschaft, nur insoweit noch merkantilistisch ausgebildet, daß ihr eine Firma und Eigenthum verliehen ist."*

27 Vgl *Lutz*, Protokolle AHGB 1094, 1144 ff.

28 Vgl Motive zum Entwurf des Referenten über die stille Gesellschaft, Anlage A zur 139. Sitzung, abgedruckt in *Lutz*, Protokolle AHGB 1158.

29 S zur Benennung der KG *Lutz*, Protokolle AHGB 1144 ff; aaO 1094: *„zur genügenden Unterscheidung der neuen stillen Gesellschaft von der alten Kommandite"*; erstmals verwendet wurde die „neue" Terminologie im Entwurf des Referenten über die stille Gesellschaft, Anlage A zur 139. Sitzung, abgedruckt in *Lutz*, Protokolle AHGB 1151 ff.

30 Vgl *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (414 f).

wurden über ihre Beteiligung an der Gesellschaft (bloß) mit einer Vermögenseinlage definiert; die Haftung von Kommanditisten und stillen Gesellschaftern sollte sich grundsätzlich auf deren Einlagen beschränken (Art 165 bzw Art 252, 258 f AHGB).

Anders als bei der stillen Gesellschaft sollten die Kommanditisten der KG aber nach außen in Erscheinung treten. Während es sich bei der stillen Gesellschaft um eine bloße Innengesellschaft handeln sollte, wurde die KG als Außengesellschaft konzipiert:[31] Die Kommanditisten sollten mit ihrer Einlage ins Handelsregister eingetragen werden (Art 151 AHGB) und mit den Komplementären unter einer gemeinsamen Firma nach außen auftreten[32] (Art 150 S 1 AHGB). Von einer „stillen" Gesellschaft konnte bei der KG deshalb keine Rede mehr sein.[33]

---

31 Vgl *Lutz*, Protokolle AHGB 1031: *„Der Gedanke des preußischen Entwurfes sei der gewesen, daß zwischen den vier Arten von Handelsgesellschaften, die er zum Gegenstande seiner Bestimmungen gemacht habe, ein innerer Zusammenhang, nämlich der Gedanke eines stufenweisen Aufsteigens bestehe. […] In dieser Reihenfolge sei die stille Gesellschaft als eine solche, welche der offenen am nächsten stehe, eigentlich als eine Art der offenen gedacht. Namentlich sei auch bei ihr, gleichwie bei der offenen Gesellschaft die Meinung gewesen, eine Gesellschaft mit gemeinsamem Handlungsfonds und unter gemeinsamer Firma zu schaffen. Dieses Institut unterscheide sich nun gar sehr von der älteren deutschen stillen Gesellschaft. […] Die im preußischen Entwurfe in's Auge gefaßte, neue stille Gesellschaft sei im Wesentlichen auf der Grundlage des französischen Rechts entwickelt."* Vgl auch Motive zum Entwurf des Referenten über die stille Gesellschaft, Anlage A zur 139. Sitzung, abgedruckt in *Lutz*, Protokolle AHGB 1158: Nach den Änderungen gegenüber dem Preußischen Entwurf durch die Nürnberger Kommission sei *„die stille Gesellschaft […] offenbar von der sog. französischen völlig verschieden und verdient die Ungunst in keiner Weise, mit welcher die letztere betrachtet wird. Sie ist lediglich eine veröffentlichte deutsche stille Gesellschaft, nur insoweit noch merkantilistisch ausgebildet, daß ihr eine Firma und Eigenthum verliehen ist."*

32 Damit war aber im AHGB nicht das *höchstpersönliche* Auftreten des Kommanditisten gemeint. Im Gegenteil, wurde der Kommanditist persönlich als Gesellschaftsvertreter tätig, drohte ihm im AHGB aus Verkehrsschutzgründen eine Behandlung als Komplementär (Art 167 Abs 3 AHGB). Vgl *Lutz*, Protokolle AHGB 1032: *„Für eine glückliche Lösung der Aufgabe, die zwei Systeme der stillen Gesellschaft neben einander zu stellen, komme nur Alles darauf an, die unterscheidenden Kriterien aufzufinden. Diese lägen darin, daß 1) bei der neuen stillen Gesellschaft die Kontrahenten eine wirkliche Gemeinschaft des Handlungsfonds und des Handelsgewerbes wollten, während bei der alten stillen Gesellschaft der eingeschossene Fonds ganz in das Vermögen des Komplementars übergehe, und daß es 2) bei der neuen stillen Gesellschaft in der Idee liege, das Verhältniß dem Publikum gegenüber organisirt hervortreten zu lassen, bei der alten stillen Gesellschaft nicht. Deshalb sei bei jener die Eintragung in das Handelsregister und eine Andeutung in der Firma erforderlich, bei dieser nicht, da es sich bei ihr blos um die Vermehrung des Fonds eines Einzelkaufmanns handle."* Vgl auch *Lutz*, Protokolle AHGB 1094: *„Während bei der [alten stillen Gesellschaft] der stille Gesellschafter lediglich als ein Kapitalist erscheine, der sein Geld in ein fremdes Handelsgeschäft einlege, weshalb denn auch mehrere stille Gesellschafter unter sich in keiner Beziehung ständen […] erschienen der stille Gesellschafter […] bei der neuen Kommandite selbst als Mittheilhaber des Handelsgeschäftes und des Handelsnamens, daher als Mitglieder einer und derselben Gesellschaft."*

33 Vgl Motive zum Entwurf des Referenten über die stille Gesellschaft, Anlage A zur 139. Sitzung, abgedruckt in *Lutz*, Protokolle AHGB 1158: *„Bei ihrer Veröffentlichung durch Eintragung in das Handelsregister ist der Name: ‚Stille Gesellschaft' nicht passend, daher der Name: ‚Kommanditgesellschaft' gewählt, welcher auch in Deutschland üblich ist."*

b. *Haftung des Kommanditisten im AHGB*

Art 165 Abs 1 AHGB bestimmte, dass der Kommanditist für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft „nur mit der Einlage und, soweit diese nicht eingezahlt ist, mit dem versprochenen Betrage“ haftet. In der Literatur zum AHGB war strittig, ob die Gesellschaftsgläubiger von einem Kommanditisten, der seine Einlage *nicht* geleistet hatte, unmittelbare Begleichung ihrer Verbindlichkeiten verlangen konnten.[34] Fraglich war im AHGB also noch, ob den Kommanditisten eine persönliche Außenhaftung treffen sollte. Jedenfalls verpflichtete das AHGB den Kommanditisten aber zumindest im Gläubigerinteresse zwingend zur Leistung der im Handelsregister eingetragenen Einlage *an die Gesellschaft*.[35] Soweit der Kommanditist keine Einlage geleistet hatte, konnten die Gläubiger deshalb wenigstens im Exekutionsweg über die Gesellschaft auf die Einlageforderung gegen den Kommanditisten greifen.[36] Darüber hinaus durfte gem Art 165 Abs 2 AHGB die Einlage während aufrechter Gesellschaft weder an den Kommanditisten zurückbezahlt noch diesem erlassen werden. Abs 5 *leg cit* normierte, dass der Kommanditist für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haftete, soweit er entgegen Abs 2 ff Zahlungen von der KG empfangen hatte. Jedenfalls für den Fall der Einlagenrückgewähr kannte das AHGB also einen direkten Haftungsanspruch der Gesellschaftsgläubiger gegen den Kommanditisten. Im Ergebnis regelte das AHGB die Einlagenrückgewähr damit ähnlich wie heute § 172 Abs 3 UGB; lediglich einen (expliziten, unmittelbaren) Anspruch der Gesellschaftsgläubiger gegen einen Kommanditisten, der die im Handelsregister eingetragene Einlage noch nicht geleistet hatte, kannte das AHGB noch nicht.

2. HGB 1897

a. *Formales*

In Deutschland wurde das AHGB (bzw in Deutschland als ADHGB bezeichnet: Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch) bereits 1897 durch das HGB ersetzt. Das Zweite

---

[34] Reichstagsvorlage HGB 1897, 114; s auch mit zahlreichen Nw *K. Schmidt*, Einlage 6 Fn 37; *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (415 f) mwN in Fn 14 f; *Wiedemann*, GesR II 795 f. S zur Diskussion bei der Redaktion des AHGB *Lutz*, Protokolle AHGB 1099-1104.

[35] Nach *Potsch* 23 war der „Dualismus“ zwischen Einlageschuld im Innenverhältnis und Außenverhältnis dabei eine Erfindung der Rechtsprechung, die sich der Gesetzgeber des HGB 1897 zu eigen machte. S zu Nw zur Rechtsprechung zum AHGB dort.

[36] *Lutz*, Protokolle AHGB 1101 ff.

Buch des HGB, das das Recht der Personengesellschaften enthält, sollte dabei mit dem damals neuen BGB verschränkt werden. Allgemein gültige Bestimmungen des Gesellschaftsrechts sollten nicht in das HGB aufgenommen werden, sondern (nur) im BGB kodifiziert werden; das HGB 1897 erhielt stattdessen einen Generalverweis auf die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen im BGB (§ 105 Abs 2 HGB idF von 1897).[37]

In Österreich trat das deutsche HGB 1897 ursprünglich nicht in Kraft, sodass das AHGB hier zunächst seine Gültigkeit behielt. Erst nach dem Anschluss ans nationalsozialistische Deutschland wurde das HGB 1897 im Jahr 1938 auch in Österreich in Kraft gesetzt.[38] Ergänzt wurde das HGB dabei durch die EVHGB, die die originalgetreue Funktion des HGB in einem fremden Privatrecht sicherstellen sollten. Zu diesem Zweck wurden verschiedene Bestimmungen des BGB in die EVHGB aufgenommen, die auf diese Weise ins österreichische Gesellschaftsrecht „transplantiert" wurden.[39] Das deutsche HGB blieb in Österreich auch nach 1945 in Kraft. Es wurde in der Folge zwar novelliert und 2005 mit inhaltlichen Veränderungen ins „Unternehmensgesetzbuch" (UGB) umbenannt, aber nie durch eine umfassende Neukodifikation ersetzt. Für die historische Interpretation des UGB sind deshalb neben den Materialien zum AHGB vor allem auch die deutschen Materialien zum HGB 1897 von Relevanz.

b. Inhaltliches

Die Bestimmungen zum Kommanditisten erhielten mit dem HGB 1897 im Wesentlichen ihren heute noch gültigen Wortlaut. Das gilt gerade in Bezug auf die Außenhaftung des Kommanditisten. Die §§ 171 f HGB unterschieden zwar terminologisch noch nicht zwischen Haftsumme (Außenverhältnis) und Pflichteinlage (Innenverhältnis) – das HGB 1897 sprach stets von der „Einlage". Inhaltlich war die Trennung aber sehr wohl schon vollzogen. Denn nur im Außenverhältnis sollte die Höhe der versprochenen Einlage an der Eintragung im Handelsregister anknüpfen (§ 172 Abs 1 HGB). Im Übrigen entsprach der Wortlaut der § 171 Abs 1, § 172 Abs 4 HGB im Wesentlichen schon den § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB: Gem § 171 Abs 1 HGB haftete der Kommanditist gegenüber den Gesellschaftsgläubigern „bis zur Höhe seiner Einlage" unmittelbar. § 172 Abs 4 HGB

---

37 Reichstagsvorlage HGB 1897, 80.

38 Art 1 Abs 1 Z 1 EVHGB; vgl ErlRV HaRÄG 4.

39 Vgl dazu auch *Pisko*, Entwurf eines Handelsgesetzbuches (für Österreich) im Auftrage des Staatsamtes für Justiz (1920) 114.

bestimmte, dass die Einlage gegenüber den Gläubigern als nicht geleistet gilt, soweit sie dem Kommanditisten zurückbezahlt wurde. Mit dem HGB 1897 wurde auch erstmals ausdrücklich klargestellt, dass die Gesellschaftsgläubiger (außerhalb des Konkurses der KG: § 171 Abs 2 HGB) einen direkten Haftungsanspruch gegen den Kommanditisten haben (§ 171 Abs 1; vgl auch § 128 iVm § 161 Abs 2 HGB), also insbesondere nicht auf die exekutive Pfändung des Anspruchs der Gesellschaft gegen den mit der Einlage säumigen Kommanditisten beschränkt sind.[40]

3. UGB

Bis 2005 fanden keine weiteren, für hiesige Forschungsfrage relevanten Gesetzesänderungen im Zweiten Buch des HGB statt.[41] Inzwischen war es dem Gesetzgeber allerdings ein Anliegen geworden, das HGB auch zur Heimat für jene Wirtschaftstreibende zu machen, die nach allgemeinen Wortverständnis keine Kaufleute sind und auch juristisch nicht unter den Begriff des „Kaufmanns" iSd §§ 1 ff HGB subsumiert werden konnten.[42] Mit dem Handelsrechtsänderungsgesetz (HaRÄG) ersetzte der Gesetzgeber deshalb den Kaufmann als Anknüpfungspunkt und Grundtatbestand des HGB durch den „Unternehmer", unter den nunmehr neben die Gewerbetreibenden auch Freiberufler, Forst- und Landwirte fallen.[43] Zur Verdeutlichung des Paradigmenwechsels vom Kaufmann zum Unternehmer wurde das Handelsgesetzbuch (HGB) gleichzeitig symbolträchtig ins Unternehmensgesetzbuch (UGB) umbenannt.

Auch im Zweiten Buch kam es mit dem UGB zu einer Öffnung des Grundtatbestands: Im HGB durfte eine OHG oder KG lediglich zum Zweck des Betriebs eines Handelsgewerbes gegründet werden.[44] Das UGB erlaubt die Gründung einer OG oder KG

---

40 Vgl dazu Reichstagsvorlage HGB 1897, 114.

41 Das Rechnungslegungsgesetz, BGBl 1990/475 führte den Begriff des Jahresabschlusses auch ins Zweite Buch des HGB ein; das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1982, BGBl 1982/370 hob Art 7 Nr. 12, 13, 21 EVHGB über den Konkurs der Personengesellschaft auf; durch das BG FBG, BGBl 1991/10 kam es zu Änderungen im Zusammenhang mit der Firmenbucheintragung; § 162 Abs 2 über die Bekanntmachung der Firmenbucheintragung der KG wurde erst durch das Budgetbegleitgesetz 2001, BGBl 2000/142 formal aufgehoben, die Bestimmung war aber schon zuvor durch Art XXIII Abs 15 BG FBG obsolet geworden (ErlRV Budgetbegleitgesetz 2001, 311 BlgNR 21. GP 156).

42 Bildhaft ErlRV HaRÄG 4.

43 Vgl ErlRV HaRÄG 6 ff.

44 §§ 105, 161 HGB idF vor HaRÄG. Für sonstige Erwerbszwecke sowie die Vermögensverwaltung standen vor Einführung des UGB gem § 1 EGG immerhin die Offene Erwerbsgesellschaft (OEG) und die Kommandit-Erwerbsgesellschaft (KEG) offen, die der OHG bzw KG inhaltlich weitgehend entsprachen.

dagegen zu jedem „erlaubten Zweck“.[45] Auch die Bezeichnung der OHG wurde mit dem UGB angepasst: Aus der nicht länger handels- bzw kaufmannsspezifischen Offenen Handelsgesellschaft wurde die Offene Gesellschaft, kurz OG.[46] Die EVHGB wurden teilweise ins UGB übernommen, im Übrigen aber im Interesse von „Rechtsbereinigung sowie […] erhöhter Rechtsklarheit und Rechtssicherheit“[47] aufgehoben.[48] Außerdem wurde mit dem HaRÄG die Rechtsfähigkeit von OG und KG klargestellt.[49]

Auch die Außenhaftung des Kommanditisten erfuhr mit dem UGB kleinere Änderungen. Die „im Firmenbuch eingetragene Einlage“ wird seither sachgerecht als Haftsumme bezeichnet (§ 171 Abs 1 S 1 UGB).[50] § 172 Abs 1 HGB wurde durch diese terminologische Änderung überflüssig und aufgehoben, die folgenden Absätze des § 172 UGB rückten daher um eine Ziffer auf. Neu eingeführt wurde ein Auskunftsrecht der Gesellschaftsgläubiger gegenüber dem Kommanditisten über die Höhe der geleisteten Einlage (§ 171 Abs 1 S 2). Klargestellt wurde mit dem UGB auch, dass derjenige, der seinen Kommanditanteil derivativ auf einen Dritten übertragen hat, für eine Rückgewähr der Einlage an seinen Rechtsnachfolger *nicht* haftet (§ 172 Abs 3 S 3). Im HGB war für einen gutgläubigen Gewinnbezug noch erforderlich gewesen, dass der Jahresabschluss auch (vom Komplementär) gutgläubig errichtet worden war. Dieses Erfordernis wurde mit dem UGB gestrichen, gem § 172 Abs 4 UGB (Abs 5 HGB) muss nur mehr der Kommanditist selbst im

---

45 § 105 Abs 3 UGB; s auch § 161 Abs 1 UGB; vgl ErlRV HaRÄG 6, 14, 35 f, 46.

46 Vgl ErlRV HaRÄG 14: *„Angesichts des Umstandes, dass das UGB auf Grund der Öffnung seines Grundtatbestands nicht nur den Begriff des ‚Kaufmanns‘, sondern auch den des ‚Handels‘ aufgibt, charakterisiert der Ausdruck ‚offene Handelsgesellschaft‘ diese Gesellschaftsform nicht mehr in zutreffender Weise. Es sollte daher grundsätzlich in Hinkunft nicht von ‚offener Handelsgesellschaft‘, sondern von ‚offener Gesellschaft‘ gesprochen werden“*; vgl auch ErlRV HaRÄG 36.

47 ErlRV HaRÄG 18.

48 Vgl ErlRV HaRÄG 4: *„Doch hat sich – trotz früher Reformvorschläge – auch nach dem Wiedererstehen der Republik Österreich bis heute nichts an diesem Provisorium [der EVHGB] geändert, sodass etwa nach wie vor Bestimmungen des deutschen BGB die einschlägigen Regelungen des ABGB verdrängen (vgl. nur Art. 8 Nr. 14 4. EVHGB) und einer Harmonisierung mit dem HGB entgegenstehen. Eine Bereinigung dieser Rechtslage erscheint deshalb schon lange geboten.“* Vgl auch ErlRV HaRÄG 18: Es seien *„zahlreiche Bestimmungen seit langem überholt oder können systematisch unschwer entweder in das UGB oder als allgemeine zivilrechtliche Anliegen in das ABGB transferiert werden. Soweit solche Überführungen zweckmäßig erscheinen, werden sie im vorliegenden Entwurf vorgeschlagen; von der Übernahme aller anderen Bestimmungen soll dagegen Abstand genommen werden.“*

49 § 105 S 2; dazu ErlRV HaRÄG 14 f: nicht bloß eine auf spezielle Aktivitäten beschränkte, sondern *„umfassende Rechtsfähigkeit“*; aaO 15: *„Die Gesellschaft selbst soll über eine umfassende Rechtsfähigkeit, die alle Rechte und Pflichten einer juristischen Person erfasst (§ 26 ABGB), verfügen [Dies ändert aber] nichts am inneren Aufbau dieser Gesellschaften, somit auch nichts am Prinzip der ‚Gesamthandschaft‘ und damit an all jenen wesentlichen Elementen, die auch für die steuerrechtliche Beurteilung dieser Gesellschaften und ihrer Gesellschafter als ‚Mitunternehmer‘ maßgeblich sind“*. S auch ErlRV HaRÄG 36 f, 41.

50 Vgl ErlRV HaRÄG 47; zur Unterscheidung von „Pflichteinlage“ und „Haftsumme“ *K. Schmidt*, GesR[4] § 54 I 2.; *dens* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 5, 7 mwN.

Hinblick auf die Richtigkeit des Gewinnbezugs gutgläubig gewesen sein. Geändert wurde mit dem UGB schließlich auch § 176 über die Haftung des Kommanditisten für Handlungen der (Vor-)KG zwischen seinem Gesellschaftsbeitritt und der Eintragung des Beitritts im Firmenbuch.

E. Normzweck

1. Problemstellung

In diesem Abschnitt wird der Normzweck der § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB untersucht. Warum hat der Gesetzgeber vorgesehen, dass die Leistung einer Einlage den Kommanditisten von seiner Außenhaftung befreit? Mit welcher Begründung muss eine Einlagenrückgewähr das erneute Aufleben der Kommanditistenhaftung zur Folge haben?

2. Normzweck der Haftsumme im Allgemeinen

a. Bedeutung der Kommanditistenhaftung für das Gläubigerschutzkonzept der KG

Zur Klärung der Frage, warum die Einlagenleistung den Kommanditisten von seiner Außenhaftung befreit, empfiehlt sich zunächst eine Erörterung der Vorfrage, welche Zwecke der Gesetzgeber überhaupt mit der Außenhaftung des Kommanditisten verfolgt.

Die Außenhaftung des Kommanditisten ist gem § 171 Abs 1 UGB mit der im Firmenbuch eingetragenen Haftsumme beschränkt. Die Höhe der einzutragenden Haftsumme – und damit auch die Höhe der Außenhaftung der Kommanditisten insgesamt – ist den Gesellschaftern vom Gesetz aber freigestellt.[51] Das UGB fordert von den Kommanditisten damit keine absolute Mindesthaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Selbst eine Haftsumme von bloß € 1 ist nach dem Gesetzeswortlaut grundsätzlich zulässig.[52] Das UGB

---

[51] Vgl Reichstagsvorlage HGB 1897, 110 f, 115 f; OGH 2 Ob 517/88 GesRZ 1989, 38 [zust *Ostheim*]; *Wiedemann*, GesR II 795, 800; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 7.

[52] Die Zulässigkeit einer Haftsumme von € 1 bejahend *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 172 Rz 21; ebenso für den Fall, dass die Beteiligung eines Komplementärs mit „negativer Einlage“ (unten I.F. [37]) im Zuge der Erbrechtsfolge in eine Kommanditistenstellung umgewandelt wird, *Peters*, RNotZ 2002, 425 (431) mwN; vgl auch *C. Nowotny*, RdW 2009, 326: Mangels gesetzlicher Mindesthaftsumme würde auch ein „sehr niedriger Betrag“ den gesetzlichen Erfordernissen genügen; *Potsch* 29: Keine Mindestgröße für

verpflichtet die Kommanditisten auch nicht zur Eintragung einer Haftsumme, die die (vereinbarte oder tatsächlich geleistete) Pflichteinlage erreicht.[53] Für die Zulässigkeit einer die Pflichteinlage unterschreitenden Haftsumme spricht nicht zuletzt, dass mit dem HaRÄG die „Haftsumme" und die im Innenverhältnis bedungene Einlage vom Gesetzgeber auch begrifflich getrennt wurden.[54] Auch auf den Umfang der von der KG durchgeführten Geschäfte[55] oder die Stellung des Kommanditisten im Innenverhältnis[56] stellt § 171 Abs 1 UGB nicht ab.[57]

Ob die §§ 171 f UGB einen wesentlichen Beitrag zum Schutz der KG-Gläubiger leisten, macht das Gesetz daher im Einzelfall nicht davon abhängig, ob qualitative Kriterien (wie der Umfang der von der KG betriebenen Geschäfte, die Höhe der Pflichteinlage des Kommanditisten oder seine Mitbestimmungsrechte und Gewinnbeteiligung im Innenverhältnis) zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger eine Haftung des Kommanditisten notwendig erscheinen lassen; vielmehr kommt es im Rahmen der §§ 171 f UGB einzig darauf an, welche Haftsumme die Gesellschafter konkret gewählt haben. Welchen Beitrag die Haftung des Kommanditisten mit der Haftsumme zum Schutz der KG-Gläubiger konkret

---

Haftsumme, sie müsse lediglich positiv sein. Nach *K. Schmidt*, ZGR 1986, 152 (161) kann das Firmenbuchgericht die Eintragung einer „missbräuchlich" gestalteten KG allerdings ablehnen; Missbräuchlichkeit könne aufgrund einer Haftsumme von DM 1 vorliegen. *Voigt*, NZG 2008, 933 hat darüber hinaus vertreten, als Haftsumme könne auch ein Betrag in fremder Währung eingetragen werden. Dies ist mE zweifelhaft, weil die Pflicht zur Eintragung einer Geldsumme als Haftsumme es Dritten gerade ersparen soll, eigene Erkundungen über den tatsächlichen Wert der Haftsumme durchführen zu müssen.

53 *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 171 Rz 3; *Koller* in FS Heinsius (1991) 357 (358); *Jabornegg*, GesRZ 1998, 66; vgl OGH 2 Ob 517/88 GesRZ 1989, 38 [zust *Ostheim*]; *Wiedemann*, GesR II 800; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 161 Rz 24; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2862; *K. Schmidt*, ZGR 1986, 152 (161); *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR[2] §§ 171, 172 HGB Rz 20; vgl Reichstagsvorlage HGB 1897, 116; *H. P. Westermann*, Vertragsfreiheit 285; *Konietzko* 43.

54 Vgl auch ErlRV HaRÄG 47.

55 Vgl zur Lehre von der „qualifizierten Unterkapitalisierung" krit mwN *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (87 ff).

56 S zur Unerheblichkeit der Beteiligung des Kommanditisten am Gesellschaftsgewinn für seine Außenhaftung *H. P. Westermann*, Vertragsfreiheit 287; vgl auch BGH II ZR 25/70 BGHZ 60, 324, wo der Kommanditist „zu 99%" an Gewinn und Verlust einer GmbH & Co KG ieS beteiligt war, ohne dass dies vom BGH als haftungsverändernder Umstand aufgegriffen worden wäre (s *Immenga*, ZGR 1975, 487 [489]); zur Zulässigkeit eines (gänzlichen) Ausschlusses des Kommanditisten von der Verlustverteilung *Lutz*, Protokolle AHGB 1085 f; ebenso zur stillen Gesellschaft Reichstagsvorlage HGB 1897, 184. Auch wenn der Kommanditist als Geschäftsführer der KG tätig ist, haftet er den Gesellschaftsgläubigern grundsätzlich nur in Höhe der Haftsumme (keine „Einheit von Herrschaft und Haftung"): BGH II ZR 282/63 BGHZ 45, 204; *Potsch* 102 ff; *Konietzko* 167 ff; *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB[36] § 171 Rz 4; *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 171 Rz 5; *Bork*, AcP 1984, 465 (481); *Körmann* 45 f; vgl *Berg*, JuS 1974, 685 (692); *Hofmann*, NJW 1969, 577; *H. P. Westermann*, Vertragsfreiheit 287; aA noch *v. Braunbehrens*, DR 1941, 1134: Die Haftungsbeschränkung des Kommanditist sei gerechtfertigt, *weil* der Kommanditist von der Geschäftsführung ausgeschlossen sei und nur beschränkte Einwirkungsmöglichkeiten besitze; die Haftung erweitere sich, wenn der Kommanditist Geschäftsführung oder Vertretung an sich ziehe.

57 Nach *Krejci*, GesR I 370 ist eine unbeschränkte Haftung des Kommanditisten für die Gesellschaftsverbindlichkeiten gem § 1295 Abs 2 ABGB gerechtfertigt, wenn (kumulativ) die KG kapitalistisch ausgestaltet ist, vom Kommanditisten beherrscht wird und der Komplementär vermögensloser Strohmann ist.

leistet, hat der Gesetzgeber damit im Wesentlichen der Dispositionsfreiheit der Gesellschafter bei der Wahl der Haftsumme überlassen.[58]

Die gesetzliche Regelung hat den nicht zu unterschätzenden Vorteil, dass Rechtsstreitigkeiten über die Höhe der maßgeblichen Haftsumme im Verhältnis zwischen Gläubiger und Kommanditist durch das Abstellen auf die im Firmenbuch eingetragene Haftsumme grundsätzlich (vgl lediglich § 172 Abs 1 zweiter Fall UGB) vermieden werden. Der Rechtsklarheit ist die gesetzliche Regelung insoweit zuträglich.[59] Im Hinblick auf den Gläubigerschutz nimmt der Gesetzgeber damit freilich den Nachteil in Kauf, dass die Kommanditistenhaftung von den Gesellschaftern (*ex ante*) durch die Wahl einer entsprechend niedrigen Haftsumme weitgehend abbedungen werden kann. In der Lehre wurde in „Missbrauchs"-Fällen und anderen Sonderkonstellationen deshalb vielfach eine über die Haftsumme hinausgehende Haftung des Kommanditisten eingefordert.[60] Die Begründung und Berechtigung dieser Ansätze kann an dieser Stelle nicht weiter verfolgt werden. Stattdessen ist als Zwischenergebnis zur Bestimmung des Normzwecks von § 171 Abs 1 UGB zunächst festzuhalten, dass der Gesetzgeber die Außenhaftung des Kommanditisten jedenfalls im Grundsatz mit einer von den Gesellschaftern frei wählbaren Haftsumme begrenzen wollte.

Aufgrund der grundsätzlich freien Wählbarkeit der Haftsumme wurde der Haftung der Kommanditisten mit ihren Haftsummen für das Gläubigerschutzkonzept der KG zu Recht nur eine vergleichsweise geringe Bedeutung zugemessen.[61] Das soll nicht heißen, dass der Schutz der Gläubiger bei der Auslegung der §§ 171 f UGB keine wichtige Rolle spielen würde (s

---

58 Vgl auch *Jacobi*, JherJb 70 (1921) 300 (303 ff); *Wiedemann*, GesR II 795: Die Bedeutung der Finanzausstattung *„darf freilich [auch in der Co KG] nicht überschätzt werden, weil das Haftkapital der KG von den Gesellschaftern nach ihrem Ermessen veranschlagt werden kann"*.

59 Vgl Motive zum Entwurf des Referenten über die stille Gesellschaft, Anlage A zur 139. Sitzung, abgedruckt in *Lutz*, Protokolle AHGB 1160: *„Will [ein Kapitalgeber] zu jeder Zeit seine Einlage herausnehmen können, so kann er das Institut der veröffentlichten Kommanditgesellschaft wählen, bei welcher Jedermann von dem Sachverhältniß unterrichtet ist und nicht* ***durch Schein getäuscht wird****"* (Fettauszeichnung nicht im Original; s auch Motive zum Preußischen Entwurf 76). Vgl auch allgemein *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (88); *ders*, JBl 2011, 762.

60 S für Ansätze für eine über §§ 171 f UGB hinausgehende Haftung des Kommanditisten *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 19 mwN; ausf *Westermann*, Vertragsfreiheit 249 ff; *Schimka/Schörghofer* in GedS W.-D. Arnold 115 sowie die Nw soeben Fn 52 ff. S zur Haftung der Kommanditisten einer GmbH & Co KG ieS unten VI. [299] sowie das EKEG. S für eine allgemeine Kritik an „Haftungsdurchgriffen" im Gesellschaftsrecht *U. Torggler*, JBl 2006, 85.

61 Ähnl *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1038), der aus der freien Wählbarkeit der Haftsumme ableitet, dass deren Ausstrahlungen auf den Gläubigerschutz gering seien; vgl auch *dens*, GesR II 798; ähnl auch *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 3006; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 1; *Harrer* 445; *ders*, wbl 2009, 328 (329); vgl *Mossmann* 130; *Fromm* 217 ff; *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 6; *K. Schmidt*, Einlage 29 f: Kommanditistenhaftung als bloß alternatives Mittel der Gläubigersicherung; *Müßigbrodt*, Aufrechnung 60; *H. P. Westermann*, Vertragsfreiheit 285 f mit Fn 164.

dazu noch sogleich I.E.2.c. [21]). Primäres Gläubigerschutzinstrument der KG ist aber die unbeschränkte, persönliche Haftung des Komplementärs für alle[62] Gesellschaftsverbindlichkeiten.[63] Der Komplementär ist aufgrund seiner unbeschränkten Haftung typischerweise auch in besonderem Maße an der Vermeidung einer Gesellschaftsinsolvenz interessiert.[64] Dass das Gesetz dem Komplementär im Innenverhältnis weitgehende Geschäftsführungs- und Mitbestimmungsrechte zugesteht, hat deshalb auch den Zweck, den Komplementär in die Lage zu setzen, im Interesse der Gesellschaftsgläubiger einer Aushöhlung des Gesellschaftsvermögens durch die Kommanditisten wirksam entgegen zu treten.[65] Nach Ansicht des BGH geht die gesetzliche Regelung insofern *„davon aus, daß die Gesellschaftsgläubiger durch die unbeschränkte Haftung des persönlich haftenden Gesellschafters gegen eine Aushöhlung des Gesellschaftsvermögens zugunsten der Kommanditisten ausreichend gesichert sind“*.[66] Der Haftung des Kommanditisten kommt für den Schutz der KG-Gläubiger demgegenüber bloß eine untergeordnete Bedeutung zu.[67]

Der Gesetzgeber fordert dabei bewusst nicht, dass der Komplementär auch ein guter, vermögender Schuldner ist; vielmehr kann der Komplementär auch ein „Habenichts“ sein.[68] Auch diese Wertung ist rechtspolitisch durchaus nachvollziehbar. Es besteht nämlich im Allgemeinen kein zwingender Grund, die Gläubiger einer KG besser zu schützen als die Privatgläubiger ihres Komplementärs.[69] Der Komplementär wäre schließlich auch in der Lage gewesen, selbständig ein Unternehmen zu betreiben und damit am Markt aktiv zu werden. Wenn der Komplementär aber ohnehin selbständig am Rechtsverkehr teilnehmen

---

62 S zum Theorienstreit zwischen Erfüllungs- und Haftungstheorie unten Fn 71.

63 BGH II ZR 25/70 NJW 1973, 1036 (1038); vgl ErlRV HaRÄG 47: Komplementäre seien „eigentliche Haftungsträger“ der KG; s auch *Kirsch* 21; *Konietzko* 164; *Müßigbrodt*, Aufrechnung 59, 71; *Artmann* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Unternehmensbewertung und Gesellschaftsrecht 77 (104); *Harrer* 445; *K. Schmidt*, JZ 1985, 301 (302); *K. Müller*, NJW 1968, 225 (227); *Immenga*, ZGR 1975, 487 (489).

64 *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 3006; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 4; vgl *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 1.

65 Vgl *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 4; *Müßigbrodt*, Aufrechnung 71; *Potsch* 26, 94 f.

66 BGH II ZR 25/70 NJW 1973, 1036 (1038); *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 52; *Artmann* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Unternehmensbewertung und Gesellschaftsrecht 77 (104); *Mossmann* 129 f; ähnl BGH II ZR 268/88 BGHZ 110, 342 (356); *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 3006; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 4; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 1; *Huber*, ZGR 1988, 1 (16 f); *Immenga*, ZGR 1975, 487 (489); vgl auch *Riegger*, BB 1975, 1282 (1283): Gesellschaftsgläubiger würden durch die Haftung der Komplementäre *in Verbindung mit* der Haftung der Kommanditisten vor einer Aushöhlung des Gesellschaftsvermögens geschützt.

67 Soeben Fn 61.

68 So die Formulierung von *Koppensteiner* in FS Roth 395 (398). Im Verfahren BGH II ZR 282/63 BGHZ 45, 204 hat der BGH eine über die Haftsumme hinausgehende Haftung des Kommanditisten zu Recht abgelehnt, obwohl die Komplementärin mittellos war und der Kommanditist die Geschäfte der KG führte; vgl auch *Müßigbrodt*, Aufrechnung 71; *Konietzko* 175; *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 171 Rz 5; *Kuhn* in FS Heusinger 203; *Körmann* 58.

69 Vgl auch *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1038).

und Geschäfte abschließen darf, warum soll er dies nicht auch im Rahmen einer KG tun dürfen?[70] Egal ob der Komplementär im eigenen Namen auftritt oder namens der KG handelt – in beiden Fällen ist für potentielle Geschäftspartner transparent, mit wem sie kontrahieren; in beiden Fällen können sie (zumindest) das gesamte, der Exekution unterworfene Privatvermögen des Komplementärs zur Befriedigung ihrer Forderungen in Anspruch nehmen.[71] Eine Tätigkeit im Rahmen einer KG unterscheidet sich von einem selbständigen Tätigwerden des Komplementärs als Einzelunternehmer aus Gläubigersicht insofern vor allem dadurch, dass neben den Komplementär die Kommanditisten als beschränkt haftende Schuldner hinzutreten. Inwieweit die Kommanditisten einen eigenen Haftungsfonds für die Gesellschaftsverbindlichkeiten bereitstellen, können Dritte dabei grundsätzlich der im Firmenbuch eingetragenen Haftsumme entnehmen. Mit der Bereitstellung der KG als Rechtsform schafft der Gesetzgeber insofern für die Gesellschaftsgläubiger keine Gefahr, die nicht ohnehin schon durch die Zulassung des Komplementärs zur selbständigen Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr entstanden ist. Vielmehr hat der Gesetzgeber dem Komplementär bloß ermöglicht, eine schon nach allgemeinem Zivilrecht tolerierte Gläubigergefahr (nämlich durch eigenes Auftreten am Markt Verbindlichkeiten einzugehen) in eine KG zu *verlagern*.

Vor diesem Hintergrund erscheint eine Mindesthaftsumme der Kommanditisten zum Gläubigerschutz rechtspolitisch nicht zwingend erforderlich.[72] Denn zusammenfassend ist

---

70 Die Fundamentalkritik an der fehlenden Kapitalsicherung in der OG, die bei *K. Schmidt*, JZ 1985, 301 (302 f) anklingt, bezieht sich in der Sache deshalb auf kein *gesellschaftsrechtliches*, sondern ein *allgemein unternehmensrechtliches* Problem: Soll der Betrieb eines Unternehmens Anlass strengeren Gläubiger- und Verkehrsschutzes sein? *K. Schmidt* erörtert dabei insbesondere eine Erstreckung des Insolvenzgrunds der Überschuldung auf alle Unternehmen.

71 Eine Einschränkung erfährt die Haftung des Komplementärs allerdings nach der Haftungstheorie. Nach der Haftungstheorie haftet der Komplementär bloß für Geldschulden der Gesellschaft, nach der Erfüllungstheorie dagegen auch für alle sonstigen Gesellschaftsverbindlichkeiten (s näher *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 128 Rz 9 ff mwN; vgl zur Haftung des Kommanditisten nach der hM nur für Geldverbindlichkeiten iSd Haftungstheorie *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 171 Rz 2 mwN). Zu einer grundsätzlichen Neubewertung des Gläubigerschutzes führt aber auch die Haftungstheorie nicht, weil nicht auf Geld gerichtete Ansprüche in der Regel in einen Haftungsanspruch auf das (Geld-)Interesse des Gläubigers übergeleitet werden können. Letzteres ist zur Rechtfertigung der Haftungstheorie auch erforderlich, weil jede reduzierende Auslegung der Haftung des Komplementärs (und eine solche ist die Haftungstheorie) mit dem Gläubigerschutz vereinbar bleiben muss.

72 Vgl Reichstagsvorlage HGB 1897, 114 und dazu unten Fn 324; BGH II ZR 25/70 NJW 1973, 1036 (1038): Haftungsbeschränkung des Kommanditisten gerechtfertigt, weil wenigstens ein Teilhaber die volle Haftung übernommen hat; *H. P. Westermann*, Vertragsfreiheit 287 Fn 169: Es mag zutreffen, dass die unbeschränkte Haftung mindestens eines Gesellschafters dem Haftungsprivileg der anderen Gesellschafter seine Berechtigung gibt; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 4: Haftungsbeschränkung des Kommanditisten durch unbeschränkte Haftung des geschäftsführenden Komplementärs rechtfertigbar; ähnl wie dieser *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 46, 48; vgl auch *Fromm* 217; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 2; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 4.

schon mit der unbeschränkten Haftung des Komplementärs sichergestellt, dass den Gläubigern *durch die Zwischenschaltung einer KG* kein zusätzlicher Nachteil droht, der bei einem selbständigen Auftritt des Komplementärs als Einzelunternehmer nicht ebenso entstanden wäre. Dies genügt mE grundsätzlich für den gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz in der KG. Die Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine Mindesthaftsumme der Kommanditisten erscheint deshalb auch rechtspolitisch durchaus nachvollziehbar.

b. Warum kein gänzlicher Haftungsausschluss des Kommanditisten?

Bereits hingewiesen wurde darauf, dass die dogmatische Bedeutung der Haftung der Kommanditisten für das Gläubigerschutzkonzept der KG im Vergleich zur unbeschränkten Haftung der Komplementäre vergleichsweise gering ist (soeben 2. [14]). Dies wirft die Frage auf, warum der Gesetzgeber überhaupt eine Außenhaftung der Kommanditisten vorgesehen hat, diese Haftung aber so schwach ausgestaltet hat, dass sie von den Gesellschaftern nach dem Gesetzeswortlaut praktisch zur Gänze abbedungen werden kann. Warum hat sich der Gesetzgeber dann nicht gleich dafür entschieden, Nägel mit Köpfen zu machen und auf eine Außenhaftung der Kommanditisten überhaupt zu verzichten?

Aus den Materialien zum HGB 1897 ergibt sich unzweifelhaft, dass der historische Gesetzgeber *nicht* davon ausging, dass die Gesellschafter einer KG die Haftung ihrer Kommanditisten gem § 171 Abs 1 UGB regelmäßig soweit wie möglich ausschließen würden. Vielmehr ging der historische Gesetzgeber davon aus, dass die Gesellschafter als Haftsumme im Regelfall den Wert der bedungenen Pflichteinlage wählen würden.[73] AHGB und HGB sprachen dementsprechend auch noch gar nicht von der „Haftsumme", sondern von der im Handelsregister eingetragenen „Einlage" (Art 165 AHGB; § 172 Abs 1 HGB).

Woraus ergab sich die Überzeugung des historischen Gesetzgebers, dass die von den Gesellschaftern gewählten Haftsummen und Pflichteinlagen einander in der Praxis regelmäßig entsprechen würden? Eine Rolle mag dabei die Vorstellung gespielt haben, dass „anständige" Kommanditisten ihre (Pflicht-)Einlagen in der Gesellschaftskrise aufgrund einer

[73] Reichstagsvorlage HGB 1897, 110 f; vgl auch *Jabornegg*, GesRZ 1998, 66 (67).

moralischen Verantwortung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern in der Gesellschaft belassen würden – in diese Richtung weisen die Materialien zum AHGB.[74]

Warum sollte aber ein rationaler, am Eigeninteresse orientierter Kommanditist bei der Wahl der Haftsumme freiwillig eine höhere Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten übernehmen, als sie ihm vom Gesetz zwingend auferlegt wird? Der Grund hierfür kann mE nur darin liegen, dass vergleichsweise hohe Haftsummen ähnlich wie Patronatserklärungen dazu geeignet sein können, die Bonität der Gesellschaft in den Augen potentieller Geschäftspartner zu verbessern.[75] Umgekehrt könnte eine auffällig niedrige Haftsumme Dritte misstrauisch werden lassen. Die Höhe der Haftsumme ist deshalb grundsätzlich geeignet, Auswirkungen auf die Bonität der Gesellschaft zu zeitigen (s dazu noch näher sogleich unter d. [27]). Die (potentiellen) Auswirkungen der im Firmenbuch veröffentlichten Haftsummen auf die Gesellschaftsbonität unterstützen die These, dass auch rationale, am Eigeninteresse orientierte Kommanditisten mitunter freiwillig eine substantielle Haftsumme übernehmen könnten, um auf diese Weise einen gewissen Beitrag zur Förderung des Gesellschaftswohls[76] zu erbringen. Hinzu kommt, dass die Leistung einer (werthaltigen: s näher unten II. [42]) Pflichteinlage den Kommanditisten gem § 171 Abs 1 UGB auch von seiner Außenhaftung befreit. Die Übernahme einer Haftsumme ist für einen Kommanditisten, der tatsächlich mit der Einlagenleistung plant und vom Geschäftserfolg der Gesellschaft überzeugt ist, bis zur Höhe seiner Pflichteinlage deshalb nur mit einer vergleichsweise geringen zusätzlichen Belastung verbunden.[77]

Ausgehend von diesen Überlegungen erscheint die Überzeugung des historischen Gesetzgebers, seriöse Kommanditisten würden in aller Regel eine Haftsumme in Höhe ihrer bedungenen Pflichteinlage übernehmen, durchaus plausibel. Auch bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrags ist davon auszugehen, dass dann, wenn die Gesellschafter die Haftsummen nicht ausdrücklich bestimmt haben, eine Festsetzung der Haftsumme in Höhe

---

74 Vgl Motive zum Entwurf des Referenten über die stille Gesellschaft, Anlage A zur 139. Sitzung, abgedruckt in *Lutz*, Protokolle AHGB 1159.

75 Vgl *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 3; *Hügel*, GesRZ 1992, 258 (262 ff, insb 263); *Wünsch*, GesRZ 1978, 51 (54); auch *Lutz*, Protokolle AHGB 303 ff (insb 306), 1099 ff; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 1.

76 Vgl *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (308).

77 Vgl auch *Wiedemann*, GesR II 800. Nach *Cebulla*, DStR 2000, 1917 sei der Fall, dass die Haftsumme die bedungene Pflichteinlage übersteigt, „praktisch nicht anzutreffen". Keine Doppelhaftung droht mE insbesondere jenem Kommanditisten, der anstelle der Leistung der bedungenen Pflichteinlage einen Gesellschaftsgläubiger befriedigt hat: S zur Aufrechnung der Regressforderung nach Gläubigerbefriedigung mit der offenen (baren) Pflichteinlage unten IV.D. [265] sowie V.D.3.c. [289]; s umgekehrt zur Haftungsbefreiung des Kommanditisten nach Leistung der Pflichteinlage grundsätzlich unten IV. [258].

der Pflichteinlage im Zweifel dem hypothetischen Parteiwillen entspricht;[78] denn eine höhere Haftsumme ist grundsätzlich geeignet, die Bonität der Gesellschaft zu verbessern und bis zur Höhe der bedungenen Pflichteinlage für den jeweiligen Kommanditisten mit einer vergleichsweise geringen (zusätzlichen) Belastung verbunden.

Im Innenverhältnis sieht das Dispositivrecht für die Übernahme der Haftsumme keine besondere Vergütung vor.[79] Allerdings entspricht die Haftsumme im Zweifel ohnehin der vereinbarten Pflichteinlage;[80] die vereinbarte Pflichteinlage ist gem § 109 Abs 1 UGB wiederum im Zweifel die Bemessungsgrundlage für die Kapitalanteile, welche wiederum für die Gewinnbeteiligung des Kommanditisten maßgeblich sind (§ 121 Abs 1 UGB). Mittelbar entspricht die Gewinnbeteiligung des Kommanditisten im Innenverhältnis also nach dispositivem Recht ohnehin seiner Haftsumme, sodass für eine gesonderte gesetzliche Berücksichtigung der Haftsumme bei den Regeln über die Gewinnverteilung kein Anlass besteht. Dass der Gesetzgeber die Übernahme einer Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten grundsätzlich als potentiell werthaltigen Beitrag zum Gesellschaftszweck ansieht, ergibt sich dagegen mE aus § 167 S 1 UGB. Nach dieser Bestimmung ist nämlich bei der Gewinnverteilung im Zweifel zunächst den Komplementären ein „ihrer Haftung angemessener" Betrag zuzuweisen.[81]

c. Normzweck der Kommanditistenhaftung

Auch wenn der Gesetzgeber davon ausging, dass die Gesellschafter als Haftsumme in der Regel den Wert der Pflichteinlage wählen würden, ist der primäre Zweck der Kommanditistenhaftung gem § 171 Abs 1 UGB freilich nicht der Schutz des Eigenkapitals der KG. Denn wäre das der Fall gewesen, hätte der Gesetzgeber wohl eher § 188 UGB oder dem EKEG entsprechende Normen vorgesehen, bei denen die vom Kommanditisten

---

78 Ebenfalls auf den hypothetischen Parteiwillen abstellend *Potsch* 29 f; jedenfalls iE wie hier *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 3; *Harrer* 378. Die Erkenntnis, dass bedungene und eingetragene Einlage verschiedene Rechtsinstitute sind, ist im 19. Jahrhundert erst allmählich herangewachsen (vgl oben I.D.1. [8]; *Jacobi*, JherJb 70 [1921] 300 f mit Hinweis auf Reichstagsvorlage HGB 1897, 112). Die beiden Institute wurden allerdings im HGB stets mittels der Zweifelsregel verbunden, dass sich die Höhe der einzutragenden Einlage im Zweifel aus der Höhe der bedungenen Einlage ergibt (OGH 8 Ob 16/94 SZ 68/28; BGH II ZR 230/75 NJW 1977, 1820; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 161 Rz 16 f, § 171 Rz 5; *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR[2] §§ 171, 172 HGB Rz 20; ausf *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 172 Rz 24 ff; vgl auch *Stölzle*, GesRZ 1980, 204). Mit dem UGB wurde die Trennung von bedungener Einlage und Haftsumme auch im Gesetzestext terminologisch vollzogen.

79 Vgl zB *H. Westermann* in FS Barz (1974) 81 (82).

80 Soeben Fn 78.

81 Vgl dazu ErlRV HaRÄG 46.

geleisteten Einlagen in ihrer Gesamtheit geschützt werden – nicht bloß in Höhe der (beliebig niedrig festsetzbaren) Haftsumme. Vielmehr hat der Gesetzgeber den Gesellschaftern bewusst die Wahl einer niedrigeren Haftsumme als der Pflichteinlage freigestellt – das geht eindeutig aus den Materialien zum HGB 1897 hervor.[82]

Stattdessen soll § 171 Abs 1 UGB den Kommanditisten die Möglichkeit geben, durch die Wahl einer (nicht ganz unbedeutenden) Haftsumme außenwirksam Verantwortung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten zu übernehmen. Zweck des Instituts der Haftsumme ist dementsprechend vor allem die Schaffung eines Haftungsinstruments, mit dessen Hilfe KG-Gesellschafter freiwillig den Haftungsfonds für Gesellschaftsverbindlichkeiten erweitern können, um dem Rechtsverkehr die Bonität der Gesellschaft zu signalisieren.[83] Dass der Gesetzgeber den Gesellschaftern die Wahl einer Haftsumme nicht gänzlich freistellt, sondern *irgendeine* Haftsumme fordert, lässt sich mE am besten damit erklären, dass der Gesetzgeber die KG damit stärker von der stillen Gesellschaft (§§ 179 ff UGB) differenzieren wollte.[84] Die KG ist dementsprechend (im Vergleich zur stillen Gesellschaft) maßgeblich dadurch gekennzeichnet, dass die Kommanditisten auch nach außen auftreten und in Form der Haftsumme den Gesellschaftsgläubigern gegenüber Verantwortung für die Gesellschaft übernehmen.

Das Institut der Haftsumme dient insofern sowohl den Interessen (seriöser) KG-Gesellschafter als auch dem Gläubigerschutz:

Aus Sicht der Gesellschafter einer KG schafft § 171 Abs 1 UGB ein gesellschaftsvertragliches Gestaltungsrecht. Die Wahl der Haftsumme ist gesellschaftsvertraglicher Regelung zugänglich,[85] außenwirksam (vgl 176) und publizitätspflichtig (§ 162 UGB iVm § 4 Z 6 FBG). § 171 Abs 1 UGB kann insofern mE als Ausfluss des allgemeinen Prinzips der Privatautonomie aufgefasst werden, wonach die Möglichkeit der Selbstbindung durch Selbstauferlegung von Rechtspflichten im Kern ein *Recht* des Einzelnen ist:[86] Die Kommanditisten haben dementsprechend das *Recht*, sich durch die Eintragung einer € 1 übersteigenden Haftsumme privatautonom gegenüber den

---

82 Vgl Reichstagsvorlage HGB 1897, 110 f, 115 f; s auch oben bei und in Fn 53.

83 Vgl *Zacher* 16: wirtschaftliche Funktion der Kommanditistenhaftung sei die Stärkung der Finanzausstattung und Kreditfähigkeit der KG; ähnl *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 10.

84 Vgl *Schön*, ZGR 1990, 220 (234); s zur Entstehung der KG im AHGB schon oben I.D.1.a. [8].

85 Für alle *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB[36] § 171 Rz 1.

86 Vgl *Canaris*, Vertrauenshaftung 412 ff; auch *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB[7] Rz 172 ff; aber auch *F. Bydlinski*, Privatautonomie 66 ff, 126 ff.

Gesellschaftsgläubigern zur Haftung zu verpflichten. Umgekehrt wurde in der Literatur vielfach eine *haftungsbeschränkende* Wirkung der §§ 171 ff UGB betont: Es bestehe ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, wonach Gesellschafter einer Außengesellschaft unbeschränkt für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haften.[87] Beim Kommanditisten werde dieser Rechtsgrundsatz durchbrochen, indem dessen ansonsten unbeschränkte Haftung durch die Eintragung der Haftsumme im Firmenbuch summenmäßig beschränkt würde. Demnach würden die §§ 171 ff UGB keine Haftung des Kommanditisten *begründen*, sondern *ausschließen.*[88] Aus dieser Perspektive ermöglicht das UGB den Kommanditisten, die nach dem gesetzlichen Leitbild ja bloße Geldgeber sind, ihr Risiko mit der Haftsumme auf eine bestimmte Summe zu beschränken.[89]

Dem Gläubigerschutz dient § 171 Abs 1 UGB in zweierlei Hinsicht.[90]

Erstens können Dritte im Firmenbuch die Identität der Kommanditisten und die Höhe ihrer jeweiligen Haftsumme einsehen. Die Höhe der eingetragenen Haftsummen kann Dritten dabei die Unterscheidung seriöser von unseriösen Gesellschaften erleichtern. Die Eintragung von Haftsummen im Firmenbuch trägt daher zunächst insofern zum Gläubigerschutz bei, als es (potentiellen) Gesellschaftsgläubigern das Erkennen seriöser Gesellschaften erleichtert.

---

87 So führte der BGH II ZR 123/94 BGHZ 134, 333 (335 f) zur Vor-GmbH aus, dass *„nach allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts derjenige, der als Einzelperson oder in Gemeinschaft mit anderen Geschäfte betreibt, für die daraus entstehenden Verpflichtungen haftet. Dieser Grundsatz gilt solange, wie er nicht durch das Gesetz abgeändert wird – das hat sich in der Regelung zur Haftung des Kommanditisten (§§ 171 ff. HGB) [niedergeschlagen. Daher sei] außerhalb der gesetzlich geregelten Fälle nicht etwa die Annahme einer unbeschränkten, sondern diejenige einer beschränkten Haftung begründungsbedürftig."* Vgl auch *K. Schmidt*, GesR[4] § 18 IV 1. b); *Knobbe-Keuk* in FS Stimpel 187 (188).

88 *K. Schmidt*, DB 1977, 2313 (2314); *ders*, Einlage 7 f; *H. Westermann* in FS Barz (1974) 81 (82); *Potsch* 39 ff; *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (414 ff, 443): „wesensmäßig unbeschränkte" Kommanditistenhaftung durch Eintragung der Haftsumme „lediglich limitiert"; *dies* in FS Stimpel 187 (195); *Konietzko* 41; implizit auch *H. P. Westermann*, Vertragsfreiheit 287; vgl *G.H. Roth/Fitz*, UntR[2] Rz 395; aber auch *Müßigbrodt*, Aufrechnung 75 f; aA *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 18 f, 22 ff; *Kornblum* 252: Mithaftung der Gesellschafter einer KG nicht selbstverständlich, sondern erst kraft besonderer Gesetzesbestimmungen.

89 *Potsch* 92 f. S dazu auch noch unten bei und in Fn 117 ff.

90 Allgemein einen gläubigerschützenden Zweck der §§ 171 f UGB befürwortend auch *Bayer/Lieder*, ZIP 2008, 809 (811); *Konietzko* 73; *Mossmann* 120; vgl OGH 6 Ob 335/97a RdW 1998, 384 [*C. Nowotny*]; OGH 19.5.1998, 7 Ob 38/98h; OGH 20.5.1999, 6 Ob 27/99k. *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1038) hat aus der freien Wählbarkeit der Haftsumme dagegen abgeleitet, dass der Zweck der Kommanditistenhaftung *gar nicht* der Gläubigerschutz sei. Vielmehr solle der Kommanditist bloß dazu angeleitet werden, seine angeblich primäre Verpflichtung zu erfüllen: die Leistung der Pflichteinlage an die Gesellschaft; vgl auch *dens*, GesR II 798; *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 6. *Joost*, ZGR 1987, 370 (378) hat *Wiedemanns* Ansicht als „Theorie der funktional subsidiären Außenhaftung" bezeichnet. Insofern aA zu *Wiedemann* sind *K. Schmidt*, Einlage 29 f; *ders*, ZGR 1976, 307 (309 f); *Potsch* 126 f; im Ergebnis auch *Konietzko* 71 f; vgl auch *Wünsch*, GesRZ 1978, 51 (53 f); vgl zur Anreizwirkung der Haftsumme zur Leistung einer Pflichteinlage auch unten Fn 180.

Zweitens stellen die §§ 171 f UGB sicher, dass der Kommanditist zugunsten der Gesellschaftsgläubiger insgesamt Kapital im Wert der Haftsumme aufzubringen hat – sei es durch die Leistung einer Einlage an die Gesellschaft (s dazu sogleich I.E.3. [31]) oder durch die Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern.[91] Die Eintragung der Haftsumme im Firmenbuch kann insofern auch als eine Zusage des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern aufgefasst werden, insgesamt Kapital in Höhe der Haftsumme aufzubringen bzw sich dafür bereit zu halten.[92] Die Übernahme der Haftsumme ist dabei nach dem Gesetz insofern unwiderruflich, als eine spätere Herabsetzung der Haftsumme nur gegenüber Neugläubigern wirksam ist (§ 174 UGB)[93] und die Haftung des Kommanditisten gegenüber Altgläubigern auch nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft im Rahmen von § 160 UGB zeitlich befristet fortbesteht.

Die Gläubiger dürfen aufgrund der Eintragung der Haftsumme im Firmenbuch darauf vertrauen, dass der Kommanditist zugunsten der Gläubiger in ihrer Gesamtheit insgesamt[94] eigenes Vermögen im Werte der Haftsumme aufbringen wird.[95] Der vertrauensschützende Aspekt von § 171 Abs 1 UGB geht auch aus § 172 Abs 1 UGB hervor, wonach sich die Gesellschaftsgläubiger auf eine Erhöhung der Haftsumme berufen können, die zwar nicht im Firmenbuch eingetragen, aber den Gläubigern mitgeteilt worden ist. Offenbar geht der

---

91 Vgl *Wiedemann*, GesR II 800; *Steckhan*, DNotZ 1974, 69 (71): Kommanditist solle die „Kreditbasis" der KG in Höhe der Haftsumme verstärken; *Zacher* 16 f; vgl auch BGH II ZR 202/74 NJW 1976, 418 (419).

92 Vgl OGH 2 Ob 517/88 GesRZ 1989, 38 [zust *Ostheim*]: Der Kommanditist habe „versprochen", den Gesellschaftsgläubigern bis zur Haftsumme zu haften; s auch *Wiedemann*, GesR II 802: „öffentliches Versprechen"; *H. P. Westermann*, Vertragsfreiheit 286 f: „Kundgabeprinzip", „Garantieerklärung"; letzterem folgend *Müßigbrodt*, Aufrechnung 76 f, der die Haftsumme auch als „Zusage" zur Haftung bezeichnet; *Körmann* 19: „Garantieerklärung"; *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 10: „Haftungszusage"; *Konietzko* 58: Haftung aufgrund „verlautbarter Teilnahme" an KG; *Mossmann* 120: zugesichertes Haftkapital; *Jacobi*, JherJb 70 (1921) 300 (303 ff): einseitige „Willenserklärung" durch Zustimmung zur Registereintragung; *Saßenrath*, BB 1990, 1209 (1210): Bekanntgabe eines Haftungsreservoirs; vgl in diesem Sinne auch RG 12.2.1902, I 333/01 RGZ 51, 33 (36 f, 39): „öffentlich abgegebene Erklärung"; ebenso *Wünsch*, GesRZ 1978, 51 (53); RG 17.1.1898, VI 299/97 RGZ 40, 146; vgl auch *Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2951; abl *Potsch* 55: In der Haftsumme eine Verpflichtungserklärung des Kommanditisten zu sehen, sei „ein Fehler im Grundsätzlichen", weil die ansonsten unbeschränkte Haftung des Kommanditisten durch die Haftsumme erst begrenzt werde (vgl dazu auch oben Fn 87 f).

93 Auch nach Vollbeendigung der Gesellschaft besteht die Nachhaftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der beendeten Gesellschaft fort: BGH II ZR 310/12 WM 2013, 2268.

94 Vgl *Fromm* 232: Gesellschaftsgläubigern soll Wert der Haftsumme „reserviert" werden, sei es im Gesellschaftsvermögen oder im Privatvermögen des Kommanditisten; *J. Meyer* 156.

95 Vertrauensschutz als Normzweck bejahend auch BAG 3 AZR 304/80 NJW 1983, 1869; *Bayer/Lieder*, ZIP 2008, 809 (812); *Bork*, AcP 1984, 465 (481); *Müßigbrodt*, BB 1982, 338 (340); *v. Braunbehrens*, DR 1941, 1134 (1137); im Ergebnis auch *Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2951; *Potsch* 139, 172; vgl auch *Schön*, ZGR 1990, 220 (245). Vgl allgemein zur teleologischen Bedeutung des möglichen Vertrauens des Erklärungsempfängers auf die Bindungswirkung zugegangener Willenserklärungen *Canaris*, Vertrauenshaftung 412 ff; auch *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB[7] Rz 172 ff; *F. Bydlinski*, Privatautonomie 66 ff, 126 ff.

Gesetzgeber diesfalls schon aufgrund der Kenntnis der Gläubiger von der (nicht eingetragenen) Erhöhung der Haftsumme von einem entsprechenden Bedürfnis nach Vertrauensschutz aus.[96] Umgekehrt hat der Gesetzgeber des UGB den „neuen" § 176 UGB, wonach der Kommanditist vor Eintragung seiner Haftsumme nicht mehr unbeschränkt, sondern nur mehr in Höhe der vereinbarten Haftsumme für neu entstehende Verbindlichkeiten haftet, gerade damit begründet, dass diesfalls *kein schützenswertes Vertrauen* der Gesellschaftsgläubiger in eine höhere Haftung des nicht eingetragenen Kommanditisten bestünde.[97] Aus diesen Gründen lässt sich § 171 Abs 1 UGB mE die Wertung entnehmen, dass die Gesellschaftsgläubiger nach Eintragung der Haftsumme darauf vertrauen dürfen, dass der Kommanditist zu ihren Gunsten insgesamt Kapital in Höhe der eingetragenen Haftsumme aufbringen bzw sich dazu bereit halten wird.

Der vertrauensschützende Aspekt von § 171 Abs 1 UGB wird gerade auch dann deutlich, wenn die Einrichtung der Haftsumme fehlgeschlagen ist und durch eine Rechtsscheinhaftung – also eine Haftung aufgrund konkreten Vertrauens – ersetzt werden muss: so zB bei den Fällen zum HGB, bei denen eine als KG eingetragene Gesellschaft mangels betriebenen Gewerbes in Wahrheit keine war – die „Kommanditisten" hafteten den Gesellschaftsgläubigern trotzdem auf ihre eingetragenen Haftsummen, und zwar kraft Rechtsscheins (vgl § 15 Abs 3 UGB).[98]

---

96 Vgl auch zur stillen Gesellschaft *Lutz*, Protokolle AHGB 303 ff, 1099 ff, insb 1100 ff (vgl dazu auch Art 260 AHGB sowie *Schön*, ZGR 1990, 220 [235 f] mwN auch zur Literatur zum AHGB; *Konietzko* 58): Bei der stillen Gesellschaft stand die mit der Erstellung des AHGB betraute Kommission zunächst auf dem Standpunkt, dass ein Schutz der Gläubiger des Geschäftsherrn einer stillen Gesellschaft im Hinblick auf die Leistungspflicht des stillen Gesellschafters im Wesentlichen dann angebracht sei, wenn die Gläubiger von der bedungenen Einlage des stillen Gesellschafters Kenntnis erlangt hatten. (Erst) das Vertrauen der Gläubiger auf die bekannt gewordene Einlage sollte ein Schutzbedürfnis begründen. Die Überlegungen der Kommission zur stillen Gesellschaft sind in diesem Fall durchaus auch für die Ermittlung des historischen Telos der Haftung des Kommanditisten instruktiv. Denn erstens fehlt in den Materialien zum AHGB eine Diskussion über den Zweck der grundsätzlichen Beschränkung der Haftung des Kommanditisten mit der eingetragenen Einlage. Zweitens hatte die Kommission die stille Gesellschaft und die KG erst in zweiter Lesung getrennt und die KG als eine Variante der stillen Gesellschaft mit Außenauftritt betrachtet (oben I.D.1.a. [8]). Legt man die genannte Überlegung zum Vertrauensschutz in der stillen Gesellschaft auf die KG um, ergibt sich aus der Veröffentlichung der Haftsumme im Firmenbuch ein Schutzbedürfnis der Gesellschaftsgläubiger; denn die veröffentlichte Haftsumme ist den Gesellschaftsgläubigern ja typischerweise bekannt.

97 ErlRV HaRÄG 48.

98 S noch zum HGB zur Haftung der „Kommanditisten" einer fälschlich als KG eingetragenen, nicht gewerblich tätigen (§ 161 HGB) GesBR kraft Rechtsscheins OGH 6 Ob 692/86 RdW 1988, 162 und dazu zust *Frotz*, GesRZ 1989, 96; BGH II ZR 133/70 NJW 1973, 1691 (1693); OLG Koblenz 6 U 938/88 ZIP 1990, 1268. Vgl zur Haftung aufgrund einer fälschlich eingetragenen Haftsumme kraft § 15 Abs 1 bzw Abs 3 UGB OGH 1 Ob 2322/96v SZ 70/197; *Grunewald*, ZGR 2003, 541 (543 f). Daneben hat der BGH (BGH II ZR 181/68 WM 1972, 21; BGH II ZR 112/90 BGHZ 113, 216) auch eine Haftung des Scheinkommanditisten aus Vertrag bejaht, weil der fehlerhafte KG-Gesellschaftsvertrag als

Das (potentielle) Vertrauen der Gesellschaftsgläubiger in die Haftsumme ist bei der Auslegung der §§ 171 f UGB zu schützen. Damit kann freilich nicht gemeint sein, dass ein Gesellschaftsgläubiger ohne weiteres darauf vertrauen kann, persönlich die Haftung des Kommanditisten in Anspruch nehmen zu können, wenn der Kommanditist bereits eine Einlage geleistet oder andere Gläubiger befriedigt hat.[99] Immerhin ist das Schutzbedürfnis der Gesellschaftsgläubiger aber insoweit zu berücksichtigen, als bei der Auslegung sicherzustellen ist, dass der Kommanditist nur von seiner Außenhaftung frei wird bzw bleibt, solange er tatsächlich Kapital zugunsten der Gesellschaftsgläubiger aufgebracht hat – sei es durch die Leistung einer (auch nicht zurückgewährten) Einlage oder durch die unmittelbare Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern. Insoweit sind Gläubigerinteressen bei Auslegung der § 171 Abs 1 UGB, § 172 Abs 3 UGB zwingend zu berücksichtigen.[100] Schon daraus ergibt sich beispielsweise, dass der Kommanditist durch die Leistung einer Einlage nur insoweit von seiner Außenhaftung frei werden kann, als das in die Gesellschaft eingelegte Vermögen auch dem Werte nach der Haftsumme entspricht. Umgekehrt muss die Haftung des Kommanditisten gem § 172 Abs 3 UGB aufleben, sobald das Gesellschaftsvermögen durch eine Leistung an den Kommanditisten dem Werte nach verringert worden ist.[101] Mit anderen Worten ist bei der Auslegung der § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB grundsätzlich sicherzustellen, dass der Haftungsfonds, der mit der Übernahme der Haftsumme zugunsten der Gesellschaftsgläubiger geschaffen wurde, nicht durch Leistungen zwischen Gesellschaft und Kommanditist beeinträchtigt wird (s dazu noch ausführlicher sogleich 3. [31]).

Gesellschaftsvertrag einer BGB-Gesellschaft mit einer der KG angenäherten Struktur aufzufassen sei. Die „Kommanditisten" würden für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich, aber der Höhe nach beschränkt mit der Haftsumme haften. Damit würden wiederum aufgrund wahrer Einwilligung des „Kommanditisten" zu seiner Haftung die Gutglaubens-Elemente der Rechtsscheinhaftung (Disposition des Geschützten im Vertrauen auf den Vertrauenstatbestand: *Canaris*, Vertrauenshaftung 491 ff) entbehrlich. Vgl auch *Jacobi*, JherJb 70 (1921) 300 (305 f): Entspricht die „Haftungserklärung" dem Willen des Erklärenden, beruhe seine Haftung auf letzterem; widerspricht sie seinem wahren Willen, beruhe seine Haftung auf dem Schein der Erklärung.

99 Vgl *J. Meyer* 156: bloße Garantie eines „Haftungsreservoirs". Gem § 171 Abs 1 S 2 hat der Kommanditist immerhin ein Auskunftsrecht gegenüber dem Kommanditisten über die Höhe der geleisteten Einlage. Wurde eine Einlage geleistet, erhält der Gläubiger dadurch aber immer noch keine Einsicht darüber, ob die Einlage im Gesellschaftsvermögen noch dem Werte nach vorhanden, oder aber durch Gesellschaftsverluste aufgezehrt worden ist: vgl *Wiedemann*, GesR II 798; *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 3 (5): Der Kommanditist sei vor einem „Verdunsten" der Einlage nicht gefeit.

100 Vgl OGH 2 Ob 517/88 GesRZ 1989, 38 [zust *Ostheim*]; *Konietzko* 59, 164; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 3; *Duursma-Kepplinger* in *Duursma* ea, Hdb GesR Rz 1322; ähnl *Leven* 6; *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 880; allgemein den zwingenden Charakter der §§ 171 f UGB befürwortend *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 2, § 172 Rz 7; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 1, § 172 Rz 18; *Wünsch* in FS Wilburg 477 (487).

101 Vgl zur Begründung einer strengen Wertprüfung bei § 172 Abs 3 UGB mit dem Schutz des Vertrauens der Gesellschaftsgläubiger *Potsch* 179.

Zusammenfassend liegt der Zweck des Instituts der Haftsumme mE im Wesentlichen in der Schaffung eines Haftungsinstruments, mit dessen Hilfe KG-Gesellschafter freiwillig den Haftungsfonds für Gesellschaftsverbindlichkeiten erweitern können, um dem Rechtsverkehr die Bonität der Gesellschaft zu signalisieren. Weiters kann § 171 Abs 1 UGB als Ausfluss des allgemeinen Prinzips der Privatautonomie aufgefasst werden, indem es den Kommanditisten die öffentliche Übernahme einer Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten erleichtert. Das Institut der Haftsumme trägt gleichzeitig insofern zum Gläubigerschutz bei, als es (potentiellen) Gesellschaftsgläubigern die Unterscheidung seriöser von unseriösen Gesellschaften erleichtert. Aufgrund der Eintragung der Haftsumme im Firmenbuch dürfen die Gesellschaftsgläubiger außerdem darauf vertrauen, dass der Kommanditist in Höhe seiner Haftsumme zugunsten der Gläubiger in ihrer Gesamtheit insgesamt eigenes Vermögen im Werte der Haftsumme aufbringen wird. Für die Auslegung der §§ 171 f UGB ergibt sich schon daraus, dass der Kommanditist nur von seiner Außenhaftung frei werden bzw bleiben darf, solange er tatsächlich Kapital zugunsten der Gesellschaftsgläubiger aufgebracht hat – sei es durch die Leistung einer Einlage oder durch die unmittelbare Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern.

d. Mechanismen zur Bonitätssteigerung

In diesem Abschnitt ist der Frage nachzugehen, aus welchen Gründen die im Firmenbuch ersichtliche Haftsumme Dritten Rückschlüsse auf die Bonität der Gesellschaft erlauben kann. Konkret wäre ein rational handelnder Dritter mE aus zwei Gründen eher dazu bereit, Gesellschaften mit hohen Haftsummen (oder besser noch: mehreren Komplementären) Kredit zu gewähren als Gesellschaften mit auffällig niedrigen Haftsummen oder bekanntermaßen kreditunwürdigen Gesellschaftern: erstens wird der den Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehende Haftungsfonds mit dem Beitritt des Kommanditisten zur Gesellschaft grundsätzlich *ceteris paribus* um dessen Haftsumme vermehrt; zweitens signalisiert eine hohe Haftsumme aufgrund des damit verbundenen Eigenopfers des Kommanditisten Dritten dessen Seriosität und die Seriosität des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens. Beide Argumente sollen im Folgenden noch näher dargestellt werden.

Zunächst zum Argument, dass mit Übernahme einer Haftsumme unmittelbar der den Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehende Haftungsfonds *ceteris paribus* vermehrt wird. Die §§ 171 f UGB stellen sicher, dass der Kommanditist entweder mit seinem eigenen

Vermögen gegenüber den Gesellschaftsgläubigern haftet, oder aber eine Einlage an die Gesellschaft leistet. In beiden Fällen kommt es zu einer Vergrößerung des den Gesellschaftsgläubigern insgesamt zur Verfügung stehenden Haftungsfonds. Ob der Kommanditist überhaupt in der Lage ist, Gesellschaftsgläubiger zu befriedigen bzw eine Einlage zu leisten, ist freilich davon abhängig, dass der Kommanditist überhaupt über ausreichendes, eigenes Vermögen verfügt. Ein rational handelnder Dritter wird deshalb zögern, einer KG eine höhere Bonität zuzugestehen, nur weil ein ihm unbekannter Kommanditist eine Haftsumme übernommen hat. Ein Dritter wird zudem auch die Möglichkeit in Betracht ziehen, dass die Haftsumme bereits durch die Befriedigung anderer Gläubiger aufgebraucht wurde. Schließlich ist es möglich, dass Kommanditist eine Einlage geleistet hatte, die aber bereits durch Gesellschaftsverluste aufgezehrt worden ist. Aus all diesen Gründen wird ein rational handelnder Gesellschaftsgläubiger, der über keine weiteren Informationen über Gesellschaft und Kommanditist verfügt, nicht unbedingt damit rechnen, persönlich aus der Haftsumme des Kommanditisten (bzw der von diesem geleisteten Einlage) Befriedigung erlangen zu können. Ist die Kreditwürdigkeit des Kommanditisten selbst bekannt, wird ein rationaler Dritter aber zumindest davon ausgehen, dass der Haftungsfonds für Gesellschaftsverbindlichkeiten durch diesen Kommanditisten *ceteris paribus* um die Haftsumme vermehrt worden ist. Ist der Dritte darüber hinaus über die allgemeine Vermögens- und Finanzlage der KG bzw ihres Komplementärs ungefähr im Bilde, kann ihn die Eintragung einer substantiellen Haftsumme womöglich davon überzeugen, dass durch die KG, ihren Komplementär und den Kommanditisten gemeinsam eine Befriedigung aller Gesellschaftsverbindlichkeiten sichergestellt ist.

Der zweite plausible Mechanismus, aufgrund dessen ein rational handelnder Dritter einer KG aufgrund der im Firmenbuch ersichtlichen Haftsumme eine höhere Bonität zugestehen könnte, beruht auf Anreizüberlegungen. Ein (nicht selbst ganz mittelloser) Kommanditist setzt mit der Übernahme einer Haftsumme nämlich eigenes Vermögen aufs Spiel: (Spätestens) in der Gesellschaftsinsolvenz muss er seine Haftsumme gem § 171 Abs 2 UGB an den Insolvenzverwalter leisten, soweit er nicht bereits zuvor eine Einlage geleistet bzw Gesellschaftsgläubiger befriedigt hatte. Der Kommanditist verpflichtet sich also bereits mit der Übernahme der Haftsumme, spätestens in der Gesellschaftsinsolvenz ein Eigenopfer zugunsten der Gesellschaftsgläubiger zu erbringen. Ein rational handelnder Kommanditist würde eine (substantielle) Haftsumme deshalb nur übernehmen, wenn er auch vom Erfolg des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens überzeugt ist. Aus der Übernahme der

Haftsumme können Dritte deshalb schließen, dass der Kommanditist im Zeitpunkt der Übernahme der Haftsumme an die wirtschaftliche Tragfähigkeit der Gesellschaft geglaubt hat.[102] Diese Information ist für den typischen Gesellschaftsgläubiger[103] auch gerade deshalb von Interesse, weil Dritte in der Regel nicht über denselben Einblick in die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft verfügen wie der Kommanditist (vgl § 166 UGB). Typischerweise ist der Kommanditist deshalb besser in der Lage, die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft zu beurteilen, als ein außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses stehender Dritter.

In volkswirtschaftlicher Diktion erzeugt die Übernahme der Haftsumme deshalb eine *Signalwirkung*:[104] Aus der Übernahme einer substantiellen Haftsumme können Dritte darauf schließen, dass die Gesellschaft – jedenfalls nach Ansicht des Kommanditisten – ein erfolgversprechendes Unternehmen betreibt.[105] Alleine aus diesem Grund ist denkbar, dass ein rational handelnder Dritter aufgrund der Kenntnisnahme von einer substantiellen Haftsumme zur Überzeugung gelangt, dass die Gesellschaft auch künftig vermutlich in der Lage sein wird, ihre Verbindlichkeiten zu begleichen.

Die mit der Übernahme der Haftsumme verbundene Verlustbeteiligung des Kommanditisten in der Gesellschaftsinsolvenz ist außerdem geeignet, auf das (künftige)

---

102 Vgl *Koppensteiner*, GesRZ 2014, 3 (4).

103 Freilich werden Gläubiger, zu denen die Gesellschaft in einem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis steht – das kann insbesondere die Hausbank sein – mitunter *besser* als die Kommanditisten über die Lage der Gesellschaft informiert sein.

104 Vgl *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 6: „freiwilliges Seriositätssignal".

105 Die Volkswirtschaftslehre beschäftigt sich mit der Interaktion von Eigen- und Fremdkapitalgebern im Rahmen der sogenannten *capital structure theory* (S zu einem Literaturüberblick *Miglo*, The Capital Structure Theory: Where Do We Stand After Crisis? Journal of Capital Structure and Financing 2013, Heft 1 Seite 1) und kommt oftmals zu einem scheinbar gegenteiligen Ergebnis: Je größer die Ertragsaussichten eines Unternehmens sind, umso stärker würden Gesellschafter und Geschäftsführer dazu neigen, Fremd- statt Eigenkapital aufzunehmen, um den erwarteten Geschäftserfolg nicht mit neuen Investoren teilen zu müssen; die Ausgabe neuer Anteile würde deswegen vom Markt als Signal der Schwäche interpretiert. Diese These beruht allerdings auf der Annahme, dass die Kapitalerhöhung nicht aus eigenen Mitteln der Gesellschaft (zB thesaurierte Gewinne) oder aus Mitteln von Gesellschaftsinsidern finanziert wird, sondern über den allgemeinen Kapitalmarkt. Neu hinzukommende Eigenkapitalgeber besäßen daher keinen Informationsvorsprung gegenüber dem allgemeinen Markt, sodass auch die „Signalwirkung" der Einschätzung des Unternehmens durch die neuen Eigenkapitalgeber für die Gesellschaftsgläubiger uninteressant wäre. Damit verbleibt nur die Signalwirkung des Verhaltens der Altgesellschafter, denen (oder zumindest den die Kapitalerhöhung forcierenden Geschäftsführern) die *capital structure theory* zu Recht einen Informationsvorsprung attestiert. Die Altgesellschafter einer Gesellschaft mit überdurchschnittlichen Ertragserwartungen haben nun tatsächlich ein Interesse daran, den erwarteten Gesellschaftserfolg nicht mit neuen Mitgesellschaftern zu teilen, sondern primär festverzinstes Fremdkapital aufzunehmen. Eine weitere Annahme der *capital structure theory* ist, dass die Marktteilnehmer auch die Kapitalstruktur des am Kapitalmarkt auftretenden Unternehmens einsehen können, sodass beobachtet werden kann, ob (alternativ) Eigen- oder Fremdkapital aufgenommen wird. Darüber hinaus muss vorausgesetzt werden, dass die Gesellschaft auch tatsächlich in der Lage wäre, Fremdkapital zum Marktzinssatz aufzunehmen, was gerade bei kleinen und mittleren Personengesellschaften oftmals nicht der Fall sein wird.

Verhalten des Kommanditisten Einfluss zu nehmen. Das Interesse des Kommanditisten an der Vermeidung einer Gesellschaftsinsolvenz wird nämlich gesteigert, wenn er im Insolvenzfall selbst mit einer endgültigen finanziellen Einbuße in Höhe der Haftsumme zu rechnen hat.[106] Die Haftsumme kann deshalb dazu beitragen, dass der Kommanditist bei der Ausübung seiner Mitbestimmungsrechte in der Gesellschaft das Gesellschaftsinteresse sowie die Interessen der Gesellschaftsgläubiger in angemessener Weise berücksichtigt. Eine besonders hohe Haftsumme kann so für den Kommanditisten ähnliche Anreize setzen, wie das die unbeschränkte Haftung gem § 128 UGB für den Komplementär tut, der aufgrund seiner unbeschränkten Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten ein besonderes Interesse an der Vermeidung einer Gesellschaftsinsolvenz hat.[107] Die Übernahme einer hohen Haftsumme kann so mittelbar zu einer besonnenen wirtschaftlichen Gebarung der Gesellschaft beitragen. Eine sorgfältige Führung der KG erhöht wiederum die Wahrscheinlichkeit, dass die Gesellschaft auch zukünftig zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten in der Lage sein wird. Auch auf diesem Weg ist die Übernahme der Haftsumme grundsätzlich geeignet, zur Bonität der Gesellschaft einen Beitrag zu leisten, weil sie Dritten einen Rückschluss darauf erlaubt, inwieweit die Anreize der Kommanditisten mit dem Gesellschaftswohl akkordiert sind.

Zusammenfassend lassen sich zwei Gründe erkennen, aufgrund derer die Übernahme einer Haftsumme zu einer höheren Gesellschaftsbonität führen kann: Zum ersten wird durch die Übernahme der Haftsumme – abhängig von der Bonität des Kommanditisten selbst – der den Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehende Haftungsfonds *ceteris paribus* vergrößert. Zum zweiten signalisiert die Haftsumme dem Rechtsverkehr die wirtschaftliche Tragfähigkeit des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens, sodass rationale Dritte die wirtschaftliche Situation dieses Unternehmens womöglich besser einstufen.

---

106 Vgl zur Anreizsteuerung durch die Einlage in der GmbH *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 6 Rz 1: „Eigenopfer"; *dens* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 3 (5 f): „Der Kapitän sitzt im Boot"; *Rüffler*, GES 2005, 140 (145 f).

107 S zB *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 3006; *Potsch* 58 f. Aufgrund seiner (im Vergleich zu den Kommanditisten) stärkeren Mitbestimmungsrechte im Innenverhältnis ist der Komplementär grundsätzlich auch besser als die Kommanditisten in der Lage, auf die Finanzierung und Gebarung der Gesellschaft Einfluss zu nehmen: s dazu schon oben bei und in Fn 61 ff. Vgl OLG Celle 9 U 2/03 NJW-RR 2004, 1040: Unbeschränkte Haftung des Komplementärs soll „wirtschaftlich vernünftige Unternehmensführung gewährleisten"; zutreffend auch *Müßigbrodt*, Aufrechnung 71: Selbstorganschaft und unbeschränkte Haftung der Komplementäre soll Interessenkongruenz mit den Gläubigerinteressen sicherstellen.

3. Normzweck von Einlagenleistung und Einlagenrückgewähr

a. Normzweck der Haftungsbefreiung aufgrund Einlagenleistung

Gem § 171 Abs 1 UGB wird der Kommanditist von seiner Außenhaftung frei, soweit er an die Gesellschaft eine Einlage geleistet hat. Die bisherigen teleologischen Überlegungen zur Haftsumme im Allgemeinen (soeben I.E.2. [14], insb I.E.2.c. [21]) machen erklärlich, warum das Gesetz den Kommanditisten im Falle der Leistung einer Einlage an die Gesellschaft von seiner Außenhaftung befreit: Dies ist einerseits erforderlich, um die Attraktivität der Übernahme einer (aufgrund ihrer Höhe nicht ganz unbedeutenden) Haftsumme für den Kommanditisten sicherzustellen. Gleichzeitig ist eine Haftungsbefreiung des Kommanditisten auch aus Gläubigersicht gerechtfertigt, soweit er eine (werthaltige) Einlage an die Gesellschaft geleistet hat:[108] Denn schon dadurch hat der Kommanditist eigenes Vermögen aufgebracht. Gleichzeitig steht die geleistete Einlage im Gesellschaftsvermögen grundsätzlich dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger zur Verfügung. Auch im Hinblick auf den Gläubigerschutz ist die Befreiung des Kommanditisten von seiner Außenhaftung deshalb gerechtfertigt, soweit er eine werthaltige Einlage an die Gesellschaft geleistet hat. Bei der Bewertung der geleisteten Einlage gem § 171 Abs 1 UGB sollte aber grundsätzlich darauf geachtet werden, dass die geleistete Einlage für die Gesellschaftsgläubiger ein gleichwertiges *aliud* im Vergleich mit der dadurch untergehenden Kommanditistenhaftung darstellt.[109]

Auch wenn die geleistete Einlage durch Gesellschaftsverluste verloren geht, ist in bilanzieller Betrachtung grundsätzlich davon auszugehen, dass die Einlage zugunsten der Gesellschaftsgläubiger aufgeopfert wurde.[110] Denn in bilanzieller Betrachtung absorbiert die Einlage als Eigenkapital Gesellschaftsverluste vor den Fremdkapitalgebern.[111] Mit der

---

108 Vgl *Hüffer*, ZHR 151 (1987) 396 (412): *„Ein schlüssiges dogmatisches Konzept [zur haftungsbefreienden Einlage] muß von der Frage ausgehen, unter welchen Voraussetzungen es gerechtfertigt ist, die Gesellschaftsgläubiger auf die KG als Schuldnerin zu verweisen"*.

109 *Müßigbrodt*, Aufrechnung 77; vgl *Potsch* 139; *U. Torggler*, GesR AT Rz 698: Gläubigerschutzmodell zielt darauf, dass das dem Gläubigerzugriff ausgesetzte Vermögen durch Vermögensverschiebungen zwischen Kommanditist und Gesellschaft nicht beeinträchtigt wird; schon *A. Mayer*, Haftung 48; vgl auch *Kirsch* 108; *Mossmann* 120; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 36: Haftungsbefreiende Einlage muss ein der Haftsumme objektiv entsprechendes Vermögen darstellen; *Rieder/Huemer*, GesR[3] 177; s auch unten Fn 160 mwN.

110 Vgl *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (419).

111 Vgl *Koch* 18, 31; *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (417): Verlustbeteiligung sei ein Wesensmerkmal der Einlage; ähnl auch *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 12; s zur bilanziellen „Verlustausgleichsfunktion" des Eigenkapitals *Hofians/Ressler* in WK UGB II[3] § 229 Rz 3 mwN; vgl auch

Absorption von Gesellschaftsverlusten hat die Einlage aber gerade ihren gläubigerschützenden Zweck erfüllt.[112] Eine Haftungsbefreiung des Kommanditisten bleibt deshalb auch dann (weiterhin) gerechtfertigt, wenn die Einlage durch Gesellschaftsverluste verloren gegangen ist. Dies geht auch aus § 172 Abs 3 S 2 UGB hervor, wonach der Kommanditist für Gesellschaftsverluste nur insoweit haftet, als er „Gewinnanteile" entnommen hat, obwohl frühere Verlustzuweisungen noch nicht ausgeglichen waren; *e contrario* lässt sich daraus schließen, dass die Zuweisung eines Gesellschaftsverlusts an den Kommanditisten alleine dessen Haftung noch nicht wieder aufleben lässt.[113] Soweit die vom Kommanditisten geleistete Einlage noch körperlich im Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, wird die Gesellschaft diese im Falle von Gesellschaftsverlusten gegebenenfalls verwerten, und den Verwertungserlös zur Befriedigung ihrer Gläubiger verwenden.[114] In diesem Fall wird die Einlage auch körperlich zur Verlustabsorption aufgebraucht.

> **Beispiel:** Ein Kommanditist leistet eine Bareinlage von 100. Die Gesellschaft besitzt in der Folge zusätzliches bilanzielles Eigenkapital von 100. Die Geschäfte der Gesellschaft gehen schlecht, es entstehen Neuverbindlichkeiten von 100, denen kein zusätzliches Aktivvermögen gegenübersteht. Die Gesellschaft erwirtschaftet also einen bilanziellen Verlust von 100. Die Gesellschaft kann diese Verbindlichkeiten mit der vom Kommanditisten eingebrachten Einlage befriedigen. Die Einlage des Kommanditisten wird dadurch zugunsten der Gesellschaftsgläubiger aufgebraucht.

Das Gesetz verpflichtet den Kommanditisten aber nicht zur Leistung einer Einlage an die Gesellschaft, sondern stellt ihm frei, ob er durch die Leistung einer Einlage Vermögen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger aufbringt, oder aber „bloß" den Gesellschaftsgläubigern gegenüber haften möchte.[115] Beide Alternativen – sowohl die Leistung einer Einlage als auch die „bloße" Übernahme einer Haftung – sind nach dem Gesetz daher adäquate Mittel zur Schaffung eines Haftungsfonds zugunsten der Gesellschaftsgläubiger.[116]

K. Schmidt, GesR[4] (1565): *„Nur durch […] effektive Risikobeteiligung kann sich ein Handelsgesellschafter den Haftungsausschluß verdienen. [Der Kommanditist] verdient sich die Haftungsbefreiung, indem er bei der Gesellschaft haftendes Kapital als Kommanditisteneinlage hält"*; diesem folgend *Hüffer*, ZHR 151 (1987) 396 (412).

112 Vgl auch *Schummer* in FS Koppensteiner (2016) 303 (310 f).

113 *Cebulla*, DStR 2000, 1917 (1922); vgl auch unten bei und in Fn 680.

114 Nach *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (419) ist bei einer Aufzehrung der Einlage durch Verluste generell davon auszugehen, dass der so verlorene Teil der Einlage zur Tilgung von Gesellschaftsschulden verwendet worden ist.

115 Vgl *Wiedemann*, GesR II 802; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2862; *Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2951; *J. Meyer* 156: bloße Garantie eines „Haftungsreservoirs"; vgl auch *Konietzko* 70.

116 Vgl *K. Schmidt*, Einlage 29; *dens*, ZGR 1976, 307 (310); diesem folgend *Mossmann* 120: *„So gilt es dem Gesetz z.B. gleich, ob der Kommanditist seiner Einlagepflicht durch eine entsprechende vermögenswerte Leistung in das Gesellschaftsvermögen genügt und so zu einer Stärkung der Haftungssubstanz und Solidität des Unternehmens beiträgt, oder ob er abwartet, bis ihn ein Gläubiger aus seiner persönlichen Haftung*

Zugunsten des Kommanditisten spricht aus § 171 Abs 1 UGB das Anliegen des Gesetzgebers, die Verpflichtungen des Kommanditisten im Innen- und Außenverhältnis zu harmonisieren und den Kommanditisten auch im Außenverhältnis von seiner Haftung zu befreien, soweit er im Innenverhältnis eine (werthaltige) Pflichteinlage geleistet hat.[117] Es war nicht die Absicht des Gesetzgebers, den Kommanditisten aufgrund § 171 Abs 1 UGB zu einer die Haftsumme übersteigenden Leistung (an Gesellschaft oder Gesellschaftsgläubiger) zu verpflichten. Insbesondere soll § 171 Abs 1 UGB keine „Nachschusspflicht" des Kommanditisten in dem Sinne schaffen, dass er trotz der Leistung eines der Haftsumme entsprechenden Betrags an die Gesellschaft noch zur Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern herangezogen werden könnte.[118] Diese Überlegung spielt in Sonderkonstellationen eine Rolle, in denen dem Kommanditisten aus verschiedenen Gründen eine „Doppelhaftung" droht.[119]

---

belangt"; *Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2951; *Zacher* 13; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2988a; vgl auch BGH II ZR 269/84 BGHZ 95, 188 (197); *Fromm* 232; OGH 6 Ob 335/97a RdW 1998, 384 [*C. Nowotny*]; OGH 19.5.1998, 7 Ob 38/98h; OGH 20.5.1999, 6 Ob 27/99k; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 161 Rz 16; *Riegger*, DB 1983, 1909 f; *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (413); *Müßigbrodt*, Aufrechnung 70, 77. *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (46) leitet aus der Zulässigkeit der Einlagenrückgewähr in der KG dagegen ein Primat der Haftung gegenüber der Einlagenleistung ab; *Peters* (RNotZ 2002, 425 [434]) konstatiert, die Leistung einer Einlage sei bei der KG bloße „Ausnahme"; vgl demgegenüber aber *Konietzko* 47: Einlagenleistung als „Regelfall"; ähnl auch *J. Meyer* 118; *Potsch* 22; *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1038: Theorie der funktional subsidiären Außenhaftung; s dazu schon oben Fn 90 mwN).

117 Vgl zum „funktionalen Zusammenhang" zwischen Pflichteinlage und haftungsbefreiender Einlage *Joost*, ZGR 1987, 370 (380); ebenso *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 18; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 8; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 36; vgl auch *Harrer* 371; *Wiedemann*, GesR II 797: Außen- und Binnenhaftung seien durch Erfüllung des Mitgliedsbeitrags in charakteristischer Weise miteinander verwoben.

118 S zur Begrenzung des gem § 171 Abs 1 UGB übernommen Risikos mit der Haftsumme *Konietzko* 37 f, 59, 177; *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (417 f); *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 171 Rz 10; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 5; *Gramlich*, NJW 1967, 1447 (1448); vgl auch *Huber*, ZGR 1988, 1 (9); *Wiedemann*, GesR II 800; *Krejci* in RK UGB § 171 Rz 1; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 1, § 172 Rz 14; *Kindler*, JuS 2006, 865 (867); *v. Braunbehrens*, DR 1941, 1134; *Mossmann* 121. Vgl für das Innenverhältnis § 169 UGB und dazu ErlRV HaRÄG 46. Mit dieser Wertung steht allerdings § 6 Kommunalsteuergesetz in einem gewissen Widerspruch. Denn abgabenrechtlich ist der Kommanditist regelmäßig Mitunternehmer; als solcher haftet er unbeschränkt für Kommunalsteuern des von der KG betriebenen Unternehmens. Das widerspricht dem zivilrechtlichen Haftungsprivileg des Kommanditisten, wird aber von der Rechtsprechung akzeptiert (VfGH 28.9.1998, B-2796/97 ARD 5034/18/99; VwGH 22.2.2012, 2011/16/0138). Gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmung haben sich insb gewandt: *Harrer*, RdW 1993, 318; *ders*, Personengesellschaft 377; *Walzel*, SWK 2000, S 468 ff. Die Kritik fußt dabei auf der Haftungsbeschränkung des Kommanditisten gem § 171 Abs 1 UGB. Diese sei auch für das Abgabenrecht maßgeblich, zumal der Steuer-Gesetzgeber die Haftungsbeschränkung des Kommanditisten grundsätzlich in § 12 BAO anerkannt habe.

119 S insb *Gursky*, DB 1978, 1261 (1262 ff); s für einschlägige Fallgruppen unten II.E.3.f.iii. [157] (Lebt die Außenhaftung des Kommanditisten auf, sobald er bloß eine Forderung auf eine [offene oder verdeckte] Rückgewähr seiner Einlage erwirbt, bevor der Kommanditist noch eine tatsächliche Leistung von der Gesellschaft erhalten hat?) sowie III.D.3.d. [239] und V.D.3.b. [282] (Kann der Kommanditist eine Anrechnung einer drittvertraglich an die Gesellschaft erbrachten Leistung auf seine haftungsbefreiende Einlage erreichen, indem er seine Gegenforderung aus dem Drittvertrag mit seiner Einlage aufrechnet?).

Beispiel: Der Kommanditist hat eine Haftsumme von 100 übernommen und eine Bareinlage in derselben Höhe geleistet. Die Gesellschaft verspricht dem Kommanditisten nun die Schenkung einer Sache im Wert von 100 in Form eines Notariatsakts. Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht lebt die Haftung des Kommanditisten schon mit der Errichtung des Notariatsakts auf, bevor die Gesellschaft die geschenkte Sache noch an den Kommanditisten übergeben hat.

Fällt die Gesellschaft nun in Insolvenz, würde der Kommanditist in eine missliche Lage geraten: Seine Forderung gegen die Gesellschaft wäre nun nahezu wertlos. Wenn man davon ausgeht, dass die Haftung des Kommanditisten schon mit Begründung der Forderung zu seinen Gunsten aufgelebt ist, wäre der Kommanditist trotzdem verpflichtet, erneut einen seiner Haftsumme entsprechenden Betrag zu leisten, und zwar gem § 171 Abs 2 UGB an den Insolvenzverwalter. Insgesamt müsste der Kommanditist damit das Doppelte seiner Haftsumme an Gesellschaft und Insolvenzverwalter leisten. Gegen dieses Ergebnis spricht die Wertung des Gesetzgebers, dass der Kommanditist gem § 171 Abs 1 UGB nur einmal den Betrag seiner Haftsumme zugunsten von Gesellschaft und Gesellschaftsgläubigern aufbringen soll. Der Normzweck spricht deshalb dagegen, dass die Haftung des Kommanditisten schon auflebt, wenn er bloß eine Forderung auf die (verdeckte) Rückgewähr seiner Einlage gegen die Gesellschaft erlangt hat (s zu dem Fall näher unten II.E.3. [133]).

b. Normzweck des Auflebens der Außenhaftung bei einer Einlagenrückgewähr

Eine Haftungsbefreiung des Kommanditisten durch Einlagenleistung ist nach dem Gesagten gerechtfertigt, weil der Kommanditist auch auf diese Weise eigenes Vermögen aufbringt und den den Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehenden Haftungsfonds vergrößert (soeben a. [31]). Der Kommanditist hat aber nur ein Eigenopfer erbracht und den Haftungsfonds zugunsten der Gläubiger vermehrt, solange der Kommanditist seine Einlage auch nicht wieder aus dem Gesellschaftsvermögen abgezogen hat. Die Befreiung des Kommanditisten von seiner Außenhaftung kann deshalb auch nur gerechtfertigt sein, solange die Einlage auch nicht wieder an den Kommanditisten zurückgewährt worden ist.[120] Dies drückt § 172 Abs 3 UGB aus. Einlagenleistung gem § 171 Abs 1 UGB und Einlagenrückgewähr gem § 172 Abs 3 UGB sind insofern „funktional auf das Engste verklammert".[121] Deshalb ist auch davon auszugehen, dass Einlagenleistung und

---

120 Vgl *Cebulla*, DStR 2000, 1917 (1919); auch *Huber*, ZGR 1988, 1 (13): Einlagenrückgewähr gem § 172 Abs 3 UGB als *„actus contrarius"* zur Einlagenleistung.

121 So *Koppensteiner*, GesRZ 2014, 3; vgl *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (315): Einlagenleistung und -rückgewähr „als Einheit zu begreifende[s] Konzep[t]"; *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR[2] §§ 171, 172 HGB Rz 2: „Regelungseinheit"; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 5: § 171 Abs 1 UGB sei ohne §§ 172 ff „unvollständig"; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 19 spricht von

Einlagerückgewähr gem § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB „zwei Seiten derselben Medaille“[122] sind, die im Zweifel – wenn also in Bezug auf eine konkrete Rechtsfrage keine gewichtigeren Auslegungsgesichtspunkte dagegensprechen – gleichmäßig auszulegen sind.[123]

Wie schon die Leistung der Einlage ist auch die Rückzahlung der Einlage den Gesellschaftern vom Gesetzgeber freigestellt.[124] Eine Rückgewähr der Einlage ist gem § 172 Abs 3 UGB im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern grundsätzlich erlaubt[125] und hat lediglich reflexhaft[126] das Aufleben der Außenhaftung des Kommanditisten zur Folge.[127] Allgemeine zivil- und insolvenzrechtliche Leistungsverbote, insb der AnfO bzw der §§ 27 ff IO, sind freilich zu beachten.[128] Bei der gesellschaftsrechtlichen Haftung des Kommanditisten kann man insofern von einem System „kommunizierender Gefäße“[129] sprechen, bei dem die Haftung des Kommanditisten untergeht, soweit er Vermögen in die KG einbringt und wieder auflebt, sobald die Einlage wieder an den Kommanditisten zurückfließt. Das Zusammenspiel von Einlagenleistung, -rückgewähr und Außenhaftung des

---

einem „funktionalen Zusammenhang“; s auch *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 172 Rz 1: § 172 HGB sei in „Gesamtschau“ mit der Kommanditistenhaftung zu lesen; *Steckhan*, DNotZ 1974, 69 (72).

122 *Koppensteiner*, GesRZ 2014, 3 verwendet diese Formulierung in Zusammenhang mit der GmbH; vgl auch *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 50: Einlagenrückgewähr als „Kehrseite“ der Einlagenleistung.

123 Ähnl *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1040 f, 1047 f); *Peters*, RNotZ 2002, 425 (434); auch *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (413); *Konietzko* 88, 107; vgl *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 1: „enger sachlicher Zusammenhang“; *Mußigbrodt*, Aufrechnung 19; *Fromm* 233; vgl auch BGH II ZR 310/12 WM 2013, 2268.

124 Vgl Reichstagsvorlage HGB 1897, 114 ff; *Schall/Warmer* in *Heidel/Schall*, HGB § 172 Rz 5: Gesetzgeber „agnostisch“ bezüglich Belassung der Einlage.

125 Ganz hM, s zB *Wiedemann*, GesR II 807 f; *Konietzko* 74; *K. Schmidt*, Einlage 29; *Mossmann* 121; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 172 Rz 8; vgl BGH II ZR 73/11 DB 2013, 1406; aA (Einlagenrückgewähr an Kommanditisten auch bei Zustimmung aller Gesellschafter verboten) *Schummer* in FS Koppensteiner (2016) 303 (311 ff, insb 314) vor allem mit der Begründung, dass die Stellung der Kommanditisten jenen einer Kapitalgesellschaft angenähert sei, Kapitalgesellschaften würden aber ein Verbot der Einlagenrückgewähr kennen. Die Ansicht *Schummers* steht im Widerspruch zur klaren Intention des Gesetzgebers, bei der KG (auch im Hinblick auf die Kommanditisten) Gläubigerschutz durch eine Mithaftung der Gesellschafter zu schaffen, nicht durch ein Verbot der Einlagenrückgewähr; vgl dementsprechend Reichstagsvorlage HGB 1897, 114 f: von § 172 Abs 4 HGB unabhängige „Befugnis“ zur Einlagenrückgewähr mit Zustimmung der Mitgesellschafter. Im HGB war gem § 122 Abs 1 HGB für den Komplementär (gem § 169 HGB nicht aber für den Kommanditisten) sogar im Innenverhältnis dispositiv vorgesehen, dass dieser jedes Jahr 4 % seines Kapitalanteils entnehmen darf – also auch, wenn die Gesellschaft keinen Gewinn erzielt hat (vgl zum gewinnunabhängigen Entnahmerecht des Kommanditisten noch im AHGB Art 161 Abs 1 iVm Art 108 Abs 2, Art 106 Abs 1 AHGB; s zum Verhältnis zu Art 165 Abs 3 AHGB *Lutz*, Protokolle AHGB 1107). Eine unkomplizierte Entnahme von Eigenmitteln entspricht also durchaus der Vorstellung des Gesetzgebers von der typischen Personengesellschaft, s dazu auch noch unten II.D.6.c.v.4. [82].

126 Vgl *Mossmann* 121; BGH II ZR 269/84 BGHZ 95, 188 (197); BGH II ZR 16/81 NJW 1982, 2253 [*K. Schmidt*]; *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (51 f).

127 Vgl *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (312); *Konietzko* 97; *Horn* in *Heymann*, HGB II[2] § 172 Rz 9: § 172 Abs 3 UGB als „Haftungsautomatik“; *Mossmann* 121.

128 Vgl *Bälz*, BB 1977, 1481 (1485).

129 So *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 3 (5); *ders*, GesR AT Rz 698; *ders*, GBU 2008/12/08; vgl auch *Kalss* in GedS W.-D. Arnold 79 (86).

Kommanditisten zielt insofern (lediglich) darauf ab, dass das dem Gläubigerzugriff insgesamt ausgesetzte Vermögen durch Vermögensverschiebungen zwischen Kommanditist und Gesellschaft nicht beeinträchtigt wird.[130] Der Normzweck des § 172 Abs 3 UGB geht insofern über den Fall der (körperlichen) Rückgewähr der zuvor als Einlage geleisteten Sache selbst hinaus.[131] Vielmehr muss jede objektiv werthaltige Leistung, die der Kommanditist ohne sachliche Rechtfertigung aus dem Gesellschaftsvermögen empfängt, dessen Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern aufleben lassen.[132]

4. Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist der Normzweck des Instituts der Haftsumme vor dem Hintergrund zu verstehen, dass es für den Gesetzgeber für den Gläubigerschutz in der KG grundsätzlich ausreichend ist, wenn ein einzelner Gesellschafter als Komplementär unbeschränkt für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet. Schon in diesem Fall ist der Gesetzgeber bereit, auf eine Mindesthaftsumme der übrigen Gesellschafter zu verzichten. Dass Kommanditisten trotzdem in Höhe der Haftsumme haften, soll vor allem den Kommanditisten die Möglichkeit geben, dem Rechtsverkehr gegenüber eine hohe Bonität der Gesellschaft zu signalisieren. Das Interesse der Gesellschaftsgläubiger an einer Haftung des Kommanditisten wird vom Gesetz demgegenüber nur insoweit geschützt, als die Gesellschafter auch tatsächlich eine Haftsumme übernommen haben. Das Institut der Haftsumme erzeugt insofern durch die Veröffentlichung der Haftsumme im Firmenbuch ein Schutzbedürfnis der Gesellschaftsgläubiger.

Dass der Kommanditist durch die Leistung einer Einlage an die Gesellschaft von seiner Außenhaftung frei wird, soll die Übernahme einer zumindest der bedungenen Einlage entsprechenden Haftsumme für den Kommanditisten attraktiver machen. Gleichzeitig ist eine Haftungsbefreiung durch Einlagenleistung aus Gläubigersicht gerechtfertigt, weil auch die geleistete Einlage den Gesellschaftsgläubigern als Haftungsobjekt zur Verfügung steht. Dass die Haftung des Kommanditisten auflebt, wenn er seine Einlage von der Gesellschaft zurückerhält, soll sicherstellen, dass der den Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehende

---

130 *U. Torggler*, GesR AT Rz 698; vgl *Michel*, ZGR 1993, 118 (132); *Potsch* 179; *A. Meyer*, Übertragung 110; auch BGH II ZR 16/81 NJW 1982, 2253 [*K. Schmidt*]: Gläubiger hinreichend geschützt, weil bei Einlagenrückgewähr Haftung wieder auflebt; in diesem Sinne auch *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (51 f): Grundsatz der „Haftungsneutralität"; *Schall/Warmer* in *Heidel/Schall*, HGB § 172 Rz 5; *Mossmann* 121; auch OLG Köln 20 U 96/81 ZIP 1982, 181 (183).

131 Vgl zB *Potsch* 174; *Bälz*, BB 1977, 1481 (1483); *Timme*, MDR 2008, 959 f; *Körmann* 20.

132 Ganz herrschende Ansicht; s näher unten II.B.1. [42], insb Fn 152.

Haftungsfonds durch Vermögensflüsse von der Gesellschaft an den Kommanditisten insgesamt nicht beeinträchtigt wird.

F. Haftung bei „negativer Einlage“

1. Problemstellung und Meinungsstand

Wird die vom Kommanditisten geleistete Einlage an diesen zurückbezahlt, lebt seine Außenhaftung grundsätzlich gem § 172 Abs 3 UGB wieder auf. Fraglich ist aber, wie Fälle zu beurteilen sind, in denen der Kommanditist von der Gesellschaft Leistungen erhalten hat, die den Wert der von ihm geleisteten Einlage insgesamt übersteigen. In diesen Fällen kann man von einer „negativen Einlage“ sprechen. Haftet der Kommanditist den Gesellschaftsgläubigern diesfalls maximal in Höhe der Haftsumme, oder trifft ihn darüber hinaus eine Haftung auch in Höhe der negativen Einlage?

> **Beispiel:** Ein Kommanditist übernimmt eine Haftsumme von 100. Einlage leistet er keine. Von der Gesellschaft erhält er Leistungen im Wert von 200, bei denen es sich auch um keinen Gesellschaftsgewinn handelt. Die Gesellschaftsleistungen würden daher jedenfalls den Tatbestand des § 172 Abs 3 UGB erfüllen, hätte der Kommanditist nur zuvor eine Einlage an die Gesellschaft geleistet. So stellt sich aber die Frage, ob der Kommanditist den Gesellschaftsgläubigern gegenüber weiterhin (bloß) bis zur Höhe seiner Haftsumme von 100 haftet; oder ob die Gesellschaftsgläubiger vom Kommanditisten aber zusätzlich Leistungen in Höhe seiner „negativen Einlage“ von 200 fordern können, zusammen mit der Haftsumme also insgesamt 300.

Der BGH hat mit Zustimmung des größten Teils der deutschen Literatur entschieden, dass die Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern den Betrag der Haftsumme in keinem Fall übersteigen kann.[133] Die Begründung fußt darauf, dass sich aus

[133] Für eine Begrenzung der Haftung mit der Haftsumme auch bei „negativer Einlage“ BGH II ZR 25/70 BGHZ 60, 324; BGH II ZR 224/08 BB 2011, 1807 [*Stumpf*] *(obiter dictum); K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 65; *ders*, DB 1995, 1381; *ders*, ZGR 1976, 307 (334); *Huber*, ZGR 1988, 1 (14 f); *Potsch* 198; *Koller* in FS Heinsius 357 (365 ff); *Schön*, ZGR 1990, 220 (244); *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB[36] § 171 Rz 6, § 172 Rz 5; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 3002, 3006; *Günter* 121; *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 17; *Pöschke/Steenbreker*, NZG 2015, 614 (615); *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 1, 22; *Höhne* 223 f; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 71; *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 172 Rz 17; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 7, 28; *ders*, JuS 2006, 865 (867); *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 172 Rz 35; *Schall/Warmer* in *Heidel/Schall*, HGB § 172 Rz 33; *Konietzko* 109; wohl auch schon *Ostheim*, wbl 1995, 217 (223); offenlassend *Lutter/Hommelhoff*, ZGR 1979, 31 (45 mit Fn 41); aA *Joost*, ZGR 1987, 370 (382 ff); *Kuhn* in FS Schilling 69 (76). Für eine Begrenzung der Haftung mit der Haftsumme im Fall der Einbringung eines überschuldeten Unternehmens in die Gesellschaft *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 57; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 49; *Horn* in *Heymann*, HGB II[2] § 171 Rz 17; *Potsch* 150.

dem Gesetzeswortlaut eine die Haftsumme übersteigende Haftung des Kommanditisten nicht ableiten lasse; damit eine Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB die Haftung des Kommanditisten iHd Haftsumme nicht nur wiederherstellt, sondern eine darüber hinausgehende Haftung begründet, bedürfte es also einer Analogie. Nach Ansicht des BGH sind die Gesellschaftsgläubiger aber schon durch die unbeschränkte Haftung des Komplementärs hinreichend vor einer Aushöhlung des Gesellschaftsvermögens zugunsten des Kommanditisten geschützt;[134] es sei nämlich davon auszugehen, dass der Komplementär schon im eigenen Interesse den Ausschüttungswünschen der Kommanditisten entgegentreten würde.[135] Eine analogiefähige Lücke im Gläubigerschutz liege daher nicht vor.

In Österreich mehren sich dagegen in den letzten Jahren die Stimmen, nach denen jede werthaltige Gesellschaftsleistung an den Kommanditisten dessen Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern erhöht, und zwar gegebenenfalls auch über die Haftsumme hinaus.[136]

> **Beispiel (Fortsetzung):** Ein Kommanditist mit Haftsumme 100 hat eine „negative Einlage" von 200 gegenüber der KG. Nach der in Österreich überwiegenden Ansicht können die Gesellschaftsgläubiger bzw in der Gesellschaftsinsolvenz der Insolvenzverwalter den Kommanditisten auf eine Leistung iHv insgesamt 300 in Anspruch nehmen. Möchte der Kommanditist sich durch die Leistung einer Einlage an die Gesellschaft von dieser Haftung befreien, muss er ebenfalls eine Einlage im Wert von insgesamt 300 an die Gesellschaft leisten.

Nach einer vermittelnden Ansicht soll die Außenhaftung des Kommanditisten die Höhe der Haftsumme zwar auch bei negativer Einlage nicht übersteigen; die Gesellschaftsgläubiger können vom Kommanditisten also in jedem Fall maximal den Betrag seiner Haftsumme fordern. Durch die *Leistung einer Einlage an die Gesellschaft* würde der Kommanditist aber von seiner Haftung erst frei werden, sobald er die negative Einlage durch eine Leistung an die Gesellschaft ausgeglichen und zusätzlich eine darüber hinausgehende Einlage an die Gesellschaft geleistet hat.[137] Diese Ansicht unterscheidet also Fälle der Haftungsbefreiung durch Gläubigerbefriedigung von Fällen der Haftungsbefreiung durch Einlagenleistung.

---

134 BGH II ZR 25/70 BGHZ 60, 324.

135 BGH aaO; *Potsch* 199; ähnl *Huber*, ZGR 1988, 1 (16 f); vgl auch schon *Ostheim*, wbl 1995, 217 (223).

136 *U. Torggler*, GesR AT Rz 697 f; *Trenker* 269 f; *Reich-Rohrwig* 395 f; *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (77); *Koppensteiner* in FS Roth 395 (402 f); *Schummer* in FS Koppensteiner (2016) 303 (307 ff); vgl *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 69; aA *Eckert* in *U. Torggler*, UGB^2 § 172 Rz 4; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I^2 § 172 Rz 14; *Harrer*, wbl 2009, 332; *ders*, Die Personengesellschaft 446; bloß die deutsche Ansicht referierend OGH 26.11.2015, 6 Ob 193/15y Rz 3.1.1.

137 *Huber*, ZGR 1988, 1 (15); ähnl *Potsch* 200; vgl *Saßenrath*, BB 1990, 1209 (1211 f).

Beispiel (Fortsetzung): Ein Kommanditist mit Haftsumme 100 hat eine „negative Einlage" von 200 gegenüber der KG. Nach der zuletzt angeführten Ansicht können die Gesellschaftsgläubiger bzw in der Gesellschaftsinsolvenz der Insolvenzverwalter vom Kommanditisten lediglich eine Leistung in Höhe der Haftsumme von 100 verlangen; hat der Kommanditist an einen Gesellschaftsgläubiger 100 geleistet, würde er dadurch auch gegenüber allen anderen Gesellschaftsgläubigern haftungsfrei. Möchte der Kommanditist sich dagegen (anstelle der Leistung an Gesellschaftsgläubiger) durch die Leistung einer Einlage an die Gesellschaft vollständig von seiner Haftung befreien, müsste er eine Einlage im Wert von insgesamt 300 an die Gesellschaft leisten.

2. Stellungnahme

Wortlaut und Gesetzessystematik sprechen grundsätzlich dafür, die Haftung des Kommanditisten in jedem Fall mit der Haftsumme zu begrenzen.[138] Denn § 172 Abs 3 UGB spricht nur davon, dass die Einlage des Kommanditisten nach ihrer Rückzahlung „als nicht geleistet" gilt. Dies impliziert, dass § 172 Abs 3 UGB nur die Haftungsbefreiung durch Einlagenleistung gem § 171 Abs 1 UGB wieder rückgängig machen soll,[139] nicht aber selbst eine über § 171 Abs 1 UGB hinausgehende Anspruchsgrundlage gegen den Kommanditisten begründen soll.[140]

Der historische Gesetzgeber hatte allerdings Fälle „negativer Einlagen" schlicht nicht bedacht. Im AHGB waren Fälle negativer Einlagen noch anders geregelt. Art 165 Abs 2, 5 AHGB war die relevante Vorgängerbestimmung von § 172 Abs 3 UGB (vgl schon oben I.D. [8]). Abs 2 *leg cit* verbot Rückzahlung und Erlass der Einlage. Abs 5 *leg cit* lautete: *„[Der Kommanditist] haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, wenn und insoweit er diesen Bestimmungen [inkl Abs 2 leg cit] entgegen Zahlungen von der Gesellschaft empfangen hat."* Dementsprechend gingen die Materialien zum AHGB auch ganz selbstverständlich davon aus, dass der Kommanditist gegebenenfalls auch über seine (eingetragene) Einlage hinaus haften würde, wenn er von der Gesellschaft entgegen Abs 2 *leg cit* über seine geleistete Einlage hinausgehende Leistungen von der Gesellschaft erhalten hatte.[141] Mit dem HGB

---

138 Insoweit zutr *Harrer*, wbl 2009, 332; *Huber*, ZGR 1988, 1 (14).

139 Vgl ErlRV HaRÄG 47; *Konietzko* 109.

140 Vgl *Kindler*, JuS 2006, 865 (867); *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 80: § 172 Abs 4 HGB (bzw § 172 Abs 3 UGB) könne *„stets nur die Frage klären, ob bis zum Umfang der Haftsumme persönlich gehaftet wird, niemals jedoch, dass über die Haftsumme hinaus gehaftet wird"*.

141 Vgl *Lutz*, Protokolle AHGB 1163: *„Ein Mitglied gab der Redaktionskommission anheim, den letzten Absatz [des Art 158 idF Entwurf des Referenten über die stille Gesellschaft, Anlage A zur 139. Sitzung, abgedruckt in Lutz, Protokolle AHGB 1154 f: Kommanditist haftet, wenn er entgegen Art 158 Zahlungen empfangen hat] dahin zu fassen: „Wenn er aber diesen Bestimmungen entgegen Zahlungen von der Gesellschaft empfangen hat, so haftet er etc.," [Anm: Letztlich blieb es bei der Fassung des Entwurfs] weil*

1897 wurden die Bestimmungen über die Außenhaftung des Kommanditisten novelliert und erhielten im Wesentlichen ihren heutigen Wortlaut; dementsprechend haftete der Kommanditist gem § 171 Abs 1 HGB „bis zur Höhe seiner Einlage"; gem § 172 Abs 4 HGB galt die zurückgezahlte Einlage als „nicht geleistet". Wie im UGB sprach der Wortlaut des HGB also dafür, dass die Haftung des Kommanditisten höchstens den Betrag der Haftsumme erreichen könnte. Der historische Gesetzgeber des HGB 1897 hatte insofern aber keine Veränderung der materiellen Rechtslage intendiert; das Problem der negativen Einlage wurde von ihm schlicht nicht erkannt.[142] Auch die Materialien zum UGB gehen auf den Fall der „negativen Einlage" nicht ein.[143] Die historische Interpretation bietet daher mE insgesamt zumindest ein schwaches Indiz dafür, dass die Haftung des Kommanditisten durch eine „negative Einlage" auch über die Haftsumme hinaus ansteigen kann. Denn die Materialien zum AHGB sprachen sich dafür aus, während die nachfolgenden Materialien zu der Frage schweigen. Zumindest kann man davon ausgehen, dass der HGB-Gesetzgeber Fälle „negativer Einlagen" nicht bedacht hat.[144]

Das entscheidende Argument ist aber ein teleologisches. Mit der Veröffentlichung der Haftsumme im Firmenbuch hat sich der Kommanditist den Gesellschaftsgläubigern gegenüber verpflichtet, zu ihren Gunsten spätestens in der Gesellschaftsinsolvenz insgesamt eigenes Vermögen in Höhe der Haftsumme aufzuopfern – sei es durch die Leistung einer Einlage an die Gesellschaft oder durch die unmittelbare Befriedigung von Gesellschaftsverbindlichkeiten (oben I.E.2.c. [21]).[145] § 171 Abs 1 UGB schafft insofern zwar keine Kapitalzuführungsgarantie zugunsten der Gesellschaft (durch Einlagenleistung),[146] nach hier vertretener Ansicht aber sehr wohl eine Garantie der

---

der erste Absatz des Artikels sage, daß der stille Gesellschafter nicht weiter als mit seiner Einlage hafte, während der letzte Absatz einen Fall statuire, in welchem er ausnahmsweise dennoch weiter zu haften habe, weshalb es angemessen sei, zur Erzielung eines besseren Anschlusses beider Bestimmungen den Fall dieser weiteren Haftbarkeit sogleich am Anfange des Absatzes näher zu bezeichnen."

142 So schweigt die Reichstagsvorlage HGB 1897 zum Problem der negativen Einlage (vgl dort S 114 ff). AA *Potsch* 199, wonach der historische Gesetzgeber den Fall der negativen Einlage nicht übersehen hätte, vielmehr habe er ihn nicht für regelungsbedürftig gehalten.

143 Vgl ErlRV HaRÄG 47: *„[§ 172] Abs. 3 betrifft die Haftung des Kommanditisten, der seine Einlage zwar ursprünglich eingezahlt hat, in der Folge aber wieder zurückbezahlt erhält."*

144 Ebenso *Trenker* 269.

145 Vgl *U. Torggler*, GesR AT Rz 698: Gläubigerschutzmodell der KG ziele darauf ab, dass das dem Gläubigerzugriff insgesamt ausgesetzte Vermögen nicht beeinträchtigt wird; ähnl auch *Koller* in FS Heinsius 357 (366): § 172 Abs 4 HGB solle sicherstellen, dass Kommanditist zumindest Vermögen in Höhe der Haftsumme „riskiert".

146 Insoweit zutr *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 3006; *Horn* in *Heymann*, HGB II^2 § 172 Rz 15.

Vergrößerung des den Gläubigern insgesamt zustehenden Haftungsfonds.[147] § 172 Abs 3 UGB lässt sich wiederum die Wertung entnehmen, dass auch in Fällen, in denen das Gesellschaftsvermögen zugunsten eines Kommanditisten verringert wurde, durch das Aufleben der persönlichen Haftung des Kommanditisten sichergestellt werden soll, dass das mit der Übernahme der Haftsumme geschaffene Haftungsreservoir weiterhin dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger zur Verfügung steht. Deshalb muss jeder Abfluss von haftendem Vermögen aus der Gesellschaft an den Kommanditisten die Außenhaftung des Kommanditisten vergrößern – und zwar auch über seine Haftsumme hinaus.

These: Jede Leistung, die der Kommanditist aus dem Gesellschaftsvermögen empfängt, ohne dass der Kommanditist eine gleichwertige Gegenleistung erbringt bzw es sich um einen ausschüttbaren Gesellschaftsgewinn handelt, vermehrt seine Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern – und zwar auch über die Haftsumme hinaus. § 172 Abs 3 UGB bringt diesen Gedanken nur aus dem Grund unvollständig zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber diesen Fall nicht bedacht hat.[148] Um der Wertung der §§ 171 f UGB gerecht zu werden, ist § 172 Abs 3 UGB daher entsprechend Art 165 Abs 5 AHGB dergestalt teleologisch zu erweitern, dass jede Leistung, die der Kommanditist aus dem Gesellschaftsvermögen erhält, seine Außenhaftung vergrößert – und zwar auch über die Haftsumme hinaus.[149]

147 Vgl *Koppensteiner* in FS Roth 395 (402 f); *Reich-Rohrwig* 395 f; *Trenker* 269.
148 Vgl *Trenker* 269; auch *Koller* in FS Heinsius 357 (366).
149 Vgl *Reich-Rohrwig* 395 f.

II. Bewertung und Gläubigerschutz

A. Problemstellung & Gang der Untersuchung

Nachdem im vorherigen Abschnitt versucht wurde, die Geschichte und den Normzweck der Kommanditistenhaftung in allgemeiner Form darzustellen, sollen nun Tatbestand und Rechtsfolge der Leistung bzw Rückgewähr der haftungsbefreienden Einlage konkret erörtert werden. In diesem Kapitel sollen alle Fragen der *Leistungsbewertung* dargestellt werden, die sich bei Auslegung der § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB stellen: Zunächst geht es um die grundsätzliche Rechtsfrage, inwieweit eine „werthaltige" Leistung überhaupt Tatbestandsvoraussetzung der Einlagenleistung iSd § 171 Abs 1 UGB bzw der Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB ist. Soweit dies bejaht wird, stellt sich die Folgefrage, welche Kriterien eine „werthaltige Leistung" iSd § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB konstituieren. Leistungen in beiden Richtungen zwischen Kommanditist und Gesellschafter sollen dabei grundsätzlich gemeinsam erörtert werden, wobei allfällige Unterschiede in der Bewertung von Einlagenleistung und der Einlagenrückgewähr gezielt herauszuarbeiten sind.

B. Erfordernis objektiver Bewertung

1. Problemstellung und Meinungsstand

Dieser Abschnitt behandelt die grundsätzliche Frage, inwieweit eine objektive Bewertung von Leistungen zwischen Gesellschaft und Kommanditist für die Zwecke der § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB überhaupt erforderlich ist.

Nach ganz einhelliger Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum gebieten die § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB grundsätzlich eine objektive Bewertung von Leistungen zwischen Kommanditist und Gesellschaft.[150] Was die Einlagenrückgewähr anbelangt, ist das Vorliegen

[150] S für die Einlagenleistung zB OGH 2 Ob 517/88 GesRZ 1989, 38 [zust *Ostheim*]; BGH II ZR 269/84 BGHZ 95, 188 (197); *Wiedemann*, GesR II 805; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 171 Rz 11; abw *Konietzko* 125 f: gutgläubige Überbewertung von Sacheinlagen außenwirksam. S für die Einlagenrückgewähr statt vieler *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (332 ff, 335); *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2969.

einer objektiv werthaltigen Leistung, die der Kommanditist ohne sachliche Rechtfertigung[151] aus dem Gesellschaftsvermögen empfangen hat, nach der hM auch *ausreichend*, um den Tatbestand des § 172 Abs 3 UGB zu erfüllen.[152] Bei der Einlagenleistung iSd § 171 Abs 1 UGB verlangt die überwiegende Ansicht dagegen zusätzlich zum Vorliegen einer objektiv werthaltigen Leistung, dass der Kommanditist seine Leistung auch „auf die Einlage" erbracht hat (also nicht zB im Rahmen eines Darlehens oder einer Schenkung).[153] Nach überwiegender Ansicht ist eine werthaltige Leistung für die haftungsbefreiende Einlagenleistung also *notwendiges, aber nicht ausreichendes Tatbestandsmerkmal*.

Einlagenleistung und Einlagenrückgewähr iSd §§ 171 f UGB ist nach der hM insofern gemeinsam, dass vom tatsächlichen Leistungswert *zulasten* der Gesellschaftsgläubiger nicht abgewichen werden darf: Bei der Einlagenleistung gem § 171 Abs 1 UGB stellt der tatsächliche Leistungswert die Obergrenze der möglichen Haftungsbefreiung dar. Bei der Einlagenrückgewähr ergibt sich aus dem tatsächlichen Leistungswert jedenfalls die Untergrenze, in deren Höhe die Haftung des Kommanditisten gem § 172 Abs 3 UGB wieder aufleben muss. Der Meinungsstand lässt sich daher dahingehend zusammenfassen, dass eine objektive Leistungsbewertung gem § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB *jedenfalls zugunsten der Gesellschaftsgläubiger zwingend erforderlich ist*.

2. Stellungnahme

Dass die Leistung einer Einlage den Kommanditisten höchstens mit ihrem tatsächlichen Wert von seiner Außenhaftung befreien kann, und dass umgekehrt jede sachlich

---

151 Gerechtfertigt kann die Gesellschaftsleistung zB sein, wenn dadurch ein wirklich erzielter Gesellschaftsgewinn ausgeschüttet wird (vgl *Krejci* in RK UGB § 171 Rz 1) oder wenn die Gesellschaftsleistung durch eine gleichwertige Leistung des Kommanditisten an die Gesellschaft kompensiert wird (insb drittvertragliche Leistungen; s dazu insb unten II.F.3.b. [179]). Auch die Rückzahlung einer stillen Beteiligung an einen Kommanditisten, der zusätzlich als stiller Gesellschafter an der KG beteiligt war, ist iSd § 172 Abs 3 UGB gerechtfertigt, soweit man nicht bereits die Hingabe der stillen Beteiligung auf die haftungsbefreiende Einlage des Kommanditisten anrechnet (vgl *Schön*, ZGR 1990, 220); dasselbe gilt für die Rückzahlung eines Agio (vgl *Timme*, MDR 2008, 959 [960]; weitergehend [Rückzahlung des Agio stets haftungsunschädlich] *Bollensen/Dörner*, NZG 2005, 66; vgl aber auch BGH II ZR 95/06 NZG 2007, 822 und dazu unten Fn 504).

152 S zB *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (318, 332 ff, 335); *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1045); *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2969; *Huber*, ZGR 1988, 1 (23 f); *Potsch* 174; ein subjektives Tatbestandsmerkmal bei der Einlagenrückgewähr gem § 82 Abs 1 GmbHG ausdrücklich ablehnend OGH 26.4.2016, 6 Ob 72/16f Rz 2.1; § 172 Abs 3 UGB einschränkend auf Leistungen *causa societatis* dagegen *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 67; *Cebulla*, DStR 2000, 1917 (1921); *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 172 Rz 84; s auch *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (420); *Konietzko* 109 f, 113 ff. Vgl auch die Nw unten Fn 665 ff.

153 Dafür zB *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 46; dagegen zB *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 12 f; s im Einzelnen mwN unten III.B.1. [211].

nicht gerechtfertigte Gesellschaftsleistung die Außenhaftung des Kommanditisten mit ihrem wahren Wert aufleben lassen muss, ist im Grundsatz zu Recht unstrittig. Der Vollständigkeit halber sollen im Folgenden die wichtigsten Argumente dafür aufgezählt werden:

In den Materialien zum HGB 1897[154] heißt es zur Einlagenleistung: *„Den Gesellschaftsgläubigern gegenüber ist eine solche Leistung [einer Sacheinlage] selbstverständlich nur insoweit wirksam, als die eingebrachten Gegenstände den Werth des festgesetzten Einlagebetrags wirklich erreichen."* Jedenfalls für den Fall der überbewerteten Sacheinlage bekennen sich die Materialien also klar zum „wirklichen" Wert der Sache.[155]

Dass der Gesetzgeber für Fälle der Einlagenrückgewähr eine objektive Leistungsbewertung intendiert hat, findet im Gesetzeswortlaut eine Stütze:[156] § 172 Abs 2 UGB besagt, dass eine Stundung oder Erlassung der geschuldeten Einlage den Gläubigern gegenüber keine Wirkung hat.[157] Diese Wortwahl erweckt den Eindruck, dass es sich bei den §§ 171 f UGB um zwingende Bestimmungen handeln soll, deren Umgehung zulasten der Gesellschaftsgläubiger unzulässig ist.[158] In § 172 Abs 3 S 1 heißt es, dass die zurückgezahlte Einlage *den Gläubigern gegenüber als nicht geleistet gilt.* Dieser Wortlaut legt nahe, dass es sich bei § 172 Abs 3 UGB um eine *Fiktion gegenüber den Gesellschaftsgläubigern* handelt, die unabhängig davon eintritt, ob die Einlage auch im Innenverhältnis als zurückgewährt

---

154 Reichstagsvorlage HGB 1897, 111.

155 Vgl auch *K. Schmidt*, ZGR 1986, 152 (160); *Müßigbrodt*, Aufrechnung 77, s auch dort 14, 19.

156 Vgl auch *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 150.

157 Vgl zum Normzweck *Konietzko* 59. § 172 Abs 2 UGB ist im System des UGB bloß klarstellend: *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 172 Rz 2; *Völkl* in *Bergmann/Ratka*, PersGes Rz 4/171; ebenso bereits für den wörtlich übereinstimmenden § 172 Abs 3 HGB *Jacobi*, JherJb 70 (1921) 300 (313 f); *K. Schmidt*, Einlage 4. *De lege ferenda* erscheint eine Streichung von § 172 Abs 2 UGB empfehlenswert, weil die Norm zu Missverständnissen Anlass gibt: Eine Herabsetzung der bedungenen, nicht eingezahlten Pflichteinlage ist gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nämlich im Allgemeinen sehr wohl wirksam mit der Folge, dass sich die Gesellschaftsgläubiger die (untergegangene) Gesellschaftsforderung auf Einlagenleistung nicht länger exekutionsweise überweisen lassen können, sondern ausschließlich auf die Inanspruchnahme der persönlichen Haftung des Kommanditisten mit der Haftsumme verwiesen sind. Besser (aber auch dann überflüssig) sollte es heißen: „Eine Vereinbarung der Stundung oder des Erlasses *der Haftsumme* ist den Gläubigern gegenüber unwirksam". In diesem Sinne wurde aus § 172 Abs 2 UGB (bzw damals noch § 172 Abs 3 HGB) abgeleitet, dass die Haftsumme des Kommanditisten durch einen (damals) Sanierungsausgleich über das Kommanditistenvermögen nicht reduziert wird: RIS-Justiz RS0062039, OGH 2 Ob 517/88 GesRZ 1989, 38 mit Anm *Ostheims* (39 f), der (noch zur Ausgleichsordnung) zutreffend darauf hinweist, dass der Anspruch der einzelnen Gesellschaftsgläubiger gegen den Kommanditisten im Ausgleichsverfahren sehr wohl auf die Ausgleichsquote zu reduzieren war; lediglich nach Ausgleichseröffnung neu hinzutretende (Gesellschafts-)Gläubiger könnten ihren vollen Anspruch geltend machen. Vor allem aber haftete der Kommanditist insgesamt weiterhin auf die gesamte Haftsumme, die durch den Ausgleich nicht vermindert werde. AA zum Zwangsausgleich *Reimer*, ÖBA 1974, 38 (48 f): Durch den Ausgleich werde die „rückständige Hafteinlage" des Kommanditisten reduziert.

158 Vgl *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 21 (Begründung objektiver Bewertung mit § 172 Abs 2 UGB); ebenso *Huber* 210; *Konietzko* 120; ähnl *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 172 Rz 10, 12.

gilt.[159] Insofern weist der Wortlaut von Abs 2, 3 *leg cit* darauf hin, dass der Gesetzgeber bei der Einlagenrückgewähr einen Schutz der Gesellschaftsgläubiger vor *jeder* objektiven Vermögensverschiebung intendiert hat.

Zum Normzweck wurde bereits oben (I.E. [14]) ausgeführt, dass eine Haftungsbefreiung des Kommanditisten im Hinblick auf den Gläubigerschutz nur gerechtfertigt ist, soweit der Kommanditist durch Leistung einer Einlage den den Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehenden Haftungsfonds vermehrt hat.[160] Daraus ergibt sich, dass nur eine wirkliche Vermehrung des Gesellschaftsvermögens den Kommanditisten von seiner Außenhaftung befreien kann;[161] umgekehrt muss die Haftung des Kommanditisten aufleben, soweit er dem Gesellschaftsvermögen (ohne gleichwertige Gegenleistung) einen Wert entzogen hat, egal aus welchem Grund.

Eine zwingend objektive Leistungsbewertung kann mit dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger freilich nur einseitig zu ihren Gunsten gerechtfertigt werden;[162] einer Unterbewertung von Einlagenleistungen bzw einer Überbewertung von Entnahmen steht der Gläubigerschutz nicht entgegen – zumindest ersterer Fall ist auch von praktischer Relevanz (s zur Beurteilung unterbewerteter Einlagen noch unten III.D.4. [241]). Ob eine objektive Leistungsbewertung nur ein- oder aber auch zweiseitig zwingend geboten ist, kann allein unter Auslotung gläubigerschützender Wertungen deshalb nicht entschieden werden. Insbesondere soll in diesem Kapitel noch die strittige Frage ausgeklammert werden, ob den Kommanditisten im Grundsatz *jede* objektive Vermehrung des Gesellschaftsvermögens von seiner Außenhaftung befreit, oder aber nur eine „Leistung auf die Einlage" – s dazu unten III. [210]. Hier und in den folgenden Unterabschnitten unter II. [42] geht es ausschließlich darum, Mindestkriterien für die Bewertung zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger aufzustellen. Die Fragestellung der folgenden Unterabschnitte kann insofern präzisiert werden: Welche zwingenden Grenzen gibt der Gläubigerschutz bei der Bewertung der geleisteten Einlage (§ 171 Abs 1 S 1 UGB) sowie der Einlagenrückgewähr (§ 172 Abs 3 UGB) vor?

Zwischenergebnis: Eine objektiv werthaltige Leistung des Kommanditisten ist für eine haftungsbefreiende Einlageleistung iSd § 171 Abs 1 UGB *notwendig*. Eine objektiv

---

159 Vgl auch *Wiedemann*, GesR II 799.

160 *Wiedemann*, GesR II 798 f; *Mußigbrodt*, Aufrechnung 77; vgl *K. Schmidt*, ZHR 154 (1990) 237 (247); *Kirsch* 22; *A. Mayer*, Haftung 48.

161 Vgl *U. Torggler*, GesR AT Rz 698; *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 63; *Potsch* 139.

162 Vgl auch oben Fn 100, insb *Wünsch* in FS Wilburg 477 (487).

werthaltige Leistung der Gesellschaft an den Kommanditisten ist umgekehrt für eine Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB *ausreichend*. Erst im nächsten Kapitel (unten III. [210]) wird es darum gehen, ob jede objektiv werthaltige Leistung des Kommanditisten seine Haftung vermindert, oder ob es sich zusätzlich um eine Leistung *auf die Einlage* handeln muss. In diesem Kapitel soll dagegen (nur) erörtert werden, inwieweit die §§ 171 f UGB zugunsten der Gesellschaftsgläubiger zwingende Mindestkriterien der Leistungsbewertung vorschreiben.

C. Grundsätze der Kapitalaufbringung und -erhaltung im KG-Recht?

Dass der Kommanditist zur Haftungsbefreiung eine werthaltige Einlage aufbringen muss, wird in Literatur und Rechtsprechung – in Anlehnung an das Kapitalgesellschaftsrecht – mitunter als Grundsatz der Kapitalaufbringung bezeichnet;[163] ebenso wird verbreitet ausgeführt, dass der kapitalgesellschaftsrechtliche Grundsatz der Kapitalerhaltung gem § 172 Abs 3 UGB auch auf die KG Anwendung finde.[164]

Man muss sich bei Verwendung dieser Begriffe im KG-Recht freilich klar machen, dass Grundsätze der Kapitalaufbringung und -erhaltung im KG-Recht nicht denselben Inhalt haben können wie bei AG oder GmbH.[165] Denn im Kapitalgesellschaftsrecht betreffen die Grundsätze der Kapitalaufbringung und -erhaltung die *Pflicht* der Gesellschafter zur Aufbringung und Erhaltung des Gesellschaftsvermögens (vgl zB §§ 6 ff, §§ 82 f GmbHG). Gesellschafter einer Personengesellschaft trifft dagegen im Allgemeinen keine gesetzliche Pflicht zur Aufbringung und Erhaltung von Gesellschaftskapital,[166] sondern stattdessen eine

---

163 Vgl *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] § 172 Rz 46; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 39; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 21; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 36; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2915; *Adel*, DStR 1994, 1580 (1582); *Cebulla*, DStR 2000, 1917 (1919); auch BGH II ZR 74/11 BB 2013, 1809 [*Stumpf*]; *Bork*, ZHR 154 (1990) 205 (208 f); *Konietzko* 119; *Wiedemann*, GesR II 799; abl *Müßigbrodt*, Aufrechnung 69 ff.

164 S zB *Bayer/Lieder*, ZIP 2008, 809 (810 f); *Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2951, 2958; *Schummer* in FS Koppensteiner (2016) 303 (310 f); abl *A. Meyer*, Übertragung 112.

165 Vgl BGH II ZR 74/11 BB 2013, 1809 [*Stumpf*]; *Müßigbrodt*, Aufrechnung 69 ff; *Mossmann* 120; *Pauli* 22; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 3. Gegen die „Aufstellung eines Kapitalerhaltungsgrundsatzes" im KG-Recht auch *Huber*, ZGR 1988, 1 (17); vgl auch *Höhne* 229; *Potsch* 25 weist darauf hin, dass das „Kapitalaufbringungsprinzip" im KG-Recht „lediglich als Wertdeckungsprinzip" ausgestaltet ist, s auch dort Seite 173.

166 Vgl auch *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (319 f).

persönliche Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten.[167] Insofern verpflichtet das Gesetz den Kommanditisten lediglich, den Gesellschaftsgläubigern einen (zusätzlichen) Haftungsfonds in Höhe der Haftsumme bereitzustellen.[168] Soweit der Kommanditist nicht (im Außenverhältnis freiwillig) eine Einlage geleistet hat, besteht dieser zusätzliche Haftungsfonds freilich (bloß) in der persönlichen Haftung des Kommanditisten für Gesellschaftsverbindlichkeiten,[169] der durch die Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern erschöpft[170] und bei persönlicher Mittellosigkeit des Kommanditisten wertlos wird.

In der KG kann mit „Grundsätzen der Kapitalaufbringung und -erhaltung" deshalb im Außenverhältnis grundsätzlich nur eine *Obliegenheit* gemeint sein:[171] Nach dem „Kapitalaufbringungsgrundsatz" als Prinzip der objektiven Wertdeckung[172] wird der Kommanditist durch die Leistung einer Einlage nur insoweit von seiner Außenhaftung frei, als er der Gesellschaft dadurch auch tatsächlich werthaltiges Kapital zugeführt hat. Davor trifft den Kommanditisten lediglich die Pflicht, den Gesellschaftsgläubigern einen (zusätzlichen) Haftungsfonds in Höhe der Haftsumme bereitzustellen.[173] Soweit der Kommanditist nicht (im Außenverhältnis freiwillig) eine Einlage geleistet hat, besteht dieser zusätzliche Haftungsfonds freilich (bloß) in der persönlichen Haftung des Kommanditisten für Gesellschaftsverbindlichkeiten,[174] der durch die Befriedigung von

---

167 Vgl *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65.

168 Vgl die Nw oben Fn 91 ff.

169 Vgl dazu Reichstagsvorlage HGB 1897, 115: *„Von einer Bindung der Einlage im Interesse der Gläubiger kann daher nur in dem Sinne gesprochen werden, daß eine Vereinbarung der Gesellschafter, durch die dem Kommanditisten die Einlage erlassen oder gestundet wird, den Gläubigern gegenüber unwirksam ist, und daß, falls die eingezahlte Einlage zurückgezahlt oder durch Entnahme von Gewinnantheilen vermindert wird, die Einzahlung den Gläubigern gegenüber insoweit als nicht geschehen gilt"*; vgl auch *Horn* in *Heymann*, HGB II^2 § 172 Rz 9: Haftungsautomatik des § 172 Abs 3 UGB schaffe bloß indirekten Anreiz zur Kapitalerhaltung; ähnl wie letzterer *Anzinger* in FS U.H. Schneider 15 (24).

170 Vgl *K. Schmidt*, Einlage 6.

171 Vgl BGH II ZR 74/11 BB 2013, 1809 [*Stumpf*]: „Kapitalerhaltungsgrundsatz" wirkt bei der KG nicht im Innenverhältnis; *Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2951; *H. P. Westermann* (Vertragsfreiheit 285 f mit Fn 164) bezeichnet § 172 Abs 3 deshalb nicht als Instrument der Einlagenerhaltung, sondern bloß als „Einlagensicherung *cum grano salis",* die nicht mit der GmbH auf eine Stufe gestellt werden dürfe; diesem folgend *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (334); übereinstimmend auch *Mossmann* 120; *Wiedemann* II 808 konstatiert, der Kapitalschutz sei bei der KG deshalb „weniger verfestigt" als bei den Kapitalgesellschaften.

172 Vgl *Potsch* 25.

173 Vgl die Nw oben Fn 91 ff.

174 Vgl dazu Reichstagsvorlage HGB 1897, 115: *„Von einer Bindung der Einlage im Interesse der Gläubiger kann daher nur in dem Sinne gesprochen werden, daß eine Vereinbarung der Gesellschafter, durch die dem Kommanditisten die Einlage erlassen oder gestundet wird, den Gläubigern gegenüber unwirksam ist, und daß, falls die eingezahlte Einlage zurückgezahlt oder durch Entnahme von Gewinnantheilen vermindert wird, die Einzahlung den Gläubigern gegenüber insoweit als nicht geschehen gilt"*; vgl auch *Horn* in *Heymann*, HGB II^2 § 172 Rz 9: Haftungsautomatik des § 172 Abs 3 UGB schaffe bloß indirekten Anreiz zur Kapitalerhaltung; ähnl wie letzterer *Anzinger* in FS U.H. Schneider 15 (24).

Gesellschaftsgläubigern erschöpft[175] und bei persönlicher Mittellosigkeit des Kommanditisten wertlos wird. Ein „Grundsatz der Kapitalerhaltung" trifft den Kommanditisten nur insofern, als ein Entzug von Gesellschaftsvermögen dazu führt, dass der Kommanditist eben stattdessen wieder selbst mittels persönlicher Haftung den Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung zu stehen hat.

Einen Grundsatz der Kapitalaufbringung kann man im UGB auch in einem zweiten Sinne verstehen: Der Kommanditist ist verpflichtet, spätestens in der Gesellschaftsinsolvenz eigenes Kapital in Höhe der Haftsumme zugunsten der Gesellschaftsgläubiger aufzubringen – sei es durch Leistung einer Einlage an die Gesellschaft, eine Leistung an den Insolvenzverwalter gem § 171 Abs 2 UGB oder (bereits vor Insolvenzeintritt) durch Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers. Insofern trifft den Kommanditisten durchaus eine Kapitalaufbringungspflicht; diese Pflicht ist aber bedingt mit einem tatsächlichen Zahlungsverlangen durch Gesellschaftsgläubiger bzw den Insolvenzverwalter und nicht primär auf die Aufbringung von *Gesellschafts*kapital gerichtet. Auch am für Eigenkapitalgeber typischen Gesellschaftsrisiko partizipiert der Kommanditist schon aufgrund der Übernahme der Haftsumme.[176] Denn bereits die Übernahme der Haftsumme begründet die Verpflichtung des Kommanditisten, spätestens in der Gesellschaftsinsolvenz eigenes Vermögen in Höhe der Haftsumme zugunsten der Gesellschaftsgläubiger aufzubringen (vgl § 171 Abs 2 UGB). Insoweit besteht eine Parallele zwischen der Haftung des Kommanditisten und der Kapitalaufbringungs- und -erhaltungspflicht der Gesellschafter von AG und GmbH, ohne dass das Gesetz dem Kommanditisten aber eine Pflicht zur Aufbringung und Erhaltung von haftendem Vermögen *in der Gesellschaft* aufbürden würde.

Auch wenn sich der Kommanditist durch die Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern von seiner Außenhaftung befreit, bringt er dadurch nicht notwendigerweise in gleichem Maße auch Kapital für die Gesellschaft auf.[177] Denn durch die Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers werden zwar die Gesellschaftsverbindlichkeiten verkürzt, sodass das Gesellschaftsreinvermögen an Wert gewinnt.[178] Die mit der

---

175 Vgl *K. Schmidt*, Einlage 6.

176 Vgl aber auch *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (417): Verlustbeteiligung sei ein Wesensmerkmal der Einlage; ähnl auch *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 12; *K. Schmidt*, GesR[4] (1565): *„Nur durch […] effektive Risikobeteiligung kann sich ein Handelsgesellschafter den Haftungsausschluß verdienen. [Der Kommanditist] verdient sich die Haftungsbefreiung, indem er bei der Gesellschaft haftendes Kapital als Kommanditisteneinlage hält"*; diesem folgend *Hüffer*, ZHR 151 (1987) 396 (412).

177 Insoweit zutreffend *Müßigbrodt*, Aufrechnung 72.

178 ZB *Schuhmacher* in FS Aicher 729 (738 f).

Gläubigerbefriedigung einhergehende Vermehrung des Gesellschaftsvermögens ist – soweit die Gesellschaftsschulden ihr Aktivvermögen übersteigen – der Zuführung von Aktivvermögen aber durchaus nicht gleichzuhalten[179] (s dazu näher unten V.D.3. [280]; s zu den Rechtsfolgen der Gläubigerbefriedigung für die Außenhaftung des Kommanditisten unten IV. [258]). Immerhin besteht für den Kommanditisten aufgrund seiner Außenhaftung ein gewisser Anreiz, an die Gesellschaft eine Einlage zu leisten und auch dort zu belassen.[180] Zusammenfassend garantieren die §§ 171 ff UGB aber nicht die Aufbringung und Erhaltung von Kapital zugunsten der Gesellschaft, sondern lediglich die Aufbringung von Kapital zugunsten der Gesellschaftsgläubiger spätestens in der Gesellschaftsinsolvenz.

D. Bewertungsmaßstab[181]

1. Problemstellung

Was unter dem „tatsächlichen" oder objektiven Wert einer Leistung iSd § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB zu verstehen ist, bedarf der Konkretisierung. Der Marktwert einer Sache kann sich von ihrem Wert für eine bestimmte Person unterscheiden. Der Wert von Sach- oder Dienstleistungen kann sich unterscheiden, je nachdem ob man den Wert aus Sicht von Gesellschaft, Kommanditist oder Gesellschaftsgläubigern ermittelt. Mitunter bestehen für ein- und dasselbe Gut auch unterschiedliche Marktpreise, wenn ein Produkt an mehreren verschiedenen Märkten gehandelt wird (zB Großhandels- und Einzelhandelspreise). Fraglich ist, welcher Bewertungsmaßstab bei der Bewertung im Rahmen der § 171 Abs 1 UGB, § 172 Abs 3 UGB heranzuziehen ist.

---

179 *Konwitschka* 47 f, 52 ff; wN unten Fn 901.

180 Vgl *Höhne* 229. Normzweck der §§ 171 f UGB ist aus Sicht des Innenverhältnisses insofern auch, den Kommanditisten zur Leistung seiner Pflichteinlage anzuhalten. Darauf beschränkt sich für *Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2951 der Kapitalerhaltungsgrundsatz der KG. *Wiedemann* (in FS Bärmann 1037 [1038]) hat im Anreiz zur Leistung der Pflichteinlage dagegen den *alleinigen* Normzweck der §§ 171 f UGB ausgemacht, s dazu mwN oben Fn 90; vgl auch *dens*, GesR II 798: Anreiz der Haftungsbefreiung soll den Kommanditisten anhalten, zur Eigenkapitalbildung der Gesellschaft beizutragen; aA in dem Sinne, dass §§ 171 f UGB das Innenverhältnis in keiner Weise tangieren zB *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 172 Rz 18; *Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2953; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 19.

181 Die Unterabschnitte II.D.2. bis II.D.6 basieren in Teilen auf der Seminararbeit zur Vorstellung des Dissertationsvorhabens, die im Wintersemester 2013/14 im Seminar aus Unternehmens- und Wirtschaftsrecht bei Univ.-Prof. Dr. Ulrich Torggler LL.M. präsentiert wurde.

2. Meinungsstand

a. Einlagenleistung

i. Einlagefähigkeit

Was die Leistung der haftungsbefreienden Einlage anbelangt, wird in der Literatur verbreitet zwischen der grundsätzlichen Einlagefähigkeit einer Leistung ihrer Art nach (zB einer Dienstleistung) einerseits und dem konkret anzuwendenden Bewertungsmaßstab (zB Verkehrswert) andererseits differenziert. Dies, obwohl nach der hM grundsätzlich die *Einlagefähigkeit* einer Leistung iSd § 171 Abs 1 UGB ihrer abstrakten Bewertungsfähigkeit folgen soll:[182] Einlagefähig seien Leistungen, die über einen feststellbaren Wert verfügen.[183] Der Meinungsstand wird dem in der Literatur verbreiteten Schema folgend aber auch hier getrennt nach grundsätzlicher Einlagefähigkeit und anzuwendendem Bewertungsmaßstab dargestellt.

Im Hinblick auf die Einlagefähigkeit von Leistungen gem § 171 Abs 1 UGB lassen sich zwei Strömungen unterscheiden. Nach überwiegender Ansicht genügt zur Haftungsbefreiung ein feststellbarer Leistungswert *für das konkrete, von der Gesellschaft betriebene Unternehmen*[184] bzw ein feststellbarer Wert im Rahmen eines Verkaufs des Gesamtunternehmens[185]. Nach der strengeren Gegenansicht sind als haftungsbefreiende Einlage dagegen nur Vermögenswerte tauglich, die unabhängig von ihrer konkreten Nutzungsmöglichkeit im Gesellschaftsunternehmen über einen selbständigen Wert verfügen[186], der auch bei einer Aussonderung der geleisteten Sache aus dem Unternehmen bestehen bleibt.[187]

---

182 *Wiedemann*, GesR II 803; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 15; vgl *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 171 Rz 13; auch *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 2/851.

183 *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 171 Rz 8; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 15; *Wiedemann*, GesR II 803; *Bork*, ZHR 154 (1990) 205 (210); *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 54; vgl *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2857: „objektiv geldwerte" Leistung.

184 *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 18; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 171 Rz 13; wohl auch *Stölzle*, GesRZ 1980, 204.

185 *Döllerer* in FS Fleck 35 (41 f).

186 In letzterem Sinne *Potsch* 140 f; *Sudhoff*, Rechte und Pflichten des Kommanditisten[3] 11; vgl auch *Huber* 193: unmittelbare Vermögensmehrung erforderlich.

187 *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 14; *Ekkenga*, ZHR 161 (1997) 599 (620): „Einzelveräußerlichkeit" entscheidend; *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 140; vgl *Sudhoff*, Rechte

Konkret besteht weitgehende Einigkeit, dass Geld[188] inkl Buchgeld sowie körperliche Sachen aller Art grundsätzlich als haftungsbefreiende Einlage geeignet sind.[189] Grundsätzliche Anerkennung findet auch die Einlagefähigkeit iSd § 171 Abs 1 UGB von dinglichen Rechten[190], von schuldrechtlichen Forderungen (sowohl gegen Dritte[191] als auch gegen die Gesellschaft[192]) sowie von Immaterialgüterrechten[193]. Strittig ist hingegen die Enthaftungstauglichkeit von Dienstleistungen,[194] Knowhow[195], eines Kundenstocks[196], von

---

und Pflichten des Kommanditisten[3] 11; *Huber* 193; auch *Wiedemann*, GesR II 803; *K. Schmidt*, ZHR 154 (1990) 237 (242).

188 Wird die Einlage in einer fremden Währung geleistet, kommt es dabei auf den Wechselkurs im Einbringungszeitpunkt an (vgl dazu *Voigt*, NZG 2008, 933 [935]); allfällige zusätzliche für die Gesellschaft anfallende Spesen aus dem Wechsel in Euro sind mE wertmindernd zu berücksichtigen.

189 Für alle *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB[36] § 171 Rz 6; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2858.

190 Allgemein die Einlagefähigkeit von „Rechten" befürwortend *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 15; *Wiedemann*, GesR II 803; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2858.

191 *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 55; *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 2/851; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 15; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2858; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 18; *Wiedemann*, GesR II 803; *J. Meyer* 156; *Knobbe-Keuk*, ZGR 1980, 214 (223); *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR[2] §§ 171, 172 HGB Rz 40; *Horn* in *Heymann*, HGB II[2] § 171 Rz 17; vgl *Ekkenga*, ZHR 161 (1997) 599 (620); weitergehend *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 161 Rz 18, § 171 Rz 9: auch zukünftig entstehende Forderungen einlagefähig; einschränkend *K. Schmidt*, ZHR 154 (1990) 237 (254): keine Einlagefähigkeit von Forderungen auf Dienstleistungen durch Dritte.

192 *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 48; wN unten Fn 924.

193 *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 18; *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 2/851; *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 9, 55; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 171 Rz 13; *Wiedemann*, GesR II 803; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 31; weitergehend OGH 2 Ob 517/88 GesRZ 1989, 38 (39 obiter) [*Ostheim*]: immaterielle Wirtschaftsgüter; vgl *Müßigbrodt*, Aufrechnung 9 f mit Beispielen; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2858: gewerbliche Schutzrechte; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 161 Rz 18: Patente; BGH II ZR 359/98 BB 2000, 1643: Lizenzrechte aus Sponsoringverträgen.

194 Dafür OGH 2 Ob 517/88 GesRZ 1989, 38 (39 obiter) [*Ostheim*]; ausf *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 40 ff; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 171 Rz 13; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 18; *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 171 Rz 8; *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 2/851; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 55; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 31; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 42; *Horn* in *Heymann*, HGB II[2] § 171 Rz 17; *Kindler*, JuS 2006, 865 (866); *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2861; *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB[36] § 171 Rz 6; *Zacher* 12 f; *Kalss* in *Bertl ea*, PersGes 45 (62); *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR[2] §§ 171, 172 HGB Rz 40; *Bergmann*, RdW 2008, 382 (384); *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 161 Rz 19 unter Hinweis auf § 706 Abs 3 BGB; ebenso *Sudhoff*, Rechte und Pflichten des Kommanditisten[3] 12; vgl auch *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 16; OGH 7 Ob 607/78 SZ 51/130; OGH 6 Ob 743/80 SZ 54/42; *Wünsch*, GesRZ 1978, 1 (6 ff); *Wiedemann*, GesR II 803: *zukünftige* Dienstleistungen nicht einlagefähig; dagegen *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 14; *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 9, 46, 48a, s aber auch dort Rz 56; *K. Schmidt*, Einlage 12 ff; *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 137, 139; auch OLG Celle 9 U 172/72 OLGZ 1973, 343; *C. Nowotny*, RdW 2009, 326 f für KG ohne natürliche Person als Komplementär.

195 Dafür OGH 2 Ob 517/88 GesRZ 1989, 38 (39 *obiter dictum*) [*Ostheim*]; *Barz* in FS W. Schmidt 157 (169 f); *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 18; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 171 Rz 13; *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 2/851; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 55; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 15; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 31; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2858; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 161 Rz 18: Knowhow und Fabrikgeheimnisse; vgl *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 43; *Wünsch*, GesRZ 1978, 1 (7 f); offenlassend *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 9 mN zur

Sachen bloß zur Nutzung[197], oder der Bürgschaftsübernahme für eine Gesellschaftsverbindlichkeit gegenüber einem Dritten[198]. Der *good-will* eines Unternehmens kann bei der Bewertung berücksichtigt werden, wenn das zugehörige Unternehmen auch tatsächlich eingebracht wurde.[199] *Sassenrath* verneint außerdem die Einlagefähigkeit „reiner Handlungs- oder Unterlassungspflichten, beispielsweise eines Wettbewerbsverbots".[200]

Für die strenge Minderansicht wurde vorgebracht, dass nur Leistungen, die das haftende Gesellschaftsvermögen vermehren, auch für die Gesellschaftsgläubiger als Haftungsobjekt verwertbar sind.[201] Bei sonstigen Leistungen des Kommanditisten handle es sich (im Innen- wie im Außenverhältnis) dagegen schon begrifflich um keine „Einlage", sondern nur um einen „sonstigen Beitrag".[202] Für sonstige Beiträge gewähre das Gesetz aber weder einen Kapitalanteil[203] noch Haftungsbefreiung.[204] Dienstleistungen und ähnliche Leistungen würden damit iE als haftungsbefreiende Einlage ausscheiden, weil sie den Gläubigern kein Exekutionsobjekt zur Verfügung stellen.

---

kapitalgesellschaftsrechtlichen Gegenansicht; differenzierend nach der bilanziellen Aktivierbarkeit des Knowhow *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 140.

196 Dafür *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 18; *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 2/851.

197 Für die Einlagentauglichkeit der Überlassung *quoad sortem* BGH II ZR 230/75 NJW 1977, 1820; für die Haftungsbefreiung bei Einbringung *quoad usum* BGH II ZR 359/98 BB 2000, 1643; BGH II ZR 121/02 NZG 2004, 910; ausf *Bork*, ZHR 154 (1990) 205; *Döllerer* in FS Fleck 35; *Sudhoff*, Rechte und Pflichten des Kommanditisten[3] 16; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2858 f; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 31; *Zacher* 12 f; vgl auch *Wünsch*, GesRZ 1978, 1 (3 ff); *Wiedemann*, GesR II 803; *Ullrich*, NJW 1974, 1486; einschränkend *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 137 f; dagegen ausf *K. Schmidt*, ZHR 154 (1990) 237; *ders* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 § 172 Rz 46; *Huber* 191 ff, 214; *Potsch* 144, 149; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 55; *Knobbe-Keuk*, ZGR 1980, 214; *v. Falkenhausen*, DStR 1992, 186 (188). S zur Nutzungsüberlassung noch ausf unten II.E.4. [160].

198 Dafür BGH II ZR 220/93 WM 1994, 2242 (2243 f); *Oetker* in *Oetker*, HGB[3] § 171 Rz 42; *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 56; zweifelnd *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2860; strenger *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (57 f): Haftungsbefreiung setze zur endgültigen Wertzuführung gleichzeitig die Übertragung der Sicherheit ins Gesellschaftsvermögen voraus; überhaupt gegen die Einlagentauglichkeit der Sicherheitsbestellung an einen Dritten *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 48; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 55, 57; *Potsch* 141.

199 S zB *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2858; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 55, 57; *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 141; aA (Firmenwert nicht haftungsbefreiend) *Potsch* 150 f.

200 *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2856.

201 *K. Schmidt*, ZHR 154 (1990) 237; *ders*, Einlage 12 ff; *ders* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 9, 46, 48a, 56; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 14; *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR[2] §§ 171, 172 HGB Rz 4; *v. Gerkan* in *Röhricht/v. Westphalen*, HGB § 171 Rz 10; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2857 allerdings ausgehend von einem sehr weiten „Einlagen"-Begriff; auch OLG Celle 9 U 172/72 OLGZ 1973, 343.

202 Vgl *K. Schmidt*, GesR[4] 566 ff, 1560 ff sowie die Nw zu diesem in der vorigen Fn.

203 *U. Torggler/H. Torggler* in WK UGB I[4] § 109 Rz 10; *Wünsch*, GesRZ 1978, 1 (2).

204 Vgl *K. Schmidt*, GesR[4] 566 ff, 1560 ff; *ders*, Einlage 2 ff, 10 f; *ders* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 5 ff; *ders*, ZHR 154 (1990) 237 (242); *Huber* 191 ff.

Dass nur die Einbringung selbständig veräußerbarer Vermögensgegenstände zur Befreiung des Kommanditisten von seiner Außenhaftung tauglich wäre, wurde auch mit dem Rechnungslegungsrecht zu begründen versucht: Es wurde argumentiert, dass nur bilanziell aktivierbare Leistungen den Kommanditisten von seiner Außenhaftung befreien könnten.[205] Begründet wurde dies vor allem mit der teleologisch-systematischen Verknüpfung von Kapitalerhaltung und Rechnungslegungsrecht (s dazu näher unten II.D.4. [58]).[206] Im Ergebnis führt der Verweis auf das Rechnungslegungsrecht meist zu einer engen Begrenzung einlagefähiger Gegenstände. Das hat seinen Grund darin, dass im Rechnungslegungsrecht nur *Vermögensgegenstände* iSd § 196 Abs 1 UGB aktivierungsfähig sind, und zwar gem § 202 Abs 1 UGB mit ihrem „beizulegenden Wert". Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Gesellschafter seiner Gesellschaft einen „Vermögensgegenstand" zugewendet hat, orientiert sich die hM des Rechnungslegungsrechts aber wiederum am vergleichsweise strengen Kapitalgesellschaftsrecht.[207] Im Ergebnis führt die Behauptung, nur bilanziell aktivierbare Leistungen könnten den Kommanditisten von seiner Außenhaftung befreien, deshalb oftmals mittelbar zu einer Anwendung kapitalgesellschaftsrechtlicher Einlagenkriterien auf den Kommanditisten.

Eine enge Begrenzung der als haftungsbefreiende Einlage tauglichen Leistungen wurde auch unmittelbar mit dem Verweis auf Kapitalgesellschaftsrecht begründet, namentlich mit einer Analogie zu § 20 Abs 2 AktG (bzw in Deutschland zum sinngleichen

---

205 Ausf *Huber* 195 ff; *ders*, ZGR 1988, 1 (18); *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 161 Rz 21, § 171 Rz 9; *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 124; *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 9 f; *ders*, Einlage 14 ff; *ders*, ZHR 154 (1990) 237 (247 ff); *v. Gerkan* in *Röhricht/v. Westphalen*, HGB § 171 Rz 10; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 6; *J. Meyer* 156; *Ekkenga*, ZHR 161 (1997) 599 (622 f); *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 32; *C. Nowotny*, RdW 2009, 326 (331); vgl *H. Westermann* in FS Barz (1974) 81 (83); *Knobbe-Keuk*, ZGR 1980, 214 (216 f); *Wiedemann*, GesR II 802; *Sudhoff*, Rechte und Pflichten des Kommanditisten[3] 13; auch *Gassner*, FJ 1990, 183; offenlassend *Bork*, ZHR 154 (1990) 205 (231 ff); vgl aber auch *Müßigbrodt*, Aufrechnung 18; aA *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 39 ff, insb 41; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 14; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 15; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2857: Vorrang des Bilanzrechts nicht rechtfertigbar.

206 Vgl allgemein zum Zusammenhang von Gewinnausschüttung und Kapitalerhaltung *Hügel*, GesRZ 1993, 29 (34): *„Technisches Instrument zur Erreichung der [Abgrenzung von Kapitalerhaltung und Gewinnausschüttung] ist das Bilanzrecht"*; *dens*, GesRZ 1992, 258 (260); *Gelter*, GesRZ 2004, 177 (179); *Ekkenga*, ZHR 161 (1997) 599 f; *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (77 f); *Diregger/Eckert*, RdW 2013, 579 (586); *Bertl/Deutsch/Hirschler*, Buchhaltungs- und Bilanzierungshandbuch[8] 213 f; auch *U. Torggler*, GesR AT Rz 544.

207 Vgl *Urnik/Urtz* in WK UGB II[3] § 202 Rz 5 ff; *Gelter*, GesRZ 2004, 177 (179 ff); *C. Nowotny* in GedS W.-D. Arnold 101 (105); *Ekkenga*, ZHR 161 (1997) 599 (615 f) mit Hinweis auf § 272 Abs 1 letzter HS dHGB (Ausweis eingeforderter Einlagen einer Kapitalgesellschaft als Forderung); *Koppensteiner*, GesRZ 2014, 3 (6); auch *Bork*, ZHR 154 (1990) 205 (233); *Konezny* in *U. Torggler*, UGB[2] § 202 Rz 10; aber auch *Djanani/Bitzyk* in *Bertl/Mandl*, Handbuch RLG B.II.3.2.ee/2.1.

§ 27 Abs 2 dAktG).[208] § 20 Abs 2 AktG beschränkt den Kreis der im Aktienrecht zulässigen Sacheinlagen. S 1 *leg cit* bestimmt, dass nur „Vermögensgegenstände, deren wirtschaftlicher Wert feststellbar ist", Sacheinlage sein könnten. S 2 *leg cit* schließt die Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen explizit als Gegenstand einer Sacheinlage aus.

ii. Bewertungsmaßstab

Die Divergenzen bei der Frage der Einlagefähigkeit iSd § 171 Abs 1 UGB setzen sich bei der Frage nach dem anzuwendenden Bewertungsmaßstab fort, das Meinungsbild erscheint hier aber fragmentierter, ohne dass sich zwei klare Strömungen unterscheiden ließen. Grob lassen sich Bewertungen der Leistung selbst (zB Marktwert) von Bewertungen der Veränderung des Gesellschaftsvermögens durch die Einlagenleistung unterscheiden (insbesondere Ertragswert).

Zur Ermittlung des Werts der Sache selbst soll es auf den Verkehrswert[209] ankommen, ausgedrückt als Marktwert[210] bzw Wiederbeschaffungswert[211]. Eingelegte Forderungen sind dementsprechend bei schlechter Einbringlichkeit mit einem Abschlag zu bewerten.[212]

Bei der Ermittlung des Werts für die Gesellschaft soll es dagegen auf die tatsächliche Vermehrung des Gesellschaftsvermögens ankommen,[213] bzw auf die wirkliche Vermehrung

---

208 So *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] Rz 12; *Bork*, ZHR 154 (1990) 205 (208 f); sympathisierend auch *J. Meyer* 155 aE; auch nach *C. Nowotny*, RdW 2009, 326 sind als haftungsbefreiende Einlage nur Leistungen geeignet, die „auch bei Kapitalgesellschaften als Sacheinlage in Betracht kommen", aus dem Kontext ergibt sich aber wohl, dass sich die Ausführung *C. Nowotnys* nur auf KG ohne natürliche Person als Komplementär beziehen; ausdrücklich aA *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 161 Rz 19; *Müßigbrodt*, Aufrechnung 14.

209 *J. Meyer* 156; *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 171 Rz 8; *Harrer* 379; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 14; *Weimar*, DStR 1997, 1730.

210 *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 9; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2899; *V. Kluge/C. Kluge* in *Ensthaler*, HGB[8] § 171 Rz 18; vgl *Tschierschke* 38; *Müßigbrodt*, Aufrechnung 18: Kurswert; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 57: Wechselkurs bei Fremdwährungseinlage; vgl auch *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR[2] §§ 171, 172 HGB Rz 40: Wertbestimmung im Zweifel durch Drittvergleich.

211 *Sudhoff*, DB 1973, 2175 (2176); *Huber* 210; *Tschierschke* 38; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 33; vgl *Konietzko* 126; *Peters*, RNotZ 2002, 425 (432).

212 *Müßigbrodt*, Aufrechnung 19; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 57.

213 OGH 2 Ob 517/88 GesRZ 1989, 38 [zust *Ostheim*]; RIS-Justiz RS0062069; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 15 f; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 171 Rz 11, 13; *Wünsch*, GesRZ 1978, 51 (54); ähnl *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 171 Rz 8; OGH 7 Ob 647/82 SZ 55/103 (Vermögenszufluss); vgl *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (51 f); *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 25; *Konietzko* 120; *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB[36] § 171 Rz 6 (tatsächliche Wertzuführung); ebenso *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 52; Die Gesellschaft als Bewertungssubjekt ablehnend dagegen *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 44 f: Bewertung der Leistung ausschlaggebend; eine Vermögensmehrung der KG sei bloße Reflexwirkung, die in Sonderkonstellationen fehle; eine Berücksichtigung der Gesellschaftsumstände abl *Konietzko* 127.

des Haftungsfonds[214] oder die Erhöhung der Deckungsgrundlage für die Gläubiger[215].[216] Vertreten wird auch ein Abstellen auf den wirtschaftlichen Wert der Einlage[217], und zwar insbesondere auf ihren Zeitwert für die Gesellschaft[218].

Ein gesellschaftsorientierter Bewertungsmaßstab liegt in der Sache auch vor, wenn der anzuwendende Bewertungsmaßstab von den Umständen der Gesellschaft abhängig gemacht wird. Das ist zunächst der Fall, wenn eine Bewertung mit dem Liquidationswert ausschließlich für insolvenznahe Gesellschaften vertreten wird.[219] Ein weiterer Fall: wenn die Maßgeblichkeit des Wiederbeschaffungswerts bei der Bewertung nur für den Fall bejaht wird, dass die Gesellschaft die eingelegte Sache ansonsten selbst angeschafft hätte[220].

b. Einlagenrückgewähr

Bei der Einlagenrückgewähr liegt der Schwerpunkt der in Literatur und Rechtsprechung erörterten Fälle nicht bei Fällen offener Einlagenrückgewähr, sondern bei der Beurteilung von Drittgeschäften. Drittgeschäfte sind privatrechtliche Geschäfte, die die KG außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Sphäre mit ihrem Kommanditisten abschließt.[221]

---

214 *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² § 171 Rz 17; vgl auch *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I⁴ § 171 Rz 11.

215 *Wünsch*, GesRZ 1978, 51 (54), der gleichzeitig aber die Einlagefähigkeit von Dienstleistungen bejaht (*ders*, GesRZ 1978, 1 [6 ff]); vgl *Potsch* 141.

216 Vgl *Bork*, ZHR 154 (1990) 205 (209): funktionale Äquivalenz zu Bareinlage.

217 *Eckert* in *U. Torggler*, UGB² § 171 Rz 8; *v. Gerkan* in *Röhricht/v. Westphalen*, HGB § 171 Rz 45; *Wiedemann*, GesR II 803; vgl *Sudhoff*, DB 1973, 2175 (2176: „effektiver Wert"); aber auch *Konietzko* 127 (Nutzungswert abl).

218 *Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 150 Rz 84; *Potsch* 141; *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ § 171 Rz 6; *Peters*, RNotZ 2002, 425 (432); *Herchen* in MüHdb GesR II⁴ § 30 Rz 33; *Bork*, ZHR 154 (1990) 205 (233); vgl *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 54 iVm Rz 44 f: vom Wert für die Gesellschaft unabhängiger objektiver Zeitwert; ebenso wie letzterer *v. Falkenhausen*, DStR 1992, 186 (188).

219 BGH II ZR 124/61 BGHZ 39, 319 (330); *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ § 171 Rz 6; *Thiessen* in GroßK HGB IV⁵ § 171 Rz 142; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB⁴ § 171 Rz 46; *Herchen* in MüHdb GesR II⁴ § 30 Rz 33; vgl *Horn* in *Heymann*, HGB II² § 171 Rz 16; *Oetker* in *Oetker*, HGB⁴ § 171 Rz 43; auch *Gursky*, DB 1978, 1261 (1264 f); auch in diesem Fall eine Bewertung mit dem Verkehrswert anstelle des Liquidationswerts befürwortend *K. Schmidt* in MüKo HGB³ §§ 171, 172 Rz 99; wohl auch *J. Meyer* 155; vgl auch insofern mE widersprüchlich *Potsch* 141: „in Zweifelsfällen" sei für die Frage, ob überhaupt eine Vermehrung des Gesellschaftsvermögens stattgefunden hat, auf den Liquidationswert abzustellen – auch bei insolvenznahen Gesellschaften richte sich der Wert einer Einlage aber nach deren Wiederbeschaffungswert, nicht nach dem „Versilberungswert".

220 Vgl idS *Müßigbrodt*, Aufrechnung 18 f; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB³ § 171 Rz 56; auch *Bayer/Lieder*, ZIP 2008, 809 (810).

221 Vgl BGH II ZR 310/12 WM 2013, 2268: *„Ein Drittgeschäft ist jedes Geschäft, das seinen Rechtsgrund nicht im Gesellschaftsverhältnis, sondern in einem davon zu unterscheidenden Rechtsverhältnis hat."*

Dass auch im Rahmen eines Drittgeschäfts eine (verdeckte) Einlagenrückgewähr verwirklicht werden kann, wird heute nicht mehr ernsthaft bestritten.[222]

Der Konzentration der Diskussion auf die verdeckte Einlagenrückgewähr ist es wohl geschuldet, dass im Ausgangspunkt bei der Bewertung von Leistungen an den Kommanditisten stets auf die Veränderung des Gesellschaftsvermögens abgestellt wird,[223] weniger auf den objektiven Leistungswert wie bei der Einlagenleistung. Häufig wird dabei unmittelbar auf die Veränderung des *haftenden* Gesellschaftsvermögens abgestellt.[224] Die in Deutschland gebräuchlichste Formel geht auf den BGH zurück. Danach liegt eine Einlagenrückgewähr vor, wenn eine Zuwendung aus dem Gesellschaftsvermögen erfolgt, durch die der Gesellschaft Vermögenswerte ohne gleichwertige Gegenleistung entzogen werden.[225] Das österreichische Meinungsbild ist vom Rechtssatz des OGH geprägt, wonach eine Einlagenrückgewähr bei einer Leistung der Gesellschaft ohne sofort fälligen Gegenanspruch vorliegt.[226] In der Literatur wird betont, dass ein etwaiger Gegenanspruch angemessen[227], vollwertig[228] bzw gleichwertig[229] sein müsse.

Die Frage, wann ein Gegenanspruch gleichwertig ist, wird in der Literatur zu § 172 Abs 3 UGB mitunter stiefmütterlich behandelt. Wo sie behandelt wird, finden sich erhebliche Anleihen aus dem Recht von AG und GmbH. Das ist naheliegend, denn im Kapitalgesellschaftsrecht ist die Aufbereitung der verdeckten Einlagenrückgewähr wesentlich weiter vorangeschritten als im UGB. Mitunter wird zur Bewertung von Drittverträgen überhaupt auf das Recht der Kapitalgesellschaften verwiesen.[230] Dementsprechend heißt es in

---

222 Oben Fn 152 mN dort.

223 Vgl RIS-Justiz RS0062069; *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (52); *H. Westermann* in FS Barz (1974) 81 (85); *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 172 Rz 5: Zurechenbare Leistung, die das Gesellschaftsvermögen vermindert hat; ähnl *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 172 Rz 9: Jede vermögenswerte Zuwendung zulasten des Gesellschaftsvermögens; ebenso *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 172 Rz 16; *v. Gerkan* in *Röhricht/v. Westphalen*, HGB § 171 Rz 45.

224 *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 66.

225 BGH II ZR 158/65 BGHZ 47, 149 (156); BAG 3 AZR 304/80 NJW 1983, 1869; *v. Gerkan* in *Röhricht/v. Westphalen*, HGB § 172 Rz 19; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 21; *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1041); *Riegger*, DB 1983, 1909 (1910); *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2968; *Bork*, AcP 1984, 465 (482); *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 172 Rz 18; *Kindler*, JuS 2006, 865 (867); *Adel*, DStR 1994, 1580 (1583); vgl *Peters*, RNotZ 2002, 425 (434); *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 172 Rz 16: vermögenswerte Zuwendungen.

226 RIS-Justiz RS0062069; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 172 Rz 16 f; *Koppensteiner/Auer*, in WK UGB I[4] § 172 Rz 5.

227 *Priester*, DB 1975, 1878 (1881); vgl auch *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 68.

228 *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 172 Rz 9; *v. Gerkan* in *Röhricht/v. Westphalen*, HGB § 172 Rz 20; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2982; ähnl *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB I[2] § 172 Rz 21.

229 *Priester*, DB 1975, 1878 (1881).

230 Dafür *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 172 Rz 3.

Anlehnung an eine im Kapitalgesellschaftsrecht gebräuchliche Formel[231], eine Einlagenrückgewähr liege bei objektiver Wertinäquivalenz[232] vor, wobei auch die Befreiung der Gesellschaft von Verbindlichkeiten als Gegenleistung tauglich sei[233]. Verwiesen wird auch auf die Einhaltung marktüblicher Bedingungen.[234] Eine mangelnde Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung sei dagegen „betrieblich rechtfertigbar".[235] Auch der im Kapitalgesellschaftsrecht verbreitete Drittvergleich soll auf den Kommanditisten angewendet werden.[236] Dies gilt sowohl für den objektiven[237] als auch den subjektiven[238] Drittvergleich. Beim objektiven Drittvergleich kommt es darauf an, ob ein sorgfältiger Komplementär das Geschäft für die KG auch mit einem gesellschaftsfremden Dritten abgeschlossen hätte. Der subjektive Drittvergleich stellt dagegen darauf ab, ob das Geschäft *causa societatis* abgeschlossen wurde.

3. Wortlaut

Für die Frage, wie Leistungen zwischen Gesellschaft und Kommanditist gem § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB zu bewerten sind, ist der Gesetzeswortlaut von begrenztem Nutzen. Dass § 171 Abs 1 UGB von der Leistung einer „Einlage" spricht, mag nahelegen, dass nur die Hingabe einer körperlichen Sache die Haftung des Kommanditisten auszuschließen vermag.[239] Auch ein weiter Bewertungsmaßstab wird dadurch aber nicht ausgeschlossen. Die

---

231 Vgl zum Kapitalgesellschaftsrecht *Bayer* in MüKo AktG[3] § 57 Rz 37 ff; *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 82 Rz 36; *U. Torggler/H. Torggler* in FS Jud 723 (728); *U. Torggler*, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern (2007) 273; *Lutter* in KölnKomm AktG[2] § 57 Rz 16; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 52 Rz 24.

232 *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 172 Rz 3; *Kirsch* 109; vgl *Peters*, RNotZ 2002, 425 (434); s zur kapitalgesellschaftsrechtlichen Beurteilung zB *Karollus* in *Leitner*, Handbuch[2] 60 ff.

233 *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 23; zahlreiche wN unten Fn 845.

234 *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 172 Rz 21; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 172 Rz 8; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2982; *Duursma-Kepplinger* in *Duursma* ea, Hdb GesR Rz 1339.

235 *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 172 Rz 3.

236 *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 172 Rz 3; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 172 Rz 8; *Kalss* in *Bertl ea*, PersGes 45 (63); *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 53; *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB[36] § 172 Rz 7; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2982; *Krejci*, GesR I 366. *Duursma-Kepplinger* in *Duursma* ea, Hdb GesR Rz 1339; vgl *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 56, 68; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 172 Rz 20; *Straube*, GesRZ 1980, 1 (6); *Huber*, ZGR 1988, 1 (26).

237 *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 25; vgl *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 172 Rz 3.

238 *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 172 Rz 3; *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 67; *ders*, GesR[4] § 54 III 2.a)bb); *Konietzko* 116; vgl *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 172 Rz 96 ff; auch *Müßigbrodt*, Aufrechnung 21 f (Umgehungsgeschäfte).

239 Vgl Duden Wörterbuch, www.duden.de/rechtschreibung/Einlage (abgerufen am 28.8.2016): „etwas (für einen bestimmten Zweck Geeignetes, Passendes, Vorgesehenes), was in etwas [hinein]gelegt wird" bzw „in ein Unternehmen als Beteiligung eingebrachte Sach- oder Geldleistung".

Einbeziehung von immateriellen Rechten, Dienstleistungen und bloßen Vorteilen wie informellem Wissen in die Bewertung bleibt denkbar.

4. Verhältnis zum Rechnungslegungsrecht

Nach einer in der Literatur verbreiteten Ansicht[240] kommt es für die Frage, ob eine Leistung als haftungsbefreiende Einlage tauglich ist, auf deren bilanzielle Aktivierbarkeit an. Insbesondere *Huber* und *K. Schmidt* vertreten, dass Gegenstand einer haftungsbefreienden Einlage nur Leistungen sein könnten, die auch bilanziell aktivierbar sind. Die Begründung fußt auf der (insoweit durchaus richtigen) Überlegung, dass (haftungsbefreiende) Einlagen im Eigenkapital der KG zu verbuchen sind, um ihre Zuweisung zum bzw Ausschüttung als „Gewinn" vorzubeugen (s dazu noch näher unten III.C.1. [218]).[241]

Dies lässt aber mE nicht den Schluss zu, dass das Rechnungslegungsrecht für die gesellschaftsrechtliche Abgrenzung tauglicher Einlagen iSd § 171 Abs 1 UGB maßgeblich wäre.[242] Denn Materialien und Gesetzeswortlaut bieten keinen entsprechenden Anhaltspunkt.[243] Ein ausreichender Schutz der Gesellschaftsgläubiger vor einer Zuweisung der haftungsbefreienden Einlage zum Gesellschaftsgewinn ist schon sichergestellt, wenn jede Einlage (zumindest) mit ihrem Wert iSd § 171 Abs 1 UGB im Eigenkapital der Gesellschaft verbucht wird,[244] ungeachtet ihrer bilanziellen Aktivierbarkeit. Die Verbuchung der von den Kommanditisten geleisteten Einlagen im Eigenkapital der Gesellschaft ist insofern mE Rechtsfolge der Leistung einer haftungsbefreienden Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB, nicht Vorbedingung dafür (s dazu noch näher unten III.C.3. [224]). Deshalb ist richtigerweise (erst) bei der Gewinnermittlung und -verwendung darauf zu achten, dass die von den Kommanditisten geleisteten haftungsbefreienden Einlagen nicht als Gesellschaftsgewinn

---

240 S die Nw oben Fn 205.

241 Vgl ausf *Huber* 195 ff; *K. Schmidt*, Einlage 14 ff; *dens*, ZHR 154 (1990) 237 (247 ff); *dens* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 9 f: nur bilanzierungsfähige Leistungen einlagefähig, weil jede Einlage auch bilanziell erfasst werden müsse; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 6: Nur bilanzierungsfähige Einlagen könnten „dem Kapitalkonto des Kommanditisten gutgeschrieben werden und damit den Kapitalanteil [bilden]"; auch *Wiedemann*, GesR II 802. S auch die Nw oben Fn 205.

242 Vgl *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 41: Die Bilanz dürfe die Wirklichkeit „nur abbilden, nicht vorgeben"; vgl auch *Gelter*, GesRZ 2004, 177 (179 ff); *Koppensteiner*, GesRZ 2014, 3 (6). S auch die Nw oben Fn 205.

243 Vgl auch *Ekkenga*, ZHR 161 (1997) 599 (601).

244 Vgl *Gelter*, GesRZ 2004, 177 (179); *Hügel*, GesRZ 1992, 258 (260); *dens*, GesRZ 1993, 29 (34); *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2857; auch BGH II ZR 78/89 BGHZ 109, 334 (339); *Pauli* 22; *Wiedemann*, GesR II 802.

ausgeschüttet,[245] sondern bis zu ihrer Rückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB im Eigenkapital der KG-Bilanz gesperrt werden. Zu diesem Zweck sollte jede geleistete, haftungsbefreiende Einlage mit ihrem Wert iSd § 171 Abs 1 UGB[246] im Eigenkapital der KG ausgewiesen werden[247] – selbst wenn die Leistung nicht bzw nicht mit demselben Wert bilanziell aktivierungsfähig sein sollte. Schon damit kann sichergestellt werden, dass als Gewinn iSd § 172 Abs 3 UGB nur jenes bilanzielle Reinvermögen an die Kommanditisten ausgeschüttet wird, das nach Abzug aller geleisteten Einlagen iSd § 171 Abs 1 UGB verbleibt.

> **Beispiel:** Ein Kommanditist leistet eine Bareinlage von 100 an die Gesellschaft. Würde die KG die Einlage erfolgswirksam verbuchen, würde sich dadurch der ausschüttbare Gesellschaftsgewinn um 100 erhöhen. Im Ergebnis könnte der Wert der Einlage sogleich wieder an die Gesellschafter ausgeschüttet werden. Der Zweck von § 171 Abs 1 UGB, dass die Leistung einer Einlage den Kommanditisten von seiner Außenhaftung befreit, weil das Gesellschaftsvermögen dadurch vermehrt wurde, würde verfehlt. Rechnungslegungsrechtlich hat die Gegenbuchung nach Leistung einer haftungsbefreienden Einlagen deshalb nicht auf einem Erfolgskonto stattzufinden, sondern auf einem Bestandskonto des Eigenkapitals.

Sollte eine von einem Kommanditisten geleistete Einlage bilanziell nicht aktivierbar sein, ansonsten iSd § 171 Abs 1 UGB aber werthaltig sein, ist dann eben hinzunehmen, dass durch den Ausweis als Einlage im Eigenkapital der ausschüttungsfähige Gesellschaftsgewinn zunächst vermindert wird.[248] Wegen dieser bilanziellen Rechtsfolge sind bilanziell nicht aktivierungsfähige Leistungen mE aber auch nur bei entsprechender Vereinbarung im Innenverhältnis der haftungsbefreienden Einlage des Kommanditisten zuzurechnen (unten III.D.8. [249]). Davon ausgehend besteht aber kein Grund, bilanziell nicht aktivierungsfähigen Leistungen von Kommanditisten generell ihre Einlagentauglichkeit iSd § 171 Abs 1 UGB abzusprechen. Die Frage der bilanziellen Aktivierbarkeit einer Leistung ist für die Abgrenzung der einlagentauglichen Gegenstände iSd § 171 Abs 1 UGB daher mE grundsätzlich nicht maßgeblich.[249]

---

245 Vgl auch *Hügel*, GesRZ 1992, 258 (260).

246 Vgl *K. Schmidt* in FS Goerdeler 487 (498 f); *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2857 mit Hinweis auf BGH II ZR 78/89 BGHZ 109, 334; auch *Diregger/Eckert*, RdW 2013, 579 (586).

247 Insoweit zutr *K. Schmidt* in FS Goerdeler 487 (498 f); weitere Nw unten Fn 690. Die rechnungslegungsrechtliche Literatur geht dagegen meist davon aus, dass (lediglich) die Kapitalanteile iSd § 109 Abs 1 UGB ins Eigenkapital der Personengesellschaften einzustellen wären, ohne dabei die Haftsumme zu berücksichtigen: Unten Fn 692 ff.

248 Vgl *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 41: Die Bilanz dürfe die Wirklichkeit „nur abbilden, nicht vorgeben"; allenfalls sei eben eine Kürzung der Aktivseite hinzunehmen.

249 Nw oben Fn 205.

Beispiel: Ein Kommanditist überlässt einer KG als haftungsbefreiende Einlage (*ex ante* werthaltiges, aber bilanziell nicht aktivierbares) Knowhow mit einem objektiven Wert von 100. Die Gesellschaft verfügt ansonsten über kein bilanzielles Vermögen. Ein iSd § 172 Abs 3 UGB haftungsneutral an die Kommanditisten ausschüttungsfähiger Gewinn entsteht mE erst, sobald und soweit das bilanzielle Gesellschaftsreinvermögen den Wert der Einlage (100) übersteigt.

5. Einzelveräußerungswert und Ertragswert

a. Allgemeines

Mangels eindeutiger Hinweise in Wortlaut oder Materialien muss der für § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB maßgebliche Bewertungsmaßstab primär aus teleologischen Überlegungen gewonnen werden. Wie schon oben (II.B.2. [43]) erörtert, ist eine (einseitig zwingende) objektive Bewertung von Leistungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter gerade zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger erforderlich. In diesem Abschnitt geht es darum, die konkrete Reichweite des Gläubigerschutzes bei der Bewertung herauszuarbeiten und zur Determinierung des Bewertungsmaßstabs nutzbar zu machen. In den Worten *Hüffers* muss *„ein schlüssiges dogmatisches Konzept [zur haftungsbefreienden Einlage] von der Frage ausgehen, unter welchen Voraussetzungen es gerechtfertigt ist, die Gesellschaftsgläubiger auf die KG als Schuldnerin zu verweisen“*.[250] Dazu sollen im Folgenden die verschiedenen Vor- und Nachteile von zwei gegensätzlichen Wertbegriffen verglichen werden: vom Einzelveräußerungswert und vom Ertragswert. Der Einzelveräußerungswert bezeichnet den bei einer selbständigen (Weiter-)Veräußerung der geleisteten Sache durch die Gesellschaft erzielbaren Preis. Der Ertragswert bezeichnet den Wert einer Leistung *für die Gesellschaft,* das heißt den Preis, den ein maßgerechter geschäftsführender Komplementär für die Leistung zu zahlen bereit gewesen wäre (s dazu noch näher unten II.D.7. [88]). Betreibt die Gesellschaft wie im Regelfall ein Unternehmen, entspricht der Ertragswert dem Wert der Leistung für das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen.

Beispiel: Ein Kommanditist bringt als Einlage Knowhow in die Gesellschaft ein. Der Ertragswert dieses Knowhows für die Gesellschaft beträgt 100, weil die Gesellschaft mithilfe dieses Knowhows voraussichtlich zusätzliche Reinerlöse in Höhe von zumindest 100 erzielen wird können, und gleichwertiges Knowhow auch nicht günstiger von Dritten hätte beschaffen können. Über einen Einzelveräußerungswert verfügt das Knowhow aber nicht, weil es mangels eines entsprechenden Markts vermutlich nicht selbstständig an Dritte weiterverkauft werden kann.

---

[250] *Hüffer*, ZHR 151 (1987) 396 (412).

Der Ertragswert unterscheidet sich vom Einzelveräußerungswert insofern, als in den Ertragswert auch individuelle Umstände der Gesellschaft Eingang finden, durch die der Leistungswert aus Gesellschaftssicht vom Marktwert abweichen kann. Der Ertragswert von marktgängigen Gütern ist grundsätzlich nach oben mit ihrem Wiederbeschaffungswert und nach unten mit ihrem Einzelveräußerungswert begrenzt. Denn die Zahlungsbereitschaft des maßgerechten Geschäftsführers ist nach oben mit dem Betrag begrenzt, den er für eine eigene Beschaffung einer äquivalenten Leistung am Markt aufwenden hätte müssen; nach unten mit dem Betrag, der bei einer (Weiter-)Veräußerung der Sache an Dritte erzielbar gewesen wäre (s im Einzelnen unten II.D.7.c.i. [98]). Ertrags- und Einzelveräußerungswert als potentielle Bewertungsmaßstäbe sollen im Folgenden auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gläubigerschutz hin überprüft werden.

b. Einzelveräußerungswert als Optimum bei der Einlagenleistung?

Was die Bewertung von Sacheinlagen betrifft, erscheint der Einzelveräußerungswert auf den ersten Blick als zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger geeigneterer Bewertungsmaßstab. Denn den Gesellschaftsgläubigern geht durch die haftungsbefreiende Einlagenleistung die Haftung des Kommanditisten verloren; damit die geleistete Einlage für sie typisiert ein gleichwertiges *aliud* darstellt, muss ein gleichwertiger Ersatz ins Gesellschaftsvermögen eintreten. Die Gesellschafter können aber außerhalb der Gesellschaftsinsolvenz nur im Exekutionsweg auf das Gesellschaftsvermögen zugreifen; dabei ist für sie – wenn überhaupt – bloß der Einzelveräußerungswert der Einlage realisierbar.[251] Einen allfällig höheren Ertragswert der geleisteten Einlage könnte ein Gesellschaftsgläubiger im Exekutionsweg dagegen kaum erlangen. Ein Gesellschaftsgläubiger könnte (bloß) darauf hoffen, dass ein höherer Ertragswert zukünftig tatsächlich in (exekutionsfähigen) Erlösen der Gesellschaft Niederschlag finden wird. Die eingeschränkte exekutive Verwertbarkeit des „Ertragswerts“ einer Sache spricht daher zunächst dafür, auch bei der Bewertung der Einlage gem § 171 Abs 1 UGB nur auf den Einzelveräußerungswert bzw überhaupt den Exekutions- oder Liquidationswert der geleisteten Einlage abzustellen. Bereits erbrachte Dienstleistungen wären demnach zum Beispiel als Gegenstand einer haftungsbefreienden Einlage ungeeignet, weil sie grundsätzlich

[251] Vgl *K. Schmidt*, GesR[4] § 20 II.3.a

nicht exekutiv verwertbar sind und damit auch über keinen Einzel(weiter-)veräußerungswert verfügen.

c. Ertragswert als Optimum bei der Einlagenrückgewähr?

Was die Einlagenrückgewähr betrifft, erscheint dagegen der Ertragswert *prima facie* als zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger geeigneterer Bewertungsmaßstab.[252] Das Interesse der Gesellschaftsgläubiger an Erhalt und Vermehrung des Gesellschaftsvermögens beschränkt sich nämlich in Wahrheit nicht bloß auf den Wert des unmittelbar vorhandenen, exekutionsfähigen Gesellschaftsvermögens. Denn um längerfristig eine Insolvenz zu vermeiden und alle Gläubiger zu befriedigen, sind betriebswirtschaftlich – neben einem gewissen Liquiditätsvorrat – vor allem fortlaufende Erlöse in Höhe der laufenden Kosten notwendig.[253] Auf lange Sicht ist dies nur möglich, wenn dabei auch das Gesellschaftsvermögen in seiner Substanz dem Werte nach erhalten bleibt bzw zumindest nicht fortlaufend vermindert wird.[254] Für die Gesellschaftsgläubiger sind deshalb grundsätzlich *alle* Bestandteile des Gesellschaftsvermögens nützlich, die langfristig die Lebensfähigkeit der Gesellschaft stärken und so einer Gesellschaftsinsolvenz vorbeugen. Auch ein Entzug von Vermögensbestandteilen aus dem Gesellschaftsvermögen, die zwar nicht selbständig verwertbar gewesen wären, deren Entzug aber zukünftig Kostensteigerungen bzw Erlösverringerungen erwarten lässt, droht deshalb, mittel- und langfristig die Befriedigungsaussichten der Gesellschaftsgläubiger zu beeinträchtigen.[255] Aus Gläubigersicht relevant ist insofern jeder Entzug von Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens, die im Rahmen eines Verkaufs des Gesamtunternehmens vermutlich wertsteigernd berücksichtigt worden wären. Dies spricht *prima facie* dafür, bei der Bewertung von Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen an den Kommanditisten gem § 172 Abs 3 UGB auf deren Ertragswert als wirtschaftlichem Wert für die Gesellschaft abzustellen, nicht bloß auf den Einzelveräußerungswert als Maßstab für die Verminderung des unmittelbar exekutionsfähigen Gesellschaftsvermögens.

---

252 Vgl *Schall/Warmer* in *Heidel/Schall*, HGB § 172 Rz 18.

253 Vgl zur Finanzplanung *D. Mandl*, Lexikon 330 ff.

254 Vgl § 1 Abs 3 URG: Reorganisationsbedarf besteht bei einer erwarteten, nachhaltigen, zukünftigen Verschlechterung der Eigenmittelquote.

255 Vgl zu § 82 GmbHG OGH OGH 23.2.2016, 6 Ob 171/15p Rz 5.4: Jede Leistung erfülle den Tatbestand der Einlagenrückgewähr, die eine Minderung der Erwerbsaussichten oder Vermehrung der Risiken der Gesellschaft bewirkt.

Auch die hM des Kapitalgesellschaftsrechts stellt bei der Prüfung der Einlagenrückgewähr mE jedenfalls im Ergebnis im Wesentlichen auf den Ertragswert ab. Nach der gebräuchlichen Formel des objektiven Drittvergleichs liegt eine Einlagenrückgewähr nämlich genau dann vor, wenn ein sorgfältiger Geschäftsführer ein mit dem Kommanditisten abgeschlossenes Geschäft *nicht* mit einem gesellschaftsfremden Dritten abgeschlossen hätte.[256] Ein sorgfältiger Geschäftsführer würde aber grundsätzlich (nur) jene Geschäfte abschließen, die im unternehmerischen Interesse der Gesellschaft lagen. Ob ein Geschäft im unternehmerischen Interesse der Gesellschaft lag, hängt wiederum davon ab, ob die vom Kommanditisten erbrachte Leistung den Wert der Gesellschaftsleistung jeweils *aus Sicht der Gesellschaft* zumindest erreicht hat. Mit anderen Worten hätte der sorgfältige Geschäftsleiter (nur) jene Geschäfte abgeschlossen, bei denen der Ertragswert der vom Kommanditisten zu erbringenden Leistungen den Ertragswert der Gegenleistung der Gesellschaft zumindest erreicht hat.[257] Dass es bei der Prüfung von Drittgeschäften auf eine wirtschaftliche Betrachtung ankommt, nicht bloß auf die Einzelveräußerungswerte der ausgetauschten Leistungen, wird bei folgender Formel noch deutlicher: Eine Einlagenrückgewähr soll trotz „objektiver Inäquivalenz" eines Geschäfts ausgeschlossen sein, wenn dieses Geschäft nur „betrieblich gerechtfertigt" war, also im betrieblichen Interesse der Gesellschaft lag.[258] Demnach ist es also nicht entscheidend, ob das der Exekution unterworfene Gesellschaftsvermögen (bewertet nach Einzelveräußerungswerten) durch ein Drittgeschäft vermindert wurde; vielmehr soll es lediglich darauf ankommen, ob das Geschäft im Gesellschaftsinteresse lag. Dafür muss dann aber auch jeder bewertbare, durch eine Leistung der Gesellschaft an den Kommanditisten entstandene, vermögenswerte

---

256 OGH 6 Ob 271/05d, JBl 2006, 388 [zust *Artmann*]; *Doralt/Winner* in MüKo AktG[3] § 57 Rz 269; vgl auch RIS-Justiz RS0105540; OGH 8 Ob 20/13v, GesRZ 2013, 286 Rz 3.2 ff (s dazu auch *Kalss/Winner*, GesRZ 2013, 189 [194]); OGH 6 Ob 110/12p GesRZ 2013, 38 [krit *U. Torggler* 43]. Für die Anwendbarkeit des objektiven Drittvergleichs im UGB auf Geschäfte mit dem Kommanditisten *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 25. S auch unten Fn 264 ff.

257 Vgl *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 52 Rz 30: Kosten-Nutzen-Analyse bei der Bewertung; ähnl *Doralt/Winner* in MüKo AktG[3] § 57 Rz 270; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] § 52 Rz 12: Bewertung nach anerkannten Bewertungsmethoden; *Hüffer/Koch*, AktG[12] § 57 Rz 10: betriebliche Kostenrechnung; vgl auch OGH 8 Ob 20/13v, GesRZ 2013, 286 Rz 4.1.

258 OGH 6 Ob 271/05d JBl 2006, 388 [zust *Artmann*]: „*Eine verdeckte Einlagenrückgewähr kann auch damit gerechtfertigt werden, dass besondere betriebliche Gründe vorliegen, wenn dies nach der Formel des Fremdvergleichs […] gedeckt ist*"; *Bauer/Zehetner* in WK GmbHG § 82 Rz 61; ähnl *Köppl*, Das Verbot der „Einlagenrückgewähr" unter besonderer Berücksichtigung Dritter (2014) 21, 29; vgl *Doralt/Winner* in MüKo AktG[3] § 57 Rz 268; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 82 Rz 17a.

Gesellschaftsnachteil das Aufleben der Kommanditistenhaftung zur Folge haben, mag dieser Nachteil auch bloß ein mittelbarer sein.[259]

6. Identer Bewertungsmaßstab für Einlagenleistung und -rückgewähr?

a. Überblick

Bestmöglicher Gläubigerschutz würde also unterschiedliche Bewertungsmaßstäbe für Einlagenleistung (Einzelveräußerungswert) und Einlagenrückgewähr (Ertragswert) verlangen: Nur unmittelbar befriedigungstaugliche Einlagenleistungen wären haftungsbefreiend. Aber auch eine Verringerung des Gesellschaftsvermögens, die den Haftungsfonds der Gesellschaft *nicht* vermindert, sondern bloß deren Erwerbsaussichten verkürzt, würde zum Aufleben der Kommanditistenhaftung führen. Das führt zur Frage, ob die §§ 171 f UGB einen in beide Richtungen identen Bewertungsmaßstab statuieren.[260] Bei AG und GmbH ist das nach herrschender Ansicht *nicht* der Fall.[261] Im Recht der KG ist eine Identität des Bewertungsmaßstabs bei Leistung und Rückgewähr der haftungsbefreienden Einlage mE hingegen jedenfalls im Ergebnis zu bejahen. Konkret kommt es mE nicht nur bei der Einlagenrückgewähr, sondern auch bei der Einlagenleistung (bloß) auf den Ertragswert der jeweiligen Leistung für die Gesellschaft an.

Die Begründung im Überblick: Ausgangspunkt der Begründung ist der Bewertungsmaßstab bei Drittgeschäften (sogleich b. [65]). § 172 Abs 3 UGB gestattet dem Kommanditisten nach zutreffender, herrschender Ansicht im Rahmen eines Drittgeschäfts eine Verringerung des exekutionsfähigen Gesellschaftsvermögens, solange das Geschäft nur im betrieblichen Interesse der Gesellschaft lag. Es wäre ein Wertungswiderspruch, vom Kommanditisten bei der Einlagenleistung eine unmittelbare Vermehrung des exekutionsfähigen, haftenden Gesellschaftsvermögens der KG zu verlangen – ihm im Rahmen eines Drittgeschäfts aber dessen Verringerung zu gestatten (unten II.D.6.c.i. [70]).

---

259 Vgl OGH 23.2.2016, 6 Ob 171/15p Rz 5.4 (oben Fn 255).

260 Vgl *Koppensteiner*, GesRZ 2014, 3: bei in beide Richtungen identem Vermögensbegriff könnte alles, was nicht einlagefähig ist, auch nicht Gegenstand einer Einlagenrückgewähr sein. Vgl auch die insofern sehr enge Definition der Einlagenrückgewähr bei *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (420), aufbauend auf einer engen Definition der Einlagenleistung; zu Recht krit zB *K. Schmidt*, Einlage 22 ff; vgl auch *Wiedemann* in FS Bärmann 1037; vgl auch allgemein zur Frage, inwieweit Einlagenleistung und -rückgewähr übereinstimmend auszulegen sind, die Nw oben Fn 123.

261 Vgl *Koppensteiner*, GesRZ 2014, 3 ff.

Eine Überwindung dieses Wertungswiderspruchs ist in der Weise geboten, dass es auch bei der Bewertung der Einlagenleistung auf deren Ertragswert ankommt, nicht auf den Einzelveräußerungswert. Denn es erscheint schon grundsätzlich zweifelhaft, ob die Bewertung von Einlagen mit dem Einzelveräußerungswert anstatt des Ertragswerts bei der KG einen nennenswerten Beitrag zum Gläubigerschutz leisten kann. Denn aufgrund des typisch unternehmerischen Charakters der KG ist davon auszugehen, dass unternehmerisch tätige KGs sichere, haftende, aber unproduktive Einlagen alsbald gegen unsichere, zukünftige Ertragschancen eintauschen werden (unten II.D.6.c.ii. [71]). Auch wenn der Kommanditist eine Bareinlage leistet, ist deshalb regelmäßig damit zu rechnen, dass die Gesellschaft diese einsetzen wird, um am Markt Leistungen nachzufragen, die vielleicht über gar keinen Weiterveräußerungswert mehr verfügen. Durch ein Abstellen auf den Einzelveräußerungswert anstelle des Ertragswerts bei der Einlagenleistung wäre für die Gesellschaftsgläubiger deshalb mE nicht viel gewonnen (unten II.D.6.c.iii. [73]). Ein ausreichender Schutz der Gesellschaftsgläubiger bei der Bewertung von Sacheinlagen wird dabei schon durch die Beweislastregeln sichergestellt, die dem Kommanditisten den Beweis aufbürden, dass der Wert der Einlage aufgrund individueller Gesellschaftsumstände den Marktwert der Leistung überstiegen hat. Dies entspricht der Beweislastverteilung in Fällen, in denen der Kommanditist den Nachweis führen möchte, dass ein objektiv unausgeglichenes Geschäft betrieblich gerechtfertigt war. Aus diesen Gründen wird geschlossen, dass es auf den Ertragswert als Wert der Leistung (aus Sicht des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens) nicht nur bei der Bewertung der (offenen ebenso wie der verdeckten) Einlagenrückgewähr ankommt, sondern auch bei der Bewertung der geleisteten Einlage. Schließlich wird das gefundene Ergebnis vergleichend der Rechtslage im Kapitalgesellschaftsrecht gegenübergestellt und erörtert, warum Gründe, die im Kapitalgesellschaftsrecht für die Anwendung verschiedener Bewertungsmaßstäbe auf Einlagenleistung und -rückgewähr sprechen, nicht auf den Kommanditisten übertragbar sind (unten II.D.6.c.v. [77]).

b. Bewertungsmaßstab bei Drittgeschäften

Ausgangspunkt der Erörterung ist der Bewertungsmaßstab bei Drittgeschäften. Drittgeschäfte sind privatrechtliche Geschäfte, die die KG außerhalb der

gesellschaftsrechtlichen Sphäre mit ihrem Kommanditisten abschließt.[262] Soweit durch Drittgeschäfte netto Gesellschaftsvermögen an den Kommanditisten ausgeschüttet wird, liegt nach zutreffender, ganz herrschender Ansicht eine Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB vor.[263]

> **Beispiel:** Eine KG verkauft an ihren Kommanditisten ein Aktienpaket um 1.000; Börsenwert im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses wären aber 3.000 gewesen. Die Aktien waren auch liquide, sodass die Gesellschaft die 3.000 auch tatsächlich hätte lukrieren können. In Höhe des Wertmissverhältnisses von 2.000 liegt eine Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB vor.

Ob ein Wertmissverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt, hängt vom anzuwendenden Bewertungsmaßstab ab. Bereits hingewiesen wurde darauf, dass für die Beurteilung von Drittgeschäften iSd § 172 Abs 3 UGB im Kapitalgesellschaftsrecht zwei Formeln gebräuchlich sind, auf die verbreitet auch für die KG verwiesen wird: Nach der Formel des objektiven Drittvergleichs kommt es darauf an, ob ein maßgerechter Geschäftsführer (bzw geschäftsführender Gesellschafter) das Geschäft unter denselben Umständen auch mit einem gesellschaftsfremden Dritten abgeschlossen hätte.[264] Nach der zweiten Formel kommt es zunächst darauf an, ob zwischen Leistung und Gegenleistung ein „objektives Missverhältnis" vorlag. Trotz objektivem Missverhältnis liege aber keine Einlagenrückgewähr vor, soweit das Drittgeschäft „betrieblich gerechtfertigt" war.[265] Inhaltlich unterscheiden sich die beiden Formeln im Wesentlichen nicht.[266] Nach beiden Tests ist letztendlich entscheidend, ob das Geschäft *ex ante* im Gesellschaftsinteresse lag.[267]

---

262 Vgl BGH II ZR 310/12 WM 2013, 2268: *„Ein Drittgeschäft ist jedes Geschäft, das seinen Rechtsgrund nicht im Gesellschaftsverhältnis, sondern in einem davon zu unterscheidenden Rechtsverhältnis hat."*

263 RIS-Justiz RS0062069; wN oben Fn 152, 223.

264 *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 25; vgl *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 172 Rz 3; wN oben Fn 256.

265 *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 172 Rz 3; wN oben Fn 257.

266 Vgl OGH 8 Ob 20/13v GesRZ 2013, 286 [*Milchrahm*] Rz 4.1: *„Die betrieblichen Rechtfertigungsgründe für eine höhere als die ortsübliche Mietzinsanhebung münden in den Fremdvergleich";* vgl auch *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] § 52 Rz 13; *Köppl* in *U. Torggler*, GmbHG § 82 Rz 20; *U. Torggler/H. Torggler* in FS Jud 723 (730).

267 Vgl *Karollus* in *Leitner*, Handbuch[2] 61: Gesellschaftsperspektive stets entscheidend; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 52 Rz 30: Kosten-Nutzen-Analyse; ähnl *Doralt/Winner* in MüKo AktG[3] § 57 Rz 270; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] § 52 Rz 12: Bewertung nach anerkannten Bewertungsmethoden; *Hüffer/Koch*, AktG[12] § 57 Rz 10: betriebliche Kostenrechnung; s auch *Lutter* in KölnKomm AktG[2] § 57 Rz 19: unternehmerischer Ermessensspielraum; ebenso *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] § 52 Rz 12; *Bayer* in MüKo AktG[3] § 57 Rz 40.

Ob durch ein Drittgeschäft das exekutionsfähige Gesellschaftsvermögen verringert wurde, ist nach der zutreffenden hM hingegen irrelevant;[268] vielmehr kann auch ein solches Drittgeschäft „betrieblich gerechtfertigt" sein.

> **Beispiel:** Ein Kommanditist erbringt gegen Zahlung von marktüblichen 100 Dienstleistungen an die Gesellschaft, die die Gesellschaft ansonsten selbst am Markt nachgefragt hätte. Die Dienstleistungen sind für die KG also nützlich und weisen für sie auch einen Ertragswert von 100 auf. Gleichzeitig wird mit Abwicklung des Geschäfts aber das exekutionsfähige Gesellschaftsvermögens verringert, weil sich (mit Zahlung des Entgelts an den Kommanditisten) der Barbestand der Gesellschaftskassa verringert, die erbrachten Dienstleistungen aber von einem exekutionsführenden Gläubiger nicht unmittelbar verwertbar sind. Obwohl die Dienstleistungen für die Gesellschaft keinen Einzel(weiter-)veräußerungswert mehr aufweisen und das Geschäft daher das exekutionsfähige Gesellschaftsvermögen verringert, liegt keine Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB vor. Denn das Geschäft war für die KG *ex ante* nützlich und daher betrieblich gerechtfertigt. Im Beispiel lag aufgrund der Marktüblichkeit des vereinbarten Entgelts freilich nicht einmal ein „objektives Wertmissverhältnis" vor.

Dem objektiven Drittvergleich liegt als Wertung zugrunde, dass ein sorgfältiger Geschäftsführer (bzw bei der KG: sorgfältiger geschäftsführender Komplementär) jene Geschäfte abschließen würde, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im unternehmerischen Interesse der Gesellschaft lagen. Soweit es dem Unternehmenswohl dient, würde ein sorgfältiger Geschäftsleiter mit Dritten deshalb auch Geschäfte abschließen, durch die das exekutionsfähige Gesellschaftsvermögen vermindert wird.[269] Soweit das Geschäft sorgfaltsgemäß mit einem gesellschaftsfremden Dritten zustande gekommen wäre, soll es aber auch mit einem Gesellschafter ohne negative Haftungsrechtsfolgen abgeschlossen

---

[268] Vgl *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 52 Rz 56. S zur Unbedenklichkeit einer angemessenen Vergütung der Tätigkeit des Kommanditisten als Geschäftsführer BAG 3 AZR 304/80 NJW 1983, 1869; *Huber*, ZGR 1988, 1 (26 f); *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 172 Rz 8; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 172 Rz 23; *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB[36] § 172 Rz 7; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 172 Rz 11; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2983; *Horn* in *Heymann*, HGB II[2] § 172 Rz 14; *Schall/Warmer* in *Heidel/Schall*, HGB § 172 Rz 25. Nach einer älteren Auffassung des OLG Celle (9 U 172/72 OLGZ 1973, 343) sollen gesellschaftsrechtliche Forderungen (wie die Vergütung der Tätigkeit als Geschäftsführer) dagegen *per se* als „Gewinnvoraus" (s zum Gewinnvoraus unten bei und in Fn 741 f) einzustufen sein, sodass die Haftung des Kommanditisten auflebt, soweit die Gesellschaft keinen Gewinn erzielt hat – unabhängig davon, ob die bezahlte Vergütung angemessen war (s auch OLG Hamm 8 U 80/76 DB 1977, 717; *Straube*, GesRZ 1980, 1 [5 f]; *Kirsch* 115 ff; abl die hL: zB *Huber*, ZGR 1988, 1 [25 f]; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 29; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 172 Rz 24; *Anzinger* in FS U.H. Schneider 15 [31]). Dies hat zu einer Debatte geführt, ob der Kommanditist für seine Tätigkeit als Geschäftsführer einen Dienstvertrag mit der Gesellschaft abschließen könne: s dazu *Priester*, DB 1975, 1878 (1880 f); *K. Schmidt*, Einlage 63; *Bork*, AcP 1984, 465 (481 ff); *Nowotny* in WK UGB II[3] § 198 Rz 14.

[269] Vgl soeben Fn 265 sowie oben Fn 257.

werden dürfen.[270] Den Gesellschaftsgläubigern droht durch den Abschluss drittvergleichsfähiger Geschäfte mit dem Kommanditisten schließlich kein Nachteil, mit dem sie bei einer sorgfältig geführten, unternehmerisch tätigen KG nicht ohnehin im Rahmen deren allgemeinen Geschäftsbetriebs zu rechnen hatten. Nach zutreffender hM bürdet § 172 Abs 3 UGB dem Kommanditisten deshalb keine Obliegenheit zum Erhalt des exekutionsfähigen Gesellschaftsvermögens auf.[271] Alleine entscheidend ist, ob ein abgeschlossenes Drittgeschäft *ex ante* im betrieblichen Interesse der Gesellschaft lag. Erforderlich ist freilich, dass der Kommanditist die *ex ante* Nützlichkeit der eigenen Leistung für die KG auch beweisen kann.[272] Der Beweis der Nützlichkeit des Geschäfts wird vielfach erheblich schwerer zu erbringen sein, wenn sich der Wert der vom Kommanditisten erbrachten Leistung für die Gesellschaft nicht bereits aus deren Marktwert ergibt.

Im Rahmen von § 172 Abs 3 UGB stellt sich nun nicht bloß die Frage, *ob* eine Einlagenrückgewähr vorliegt, sondern auch die Frage nach deren allfälliger Höhe. Dementsprechend ist mit der These, es komme darauf an, ob ein Drittgeschäft *ex ante* im betrieblichen Interesse der Gesellschaft lag, erst der Anfang gemacht. Der Bewertungsmaßstab muss darüber hinaus auch die Frage beantworten, *in welcher Höhe* bei unausgeglichenen Geschäften eine Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB vorliegt. Zu diesem Zweck sollte mE die (grundsätzlich sachgerechte) Formel des objektiven Drittvergleichs erweitert werden: In Erweiterung des objektiven Drittvergleichs lässt sich die Frage stellen, welches zusätzliche Entgelt ein sorgfältiger Geschäftsleiter zumindest verlangt hätte, damit er das Geschäft mit dem Kommanditisten (bzw auch mit einem sonstigen Dritten) abgeschlossen hätte. In Höhe des zu wenig (bzw bei Kaufgeschäften zu viel) bezahlten Entgelts liegt dann eine dem Kommanditisten als verdeckte Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB zurechenbare Verringerung des Gesellschaftsvermögens vor.

> **Beispiel:** Eine KG verkauft von ihr selbst hergestellte Werkzeuge zum Preis von 100 an ihren Kommanditisten. Unter Berücksichtigung der Herstellungskosten und der bei einem Verkauf an Dritte alternativ lukrierbaren Preise hätte ein sorgfältiger Komplementär ein Entgelt von zumindest 180 verlangt. Die Differenz zwischen tatsächlichem und angemessenem Entgelt von 80 ist dem Kommanditisten als verdeckte Einlagenrückgewähr zurechenbar, seine Außenhaftung lebt in Höhe von 80 auf.

---

270 Vgl *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 52 Rz 23; BGH II ZR 306/85 WM 1987, 348.
271 ZB *Priester*, DB 1975, 1878 (1880 f); vgl auch Reichstagsvorlage HGB 1897, 83.
272 S zur Beweislastverteilung unten II.D.6.c.iv. [75].

Für die Frage, welches zusätzliche Entgelt ein sorgfältiger Komplementär verlangt hätte, ist auf Tatsachenebene der Marktwert der ausgetauschten Leistungen sicherlich regelmäßig Ausgangspunkt der Bewertung. Zusätzlich sind aber, dem Maßstab eines sorgfältig die Gesellschaftsgeschäfte führenden Komplementärs entsprechend (vgl § 114 UGB), bei der Bewertung auch allfällige wertverändernde individuelle Gesellschaftsumstände zu berücksichtigen. Als rechtlicher Bewertungsmaßstab, der bei der Bewertung von Drittgeschäften gem § 172 Abs 3 UGB anzuwenden ist, wird deshalb vom Autor der Ertragswert vorgeschlagen. Damit ist der Wert einer Leistung für das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen gemeint (soweit die KG auch ein Unternehmen betreibt).[273] Ein Drittgeschäft ist demnach grundsätzlich gerechtfertigt, soweit der Wert der ausgetauschten Leistungen aus Sicht der KG einen insgesamt neutralen oder positiven Ertragswert aufweist. Zu ermitteln ist der Ertragswert nach *going concern* Grundsätzen, soweit eine Unternehmensfortführung tatsächlich beabsichtigt war. Inhaltlich ist damit aber nichts Anderes gemeint wie mit dem Drittvergleich bzw der Frage nach einer betrieblichen Rechtfertigung. Dass trotzdem der Begriff des „Ertragswerts" verwendet wird, soll einerseits den Sachverständigen zur richtigen Wertermittlung anleiten; ein betriebswirtschaftlicher Sachverständiger wird mit dem „Ertragswert" womöglich vertrauter sein als mit dem Sorgfaltsmaßstab des § 114 UGB. Vor allem handelt es sich beim Ertragswert aber tatsächlich um einen Bewertungsmaßstab, der auch über die *Höhe* einer Einlagenrückgewähr Auskunft zu geben vermag. S zur Ermittlung des Ertragswerts noch näher unten II.D.7. [88].

Zwischenergebnis: Für die Beurteilung der Frage, ob durch ein Drittgeschäft eine Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB verwirklicht wurde, ist aus rechtlicher Sicht entscheidend, ob das Drittgeschäft *ex ante* im betrieblichen Interesse der Gesellschaft lag; soweit dies nicht der Fall ist, kommt es zur Ermittlung der Höhe einer Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB darauf an, welches zusätzliche Entgelt ein sorgfältiger geschäftsführender Gesellschafter zusätzlich verlangt hätte. Zur Beantwortung dieser Fragen sind erforderlichenfalls auch die individuellen Gesellschaftsumstände zu berücksichtigen. Ob durch ein Drittgeschäft das exekutionsfähige Gesellschaftsvermögen beeinträchtigt wurde, ist dagegen unbeachtlich. Als Bezeichnung für den anzuwendenden Bewertungsmaßstab wird der Ertragswert vorgeschlagen, der den individualisierten Leistungswert für das von der

[273] Vgl *Wünsch*, GesRZ 1978, 1 (6); auch *Konietzko* 124: Herleitung des Bewertungsmaßstabs anhand § 705 BGB.

Gesellschaft betriebene Unternehmen abbildet und grundsätzlich dem objektiven Drittvergleich entspricht.

c. Bewertungsmaßstab bei der Einlagenleistung

i. Wertungswiderspruch *prima facie* durch unterschiedliche Bewertungsmaßstäbe für Einlagenleistung und -rückgewähr

Wie oben (II.D.6.b. [65]) erörtert, liegt nach zutreffender hM *keine* Einlagenrückgewähr vor, solange ein Drittgeschäft bloß *ex ante* im Gesellschaftsinteresse lag. Unter dieser Voraussetzung spielt es auch keine Rolle, ob durch das Geschäft das exekutionsfähige Gesellschaftsvermögen unmittelbar verringert wurde.

Kann es zulässig sein, vom Kommanditisten bei der Einlagenleistung eine unmittelbare Vermehrung des exekutionsfähigen Haftungsfonds der KG zu verlangen, ihm im Rahmen eines Drittgeschäfts aber ohne Haftungssanktion dessen Verringerung zu gestatten? *Prima facie* ist die Gefahr eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz mE offenkundig. Denn die Interessen der Gesellschaftsgläubiger, des Kommanditisten und seiner Mitgesellschafter sind von Einlagenleistung und Einlagenrückgewähr jeweils auf dieselbe Art und Weise betroffen, wenngleich mit umgekehrten Vorzeichen.

Besonders eklatant erscheint der Wertungswiderspruch in folgendem Fall: *K. Schmidt* und jüngst *Thiessen* vertreten, Dienstleistungen könnten kein Gegenstand der haftungsbefreienden Einlage sein. Sehr wohl zulässig sei es aber, mit der Gesellschaft einen Drittvertrag über die Erbringung von Dienstleistungen abzuschließen. Der Kommanditist könne dann sogar eine Einlage mit haftungsbefreiender Wirkung erbringen, indem er seinen Entgeltanspruch aus dem Drittvertrag mit seiner Pflichteinlage aufrechnet.[274] Warum soll man diesen Vorgang dann aber nicht abkürzen können, und dem Kommanditisten gleich die Anrechnung seiner Dienstleistungen auf seine Einlage erlauben? Dass die *Verpflichtung zur Erbringung von Diensten* den Kommanditisten noch nicht von seiner Außenhaftung befreien kann, ist dabei durchaus einsichtig. Denn damit hat der Kommanditist noch keine Einlage geleistet, sondern sich bloß zur Einlagenleistung verpflichtet (s näher unten II.E.2. [117]). Dementsprechend ist der Kommanditist in der drittvertraglichen Konzeption zur Aufrechnung ja auch erst berechtigt, sobald er die Dienstleistung tatsächlich erbracht und

[274] *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 127, 139; ebenso *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 10.

damit die Durchsetzbarkeit seines Entgeltanspruchs erreicht hat, die ja Voraussetzung für die einseitige Aufrechnung ist. Dann muss es aber doch wenigstens zulässig sein, dass die tatsächliche Erbringung von Dienstleistungen als vereinbarte Einlagenleistung den Kommanditisten von seiner Außenhaftung befreit (s dazu näher unten II.E.2.b.ii. [124]).

Die erörterte Gefahr eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz spricht mE jedenfalls im Zweifel dafür, bei Einlagenleistung und -rückgewähr auch auf übereinstimmende Bewertungsmaßstäbe abzustellen.[275] Grundsätzlich denkbar bleibt es zwar, dass Gründe dafür gefunden werden könnten, die trotzdem divergierende Bewertungsmaßstäbe für Einlagenleistung und -rückgewähr rechtfertigen würden. Im Kapitalgesellschaftsrecht ist das nach der dortigen hM auch der Fall, sodass bei AG und GmbH Einlagenleistung und Einlagenrückgewähr mit unterschiedlichen Maßstäben zu bewerten sind (s dazu unten II.D.6.c.v. [77]). Im Folgenden soll gezeigt werden, dass entsprechende Gründe im KG-Recht *nicht* vorliegen.

ii. Der unternehmerische Charakter der KG

Gegen das Vorliegen allfälliger Gründe, die divergierende Bewertungsmaßstäbe bei Einlagenleistung und Einlagenrückgewähr rechtfertigen könnten, spricht (im UGB ebenso wie im Kapitalgesellschaftsrecht) zunächst Folgendes: Es erscheint schon grundsätzlich zweifelhaft, ob die Bewertung von Einlagen mit dem Einzelveräußerungswert anstatt des Ertragswerts einen wesentlichen Beitrag zum Gläubigerschutz leisten kann. Für die Gesellschaftsgläubiger wäre durch ein Abstellen auf den Einzelveräußerungswert anstelle des Ertragswerts mE nämlich nicht viel gewonnen. Dies ergibt sich daraus, dass unternehmerisch tätige KGs in der Regel sichere, haftende, aber unproduktive Einlagen gegen unsichere, zukünftige Ertragschancen eintauschen werden. Aus diesem, noch ausführlicher darzulegenden Grund ist für die Haftungsbefreiung des Kommanditisten mE der Ertragswert der geleisteten Einlage ausreichend.

Den §§ 161 f UGB liegt das Leitbild einer unternehmerisch tätigen Gesellschaft zugrunde. Zwar dürfen KGs nach geltendem Recht zu jedem erlaubten Zweck gegründet und betrieben werden (§ 105 iVm § 161 Abs 2 UGB); das trifft historisch aber erst seit relativ kurzer Zeit zu. Bis zum HaRÄG stand die KG ausschließlich zum Betrieb eines Handelsgewerbes offen (§ 161 Abs 1 HGB). Zur Vermögensverwaltung und zur Ausübung

[275] Vgl oben bei und in Fn 122 f.

freier Berufe konnte (nach Maßgabe der standesrechtlichen Vorschriften) allenfalls eine Kommandit-Erwerbsgesellschaft gegründet werden. Die KEG wurde allerdings in einem speziellen Gesetz (EGG) geregelt und gesellte sich erst spät[276] zur KG hinzu. Die Wurzeln der KG liegen deshalb ganz deutlich beim Gewerbebetrieb, heute würde man sagen: beim Betrieb eines gewerblichen Unternehmens.

Unternehmen arbeiten typischerweise ertragsorientiert. Dem Gesetz kann man dies zwar nicht entnehmen, zumal das österreichische Recht überhaupt keinen allgemeinverbindlichen Unternehmensbegriff kennt.[277] Am ehesten einschlägig ist die Definition des § 1 Abs 2 UGB als unmittelbare Nachfolgebestimmung der früheren §§ 1 ff HGB, die den Gesellschaftszweck von KGs prä-HaRÄG begrenzten. Gem § 1 Abs 2 UGB ist ein Unternehmen eine auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit (§ 1 Abs 2 UGB). Bei der Unternehmensführung steht jedenfalls in der Praxis regelmäßig die Erwirtschaftung wiederkehrender, zukünftiger Erträge im Vordergrund. Zu diesem Zweck erwirbt ein Unternehmen materielle wie immaterielle Ressourcen aller Art und setzt sie ausgerichtet auf den Unternehmenszweck ein.[278]

Die typische Ausrichtung von Unternehmen auf einen Ertragszweck bedingt, dass operative Entscheidungen nicht anhand des Liquidationswerts von Vermögensgütern getroffen werden, sondern aufgrund ihres spezifischen Nutzens im Hinblick auf die Ertragsfähigkeit des Gesamtunternehmens. Die Zukunftsorientierung unternehmerischer Entscheidungen bedingt auch eine – mal stärker und mal schwächer ausgeprägte – Risikokomponente bei Beschaffungsentscheidungen:[279] Ob und in welcher Höhe eine bestimmte Investition tatsächlich Früchte tragen wird, ist im Vorhinein unsicher. Im Vordergrund steht bei unternehmerischen Entscheidungen stattdessen die erwartete, durchschnittliche Rendite einer Investition.[280]

Sorgfältige Unternehmer halten zugunsten ihrer Gläubiger meist auch nicht unmittelbar befriedigungstaugliches Vermögen in Höhe der gesamten Gesellschaftsverbindlichkeiten vor. Vielmehr stellen sie (bloß) sicher, dass Liquiditätsvorrat

---

276 Mit dem Bundesgesetz vom 25.4.1990 über eingetragene Erwerbsgesellschaften, BGBl 1990/257.

277 S schon *J. v. Gierke*, ZHR 111 (1947) 1; s auch die Auflistung bei *Suesserott/U. Torggler* in *U. Torggler*, UGB^2 § 1 Rz 32.

278 *Suesserott/U. Torggler* in *U. Torggler*, UGB^2 § 1 Rz 13; ähnl *Artmann/Herda* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I^2 § 1 Rz 20.

279 Nach *Mutter*, ZHR 157 (1993) 76 „sollte“ zur Finanzierung von Risikoinvestitionen primär Eigenkapital verwendet werden (anstelle von Fremdkapital).

280 Vgl *D. Mandl*, Lexikon 475.

und zukünftig erwartete Erträge aller Wahrscheinlichkeit nach ausreichen werden, um die jeweils fällig werdenden Verbindlichkeiten zeitgerecht zu befriedigen.[281] Es ist bei sorgfältiger Geschäftsführung deshalb nicht notwendig (und vielfach auch nicht zu erwarten), dass das Gesellschaftsvermögen – bewertet nach Liquidationswerten – zur Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger ausreichen wird. Im Regelfall tritt der Wert der einzelnen Vermögensbestandteile des Unternehmens mit ihrem jeweiligen Einzelveräußerungswert, und damit auch die Höhe des den Gläubigern insgesamt unmittelbar zur Verfügung stehenden Haftungsfonds, vielmehr hinter ihren gemeinsamen Nutzungswert zurück.[282] Bei gesunden Unternehmen ist der Liquidationswert deshalb auch typischerweise geringer als der Wert des Gesamtunternehmens.[283] Das spiegelt sich auch darin wider, dass in der Betriebswirtschaftslehre bei der Bewertung von Unternehmen – von Ausnahmefällen abgesehen – keine Einzelbetrachtung des Werts der einzelnen Wirtschaftsgüter im Unternehmen durchgeführt wird (Einzelbewertungsverfahren, zB Liquidationswert). Stattdessen wird im Regelfall versucht, die zukünftigen Erträge des Gesamtunternehmens zu schätzen und periodenbezogen abzuzinsen (Gesamtbewertungsverfahren, zB Ertragswertmethode)[284]. Selbst im vom Vorsichtsprinzip geprägten Rechnungslegungsrecht ist Zielgröße grundsätzlich nicht der Veräußerungswert der einzelnen Vermögensbestandteile, sondern ihr Wert für das fortgeführte Unternehmen (*going concern*-Ansatz; § 201 Abs 2 Z 2 UGB).

iii. Wert von Einlagen im Hinblick auf den Gläubigerschutz

Die gesetzestypische KG ist also unternehmerisch tätig und trifft ihre operativen Entscheidungen ertragsorientiert. Das gilt auch für die Entscheidung, auf welche Art und Weise die KG mit den von den Gesellschaftern geleisteten Einlagen verfahren wird. Es ist zu erwarten, dass die geleistete Einlage produktiv in den Unternehmensbetrieb eingegliedert wird. Ob die von den Gesellschaftern geleisteten Einlagen dabei auch gegenständlich im Gesellschaftsvermögen erhalten bleiben, hängt bei der KG deshalb von der Ertragsfähigkeit der Einlagen für das konkrete, von der Gesellschaft betriebene Unternehmen ab. Man kann differenzieren: Erhält die Gesellschaft als Einlage Sachen, die sie in ihrem Betrieb dauerhaft nutzbringend einsetzen kann, wird sie diese in ihrem Vermögen als Anlagevermögen iSd

---

281 Vgl auch *v. Braunbehrens*, DR 1941, 1134 (1136).
282 Vgl *K. Schmidt*, ZHR 154 (1990) 237 (246 f).
283 Vgl OLG Celle 9 W 128/97 AG 1999, 128.
284 *Winner*, Wert und Preis im Zivilrecht (2008) 9 ff; *Suesserott/U. Torggler* in *U. Torggler*, UGB^2 § 1 Rz 12.

§ 198 Abs 2 UGB halten. Klassisches Beispiel wäre die Einlage eines Betriebsgrundstücks. Abnutzbares Anlagevermögen verliert allerdings mit der Zeit an Wert, bis es irgendwann ausgeschieden wird (zB Einlage eines Traktors). Für die Einlage von sonstigen Sachen, die verbrauchbar sind oder für die Gesellschaft nicht von Nutzen sind, gilt nicht einmal das. Solche Sachen werden von der Gesellschaft typischerweise verbraucht oder umgesetzt (Umlaufvermögen iSd § 198 Abs 4 UGB). Das gilt ganz besonders für die Bareinlage: Zu erwarten ist, dass die Gesellschaft die Bareinlage zur Verwirklichung des Gesellschaftszwecks in Betriebsmittel umsetzen wird,[285] die gegebenenfalls überhaupt keinen Liquidationswert mehr aufweisen.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass unternehmerisch tätige KGs sicheres, haftendes, aber unproduktives Vermögen bei der erstbesten Gelegenheit gegen unsichere, zukünftige Ertragschancen eintauschen werden.[286] Deshalb ist auch nicht unbedingt damit zu rechnen, dass der ursprüngliche, unmittelbar nach Leistung der (Sach- und Bar-) Einlagen bestehende Haftungsfonds der typischen KG über einen nennenswerten Zeitraum hinweg erhalten bleibt.[287] Mittelfristig ist die Vermögensstruktur einer unternehmerisch tätigen KG deshalb primär durch den Unternehmensgegenstand und den *business plan* determiniert, während die geleisteten Einlagen grundsätzlich eine bloße Ausgangsgröße darstellen, die dem Unternehmenszweck entsprechend von der KG umgesetzt wird. Die absolute Größe des Haftungsfonds einer KG, auf den die Gläubiger unmittelbar exekutiv zugreifen können, ist daher mittelfristig weniger durch die Art der geleisteten Einlagen determiniert, sondern vor allem durch ihren Wert für das von der KG betriebene Unternehmen.[288] Auch der Vorteil der KG-Gläubiger aus der Leistung einer Einlage hängt deshalb mittelfristig vor allem vom Wert der Einlage für das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen ab, das heißt vom Ertragswert der Einlage für die Gesellschaft.

Zusammenfassend wäre aufgrund des unternehmerischen Charakters der KG für die Gläubiger durch ein Abstellen auf den Einzelveräußerungswert bei der Einlagenleistung daher nicht viel gewonnen. Zwar ist der Einzelveräußerungswert einer Einlage für die Gläubiger grundsätzlich exekutiv verwertbar. Bei einer unternehmensbetreibenden KG ist aber damit zu rechnen, dass der Komplementär Bareinlagen und Sacheinlagen mit einem

---

285 Vgl *D. Mandl*, Lexikon 330.
286 Vgl *D. Mandl*, Lexikon 330.
287 Vgl auch *v. Braunbehrens*, DR 1941, 1134 (1136).
288 Vgl auch *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 41.

verlässlichen Einzelveräußerungswert im Sinne des Unternehmenszwecks umsetzen wird; die Vermögensgegenstände, die an die Stelle der ursprünglich geleisteten Einlage treten, verfügen vielleicht über überhaupt keinen Einzelveräußerungswert mehr. Mittelfristig ist die Höhe des haftenden Gesellschaftsvermögens nur in geringem Ausmaß von der Art der geleisteten Einlagen determiniert; entscheidend ist der Ertragswert der geleisteten Einlagen für das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen.

These: Auf den Ertragswert der geleisteten Einlagen für das von der KG betriebene Unternehmen sollte es deshalb mE nicht nur bei der Bewertung von Drittgeschäften ankommen (oben II.D.6.b. [65]), sondern auch bei der Bewertung von Sacheinlagen;[289] eine Verengung des Bewertungsmaßstabs bei der Einlagenleistung auf den Einzelveräußerungswert hätte für die Gesellschaftsgläubiger demgegenüber aufgrund des typisch unternehmerischen Charakters der KG keinen wesentlichen Mehrwert.[290].

iv. Beweislast

Die Gesellschaftsgläubiger werden vor zweifelhaften Wertvorstellungen der Gesellschafter über die geleistete Einlage auch durch das Beweisrecht geschützt: Soweit für eine geleistete Einlage ein Markt besteht, könnte die KG die Einlage auch selbst weiterveräußern; der Ertragswert einer *quoad dominium* geleisteten Einlage erreicht deshalb zumindest ihren Einzel(weiter-)veräußerungswert. Ob der Nachweis eines den Einzelveräußerungswert übersteigenden Ertragswerts gelingt, ist dann aber eine Beweisfrage; die Beweislast trifft dabei aber den Kommanditisten[291]. Denn nach allgemeinen Grundsätzen hat der Gesellschaftsgläubiger bzw Insolvenzverwalter als Kläger die anspruchsbegründenden Tatsachen zu behaupten und beweisen, der beklagte Kommanditist einwendungsbegründende Tatsachen (vgl §§ 226, 239 ZPO).[292] Anspruchsgrundlage der Kommanditistenhaftung ist nun § 171 Abs 1 S 1 HS 1 UGB, wonach der Kommanditist den Gesellschaftsgläubigern in Höhe der Haftsumme haftet. Der Gesellschaftsgläubiger oder

---

289 Vgl auch *Konietzko* 123: *„[Mit der gewerblichen Natur der KG] verträgt sich der Gedanke schlecht, daß die Einlagen in erster Linie dazu dienen sollen, eine Haftungsmasse zu bilden, aus der sich die Gläubiger befriedigen können. […] Damit steht jedenfalls fest, daß der Wert der haftungsbefreienden Leistung nicht von der Interessenlage der Gläubiger aus beurteilt werden darf.“*

290 Vgl auch *Schall* ebd; aber auch *K. Schmidt*, ZHR 154 (1990) 237 (246 f): Funktion des Eigenkapitals sei neben der betriebswirtschaftlich zu beurteilenden Lebensfähigkeit des Unternehmens auch seine Haftungsfähigkeit; ähnl auch *Bork*, ZHR 154 (1990) 205 (212): Doppelzweck als Startkapital der Gesellschaft und Haftungsfonds der Gesellschaftsgläubiger; auch *Bork* (aaO 228 f) lehnt allerdings die exekutive Verwertbarkeit als Voraussetzung der Einlagefähigkeit ab.

291 S die Nw sogleich Fn 295.

292 *Rechberger* in *Fasching/Konecny*[2] Vor § 266 ZPO Rz 18, 31 f.

Insolvenzverwalter muss (neben der Klagbarkeit der eigenen Forderung gegenüber der Gesellschaft)[293] daher zunächst (nur) beweisen, dass der Beklagte tatsächlich Kommanditist der Gesellschaft ist und dass die Haftsumme auch die eigene Forderung erreicht.[294] Der Kommanditist kann dagegen *einwenden*, dass seine Haftung durch die anspruchsvernichtende Leistung einer Einlage gem Halbsatz 2 *leg cit* ausgeschlossen wurde. Für die Leistung einer haftungsbefreienden Einlage ist daher grundsätzlich der Kommanditist behauptungs- und beweispflichtig.[295]

> Gelingt dem Kommanditisten der Nachweis einer haftungsbefreienden Einlagenleistung, so steht dem Gläubiger bzw Insolvenzverwalter die Gegeneinrede zu, dass die Einlage gem § 172 Abs 3 UGB zurückgewährt wurde – Vorliegen und Werthaltigkeit einer Leistung der Gesellschaft an den Kommanditisten hat dann aber wiederum der Gläubiger (bzw der Insolvenzverwalter) zu beweisen.[296] Dass eine (nachgewiesene) Gesellschaftsleistung an den Kommanditisten ausnahmsweise gerechtfertigt war – sei es durch eine gleichwertige Gegenleistung des Kommanditisten oder als Gewinnausschüttung – hat erneut der Kommanditist zu behaupten und beweisen.[297]

Bei der Einlagenleistung mag die Feststellung des (*ex ante*) richtigen Ertragswerts einer Einlage deshalb zwar mitunter höherer Unsicherheit unterworfen sein als die Bestimmung ihres Einzelveräußerungswerts – der Kommanditist ist aber für die Werthaltigkeit der von ihm geleisteten Einlage beweispflichtig. Unsicherheit bei der Feststellung eines über den Einzelveräußerungswerts hinausgehenden Ertragswerts mag deshalb vielleicht ein Grund sein, dem Kommanditisten von einer Einlage abzuraten, die am Markt nicht oder nur mit einem geringen Wert (weiter-)veräußerungsfähig ist,[298] bildet aber

---

293 Vgl OLG Karlsruhe 19 U 209/04 NJOZ 2006, 4508 (4512).

294 Vgl *Potsch* 119; *Konietzko* 157 f.

295 Reichstagsvorlage HGB 1897, 114; ebenso RIS-Justiz RS0061999 mit OGH 2 Ob 517/88 GesRZ 1989, 38 (39) [zust *Ostheim*]; *Harrer* 383 f; *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 171 Rz 8; *C. Nowotny*, RdW 2009, 326 (328); *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 61; *Konietzko* 157; *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 54, 61; *Bergmann*, RdW 2008, 382 (384); *Potsch* 119; *Wünsch*, GesRZ 1978, 51 (56); *Wiedemann*, GesR II 805; *Berg*, JuS 1974, 685 (691). Nach deutscher Rsp zur GmbH (BGH II ZR 142/12 GmbHR 2014, 319 mwN) ist dabei der Beweis einer tatsächlich erfolgten Leistung grundsätzlich ausreichend; entgegenstehende Umstände (gedacht ist insb an den Einwand, dass die Leistung nicht „zur freien Verfügung" erfolgte) müsse der Kläger konkret vortragen; eine *Beweislastumkehr* sei damit aber ausdrücklich nicht verbunden (vgl auch *Konietzko* 157).

296 Allgemeine Meinung, zB BGH II ZR 224/08 BB 2011, 1807 [*Stumpf*]; *Wünsch*, GesRZ 1978, 51 (56).

297 Deutsche hM: BGH II ZR 224/08 BB 2011, 1807 [*Stumpf*] Rz 21; zust *Stumpf*, BB 2012, 1429 (1430 f); *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 30; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 55 ff; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2980; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 172 Rz 45; vgl *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 74. Zu Unrecht weitergehend (allgemeine Beweispflicht des Kommanditisten, dass er seine Einlage in der Gesellschaft „belassen" hat) *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (426); *Konietzko* 157 ff.

298 Vgl *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 31, der Gesellschaftern rät, zur Vermeidung eines Beweisnotstands anstelle einer Dienstleistung als Sacheinlage eine Bareinlage in Verbindung mit einem entgeltlichen Vertrag über die Erbringung einer Dienstleistung zu vereinbaren; nach Erbringung der

mE keinen Grund zu übertriebener Besorgnis aus Gläubigersicht.[299] Jedenfalls genügt es zur Rechtfertigung unterschiedlicher Bewertungsmaßstäbe für Einlagenleistung und -rückgewähr iSd § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB mE nicht, auf etwaige Beweisprobleme bei der Feststellung des Ertragswerts zu verweisen.

v. Vergleich mit AG und GmbH

v.1. Allgemeines

Im Kapitalgesellschaftsrecht ist nach der hM dagegen bei der Einlagenleistung ein strengerer Bewertungsmaßstab anzulegen als bei der Einlagenrückgewähr:[300] Sacheinlagen können gem § 20 Abs 2 S 1 AktG nur Sachen sein, die über einen feststellbaren wirtschaftlichen Wert verfügen – insoweit entspricht die Rechtslage im Kapitalgesellschaftsrecht noch dem Meinungsstand bei der KG. Wie im UGB ist im GmbHG und im AktG auch im Einzelnen strittig, wann ein feststellbarer wirtschaftlicher Wert vorliegt. Anders als bei der KG soll es bei AG und GmbH nach der überwiegenden Ansicht aber auf den Einzelveräußerungswert der geleisteten Einlage ankommen – wenn eine Sache bloß im Rahmen einer Betriebsveräußerung wertsteigernd mitveräußert werden könnte, würde dies demnach *nicht* zur Kapitalaufbringung genügen.[301] Dienstleistungen, Knowhow oder die Überlassung eines Kundenstocks seien daher im Kapitalgesellschaftsrecht auch nicht als Sacheinlage tauglich.[302] Was die Beurteilung von Drittgeschäften betrifft, stützt sich die hM bei AG und GmbH (im Hinblick auf das Vorliegen einer Einlagenrückgewähr) hingegen wie erwähnt auf den objektiven Drittvergleich und vergleichbare Tests.[303] Diese Tests messen Dienstleistungen, der Übertragung von Knowhow udgl mehr aber durchaus einen

---

Dienstleistung könne der Kommanditist seine Entgeltforderung haftungsbefreiend mit seiner Bareinlage aufrechnen. Auch *Herchens* Konstruktion entlässt den Kommanditisten mE freilich nicht aus der Obliegenheit, die Werthaltigkeit seiner drittvertraglichen Dienstleistung zu belegen. Denn grundsätzlich liegt es am Kommanditisten zu beweisen, dass eine drittvertragliche Gesellschaftsleistung durch eine gleichwertige Gegenleistung des Kommanditisten gerechtfertigt war (soeben Fn 297). Auch bei der Einlagenleistung durch Aufrechnung kommt es darauf an, ob die aufgerechnete Forderung durch eine werthaltige Vorleistung des Kommanditisten gerechtfertigt war (unten V.D.2. [278]), und ist der Kommanditist dafür mE beweispflichtig. Vgl dazu auch *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2865.

299 Vgl allerdings auch *U. Torggler*, JBl 2011, 762 (763 f); *Fleischer*, ZGR 2001, 1.

300 S zum Verhältnis von Kapitalaufbringung und -erhaltung bei den Kapitalgesellschaften ausf *Koppensteiner*, GesRZ 2014, 3.

301 S *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 6 Rz 13 ff, § 6a Rz 7, § 10 Rz 3a mwN.

302 Vgl *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 6 Rz 15; *Doralt/Diregger/Winner* in MüKo AktG^3 § 27 Rz 137; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG^3 § 6 Rz 18.

303 OGH 6 Ob 271/05d JBl 2006, 388 [zust *Artmann*]; *Doralt/Winner* in MüKo AktG^3 § 57 Rz 269 mwN; vgl RIS-Justiz RS0105540; *Köppl* in *U. Torggler*, GmbHG § 82 Rz 18 ff mwN. S auch die Nw oben Fn 256.

Wert zu, sofern die Leistung nur für das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen werthaltig war. Die hM des Kapitalgesellschaftsrechts wendet auf (Sach-)Einlagenleistung und Einlagenrückgewähr also grundsätzlich verschiedene Bewertungsmaßstäbe an:[304] der Gesellschafter hat bei der Kapitalaufbringung das selbständig veräußerbare Gesellschaftsvermögen zu vermehren, darf das selbständig veräußerbare Gesellschaftsvermögen aber im Rahmen eines drittvergleichsfähigen Verkehrsgeschäfts verringern, zB indem ein Gesellschafter gegen Entgelt Dienstleistungen an die Gesellschaft erbringt.[305] Dies hat im Kapitalgesellschaftsrecht durchaus seine Berechtigung, ist mE aber aus den folgenden Gründen nicht auf das KG-Recht übertragbar.

v.2. Sondervorschriften für die Kapitalaufbringung als Beleg besonderer Strenge bei Sacheinlagen?

v.2.1. Kapitalgesellschaftsrecht

AG, GmbH und KG ist zunächst gemeinsam, dass der Gläubigerschutz maßgeblicher Normzweck zur Auslegung der Tatbestände von Einlagenleistung und -rückgewähr ist.[306] So wie bei der KG sind auch im Kapitalgesellschaftsrecht die Interessen der Gesellschaftsgläubiger und der Gesellschafter von Einlagenleistung und Einlagenrückgewähr jeweils auf dieselbe Art und Weise betroffen, wenngleich mit umgekehrten Vorzeichen. Dies würde *prima facie* auch bei AG und GmbH dafür sprechen, auf Einlagenleistung und Einlagenrückgewähr denselben Bewertungsmaßstab anzuwenden. Anders als im UGB hat der Gesetzgeber im GmbHG und AktG allerdings für Kapitalaufbringung und -erhaltung in zahlreichen Einzelfragen divergierende Normen kodifiziert:

Was die Kapitalaufbringung betrifft, müssen Sacheinlagen einer AG oder GmbHG grundsätzlich selbstverständlich werthaltig sein (vgl § 20 Abs 2, § 26 Abs 1 Z 2 AktG). Darüber hinaus hat der Gesetzgeber für die Kapitalaufbringung aber noch zahlreiche weitere

---

304 Vgl *Koppensteiner*, GesRZ 2014, 3.

305 Vgl *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 52 Rz 24 ff. Lediglich in Umgehungsfällen (ein Gesellschafter erbringt zB eine Bareinlage, die ihm umgehend von der Gesellschaft als Entgelt für eine drittvertragliche Leistung zurückerstattet wird) wird im Kapitalgesellschaftsrecht vom Vorliegen einer „verdeckten Sacheinlage" ausgegangen, auf die die Regeln über die Sacheinlagen anzuwenden seien: strittig, vgl dazu RIS-Justiz RS0114160; zuletzt *Rüffler* in FS Koppensteiner (2016) 249 mwN in Fn 1; einschränkend insb *U. Torggler* in *dens*, GmbHG § 6 Rz 23; vgl auch § 45 AktG.

306 S für das Kapitalgesellschaftsrecht zB OGH 6 Ob 14/14y SZ 2014/125 Rz 2.6; *Koppensteiner*, GesRZ 2014, 3 f mwN.

Normen materieller und formaler Natur erlassen. Auf materieller Ebene sind insbesondere zu erwähnen:

- Als Sacheinlagen sind gem § 20 Abs 2 AktG nur Leistungen mit feststellbarem wirtschaftlichen Wert geeignet – die Verpflichtung zu Dienstleistungen ist als Gegenstand einer Sacheinlage durch Abs 2 *leg cit* ausdrücklich ausgeschlossen.
- Die Einlagenleistung durch Aufrechnung unterliegt den besonderen Einschränkungen der § 63 Abs 3 S 2, Abs 5 GmbHG, § 60 AktG.[307]
- Gem § 66a AktG darf eine AG Dritte nicht dabei unterstützen, von ihr emittierte Aktien zu erwerben.

Formvorschriften über die Art und Weise der Vereinbarung, Bewertung und Publizierung von Sacheinlagen flankieren diese materielle Regelungen und sichern besser als ein bloßer *ex post*-Schutz die Werthaltigkeit der Einlagenleistung ab. Insbesondere müssen Sacheinlagen bei der AG im Rahmen der Gründungsprüfung gem § 26 Abs 2 AktG auf ihre Werthaltigkeit überprüft werden; bei der GmbH ist eine Gründungsprüfung unter eingeschränkten Voraussetzungen ebenfalls erforderlich (vgl § 6a Abs 4 iVm Abs 1 GmbHG).[308]

Was die Einlagenrückgewähr anbelangt, hat es der Gesetzgeber im Kapitalgesellschaftsrecht hingegen im Wesentlichen bei den vergleichsweise simplen Regelungen der §§ 82 f GmbHG, § 52, § 56 AktG belassen. Insbesondere dürfen Drittgeschäfte zwischen Gesellschaft und Gesellschafter auch im Kapitalgesellschaftsrecht weitestgehend (vgl lediglich § 19 Abs 1, § 50 Abs 1 AktG; § 8 GmbHG) formfrei abgeschlossen werden;[309] die Bestellung eines Prüfers über die Angemessenheit von Drittgeschäften mit Gesellschaftern ist nicht vorgesehen.

Die zahlreichen Sondervorschriften für die Kapitalaufbringung in der AG und GmbH können als Beleg einer besonderen Strenge bei der Kapitalaufbringung betrachtet werden: Wenn schon der Gesetzgeber selbst Kapitalaufbringung und -erhaltung unterschiedlich geregelt hat, erscheint auch eine Anwendung unterschiedlicher Bewertungsmaßstäbe auf

---

307 Vgl aber zur einschränkenden hM *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 63 Rz 15 und unten Fn 900 f.

308 S dazu *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 6a Rz 5, 17 ff.

309 Der Vorstand bzw Geschäftsführer ist im Rahmen der allgemeinen Geschäftsführungspflicht gem § 84 AktG bzw § 25 GmbHG freilich gegenüber der Gesellschaft dazu verpflichtet, nur Geschäfte abzuschließen, die nach seiner sorgfältigen Einschätzung im Gesellschaftsinteresse liegen.

Einlagenleistung und -rückgewähr nicht abwegig. Deshalb ist es zumindest vertretbar, im Kapitalgesellschaftsrecht bei der Prüfung von Sacheinlagen auch einen strengeren Bewertungsmaßstab anzulegen (insb Einzelveräußerungswert) als bei der Prüfung von Drittgeschäften (insb Nützlichkeit des Geschäfts für die Gesellschaft). Konkret erscheint es wie erörtert vertretbar, vom GmbH-Gesellschafter bzw Aktionär bei der Einlagenleistung die Zuführung exekutionstauglichen Vermögens zu verlangen, ihm im Rahmen von Drittgeschäften aber auch die Verringerung des exekutionsfähigen Gesellschaftsvermögens zu gestatten, solange das betreffende Geschäft bloß im Gesellschaftsinteresse lag und keine Umgehung der Sachgründungsvorschriften vorliegt.

v.2.2. KG

Bei der KG stellt sich Situation insofern anders dar; das Gesetz regelt Einlagenleistung und Einlagenrückgewähr in den §§ 171 f UGB nämlich inhaltlich übereinstimmend: Die gesetzliche Regelung beschränkt sich im Wesentlichen darauf, dass die Haftung des Kommanditisten erlischt, soweit und solange er eine Einlage an die Gesellschaft geleistet hat (§ 171 Abs 1 UGB). Die zusätzlichen materiellen und formellen Normen, die der Gesetzgeber für Sacheinlagen bei Kapitalgesellschaften erlassen hat, fehlen hingegen bei der KG. Insbesondere unterliegen Sacheinlagen keinen besonderen gesetzlichen Beschränkungen und ist die Bestellung eines Prüfers zur Beurteilung der Werthaltigkeit von Sacheinlagen nicht erforderlich. Insoweit unterscheidet sich die Rechtslage im UGB wesentlich von AktG und GmbHG. Während die zahlreichen Sondervorschriften für die Kapitalaufbringung der AG und GmbH als Beleg einer besonderen Strenge bei der Kapitalaufbringung dienen könnten, kann dasselbe Argument nicht auf die Haftung des Kommanditisten übertragen werden.

(Nur) bei der KG bleibt es damit mE beim Befund *prima facie*: Aufgrund der übereinstimmenden Interessen von Kommanditist und Gesellschaftsgläubigern bei Einlagenleistung und -rückgewähr wäre es bei der KG ein Wertungswiderspruch, bei der Einlagenleistung auf den Einzelveräußerungswert abzustellen und vom Kommanditisten eine Vermehrung des exekutionsfähigen Haftungsfonds der Gesellschaft zu verlangen – demselben Gesellschafter aber im Rahmen eines Drittgeschäfts eine Verringerung des exekutionsfähigen Gesellschaftsvermögens zu gestatten. Schon der Gesetzgeber des UGB hat schließlich Einlagenleistung und Einlagenrückgewähr übereinstimmend behandelt und

insbesondere die Einlagenaufbringung keinen strengeren Auflagen unterworfen als die Einlagenrückgewähr.

v.3. Analogie zu § 20 Abs 2 AktG?

Eine strenge Bewertung von Sacheinlagen in der KG wurde in der Literatur auch mit einer analogen Anwendung von § 20 Abs 2 AktG auf die KG begründet.[310] Diese Bestimmung ordnet zunächst in ihrem ersten Satz an, dass Sacheinlagen über einen „feststellbaren wirtschaftlichen Wert" verfügen müssen. Ob dies bei der KG überhaupt inhaltlich weiterhelfen würde, ist zweifelhaft. Denn die entscheidende Frage ist ja, was unter einem „feststellbaren wirtschaftlichen Wert" zu verstehen ist. In Satz zwei *leg cit* wird aber immerhin die „Verpflichtung zu Dienstleistungen" als Gegenstand einer Sacheinlage explizit ausgeschlossen.

Eine analogiefähige Lücke, die zur Heranziehung von § 20 Abs 2 AktG auf den Kommanditisten erforderlich wäre, ist aber mE überhaupt nicht ersichtlich. Insbesondere kann alleine der Umstand, dass der Gesetzgeber für die Kapitalaufbringung im Kapitalgesellschaftsrecht (strengere) Normen erlassen hat, die im UGB fehlen, eine Analogie nicht rechtfertigen.[311] Denn erstens hat der historische Gesetzgeber die Notwendigkeit spezifischer Sachgründungsvorschriften bei der KG explizit verneint.[312] Zweitens lassen sich die Unterschiede in den Sachgründungsvorschriften zwischen KG und Kapitalgesellschaften auch plausibel begründen: Im Kapitalgesellschaftsrecht erschöpft sich der Haftungsfonds zugunsten der Gesellschaftsgläubiger zunächst in den von den Gesellschaftern aufzubringenden Einlagen.[313] Die Pflicht zur Aufbringung und Erhaltung der Stammeinlagen bzw des Grundkapitals stellt im Kapitalgesellschaftsrecht insofern einen wesentlichen Eckpfeiler des Gläubigerschutzes dar.[314] Bei der KG soll hingegen in erster Linie die unbeschränkte Haftung des Komplementärs für Gläubigerschutz sorgen; die Haftung des Kommanditisten ergänzt das Haftungskonzept der KG bloß.[315] Dieser Unterschied im Gläubigerschutz zwischen Kapital- und Personengesellschaftsrecht rechtfertigt es, die Regeln über die Leistung bzw Rückgewähr der Einlagen beim Kommanditisten großzügigeren

---

310 *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] Rz 12; wN oben Fn 208.

311 Vgl *Harrer*, GesRZ 1997, 65 (66): „Idee einer innerdisziplinären Rechtsannäherung" rechtfertige die Übertragung von Kapitalaufbringungsvorschriften nicht.

312 Reichstagsvorlage HGB 1897, 111.

313 Vgl *Müßigbrodt*, Aufrechnung 70: Aufzubringendes Kapital „alleinige Haftungsbasis".

314 Vgl BGH II ZR 269/84 BGHZ 95, 188 (197); *U. Torggler*, GesR AT Rz 139, 542 ff; *Karollus* in *Leitner*, Handbuch[2] 12.

315 S für Nw oben Fn 61, 63.

Auflagen zu unterwerfen als bei den Gesellschaftern einer GmbH oder AG.[316] Dementsprechend hat der historische Gesetzgeber eine Übernahme der Vorschriften zur Kapitalherabsetzung der Kapitalgesellschaften – zu nennen ist insbesondere das Erfordernis eines Gläubigeraufrufs – ins UGB gerade mit dem Argument abgelehnt, dass die KG-Gläubiger durch die unbeschränkte Haftung der Komplementäre schon ausreichend geschützt würden.[317] Dass der Gesetzgeber *im Kapitalgesellschaftsrecht* Sacheinlagen besonders streng behandelt, taugt deshalb nicht zur Begründung der These, dass *in der KG* Sacheinlagen besonders streng zu bewerten wären. Für eine analoge Anwendung von § 20 Abs 2 AktG, insbesondere von dessen Satz 2 über den Ausschluss der Verpflichtung zu Dienstleistungen als Sacheinlage, auf den Kommanditisten fehlt deshalb schon eine planwidrige Gesetzeslücke.

v.4. Sondervermögensschutz vs Haftungsverbund

Aus der Gesetzessystematik ergibt sich mE noch ein weiterer Grund, warum bei AG und GmbH verschiedene Bewertungsmaßstäbe für Einlagenleistung und -rückgewähr zulässig sein könnten, bei der KG aber nicht.

Bei den Kapitalgesellschaften sind die Gesellschafter zur Leistung der Einlagen grundsätzlich gesetzlich verpflichtet (vgl § 49 Abs 1 AktG; § 63 Abs 1 GmbHG);[318] die Einlagenrückgewähr ist gesetzlich verboten[319]. Damit ist der Gläubigerschutz der Kapitalgesellschaften in erster Linie auf die Aufbringung und Erhaltung von Kapital in der

---

316 Vgl *U. Torggler*, GesR AT Rz 544; *Wiedemann*, GesR II 808; *Müßigbrodt*, Aufrechnung 70 f; *Potsch* 26; *Fromm* 217: Die KG werde durch den unbeschränkt haftenden Komplementär „abstrakt haftpflichtfähig", die GmbH durch das Mindestkapital; vgl auch OGH 8 Ob 2124/96b SZ 69/166: Grund für unterschiedliche Rechnungslegungsvorschriften für Kapitalgesellschaften und sonstige Buchführungspflichtige sei, dass bei den Kapitalgesellschaften das Kapital der Gesellschaft das einzige Haftungssubstrat bildet; *Peters*, RNotZ 2002, 425 (434).

317 Reichstagsvorlage HGB 1897, 114.

318 Die Leistung der Einlage ist grundsätzlich Voraussetzung für die Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch. Allerdings zögerte der Gesetzgeber bei der Umsetzung dieses Grundsatzes und lässt auch die Leistung nur eines Anteils an den Bareinlagen ausreichen (§ 28a Abs 1 AktG; §§ 6a, 10 Abs 1 GmbHG); der Rest ist dann „bloß" einforderbar. Das Kapitalgesellschaftsrecht sieht für den mit der Einlage säumigen Gesellschafter mit dem Kaduzierungsverfahren immerhin ein besonderes Sanktionsinstrument vor; ein Äquivalent dafür besteht im UGB nicht (vgl *Müßigbrodt*, Aufrechnung 70); allerdings kann die Nichtleistung der Pflichteinlage bei der KG im Innenverhältnis insb zur Ausschlussklage gegen den säumigen Gesellschafter gem § 140 Abs 1 iVm § 133 Abs 2 UGB berechtigen.

319 § 52 AktG; § 82 Abs 1 GmbHG. Bei Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr haften nicht nur der Gesellschafter, sondern daneben (verschuldens*abhängig*) auch Geschäftsführer bzw Vorstand (§ 25 Abs 3 Z 1 GmbHG; § 84 Abs 3 Z 1 ff AktG) sowie (verschuldens*unabhängig* und nur soweit durch die Einlagenrückgewähr auch das Stammkapital angegriffen wurde) bei der GmbH auch die Mitgesellschafter (§ 83 Abs 2 GmbHG; s auch § 67 GmbHG, § 59 AktG). Erst die ordentliche Kapitalherabsetzung oder die Liquidation berechtigen nach Durchführung eines Gläubigeraufrufs zur Rückzahlung der Einlagen an die Gesellschafter (§§ 178, 213 AktG; §§ 54 ff, § 91 Abs 3 GmbHG).

Gesellschaft gerichtet – die bloße Haftung des Gesellschafters ist nicht als adäquates Substitut für die Leistung einer Einlage vorgesehen. Überhaupt trifft die Gesellschafter einer GmbH grundsätzlich keine unmittelbare Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Lediglich die Aktionäre einer AG trifft eine Außenhaftung, und auch dies nur im Fall einer Einlagenrückgewähr (§ 56 Abs 1 AktG). Im Gegenzug zur grundsätzlich fehlenden Außenhaftung der Gesellschafter von AG und GmbH ist aber ihre Pflicht zu Aufbringung und Erhaltung der Einlage gegenüber der Gesellschaft zwingend und unverzichtbar ausgestaltet. Damit verfolgt der Gesetzgeber bei AG und GmbH das Gläubigerschutzmodell des „Sondervermögensschutzes“:[320] Die Gesellschafter haben in der Gesellschaft ein Sondervermögen zu errichten, das anschließend durch den Kapitalerhaltungsgrundsatz vor nachträglichen Verminderungen (zugunsten der Gesellschafter) geschützt wird.

Bei der KG soll dagegen primär die persönliche Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern für Gläubigerschutz sorgen.[321] Dafür stellt das Gesetz den Gesellschaftern frei, ob sie Einlagen leisten bzw sich diese wieder auszahlen lassen;[322] die Gesellschafter sind nach dem UGB außerhalb der Gesellschaftsinsolvenz grundsätzlich berechtigt, ohne Berücksichtigung von Gläubigerinteressen die Einlagen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern frei fließen zu lassen.[323] Weder ist der Kommanditist im Innenverhältnis zwingend zur Leistung eines der Haftsumme entsprechenden Betrags verpflichtet, noch ist eine Abfindung oder Verteilung des Liquidationserlöses an die Durchführung eines Gläubigeraufrufs oder sonstige zwingende Formvorschriften gebunden.[324] Durch die Einlagenrückgewähr lebt also zwar reflexhaft die Außenhaftung wieder auf, das hat aber keinen pönalen Charakter.[325] Damit beruht der Gläubigerschutz bei

320 *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65.

321 Oben Fn 61 ff, insb Fn 63.

322 Vgl *Klimke*, ZGR 2006, 540 (542 f).

323 Ganz hM, s zB *Wiedemann*, GesR II 807 f; *Konietzko* 74; *K. Schmidt*, Einlage 29; *Mossmann* 121; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 172 Rz 8; vgl BGH II ZR 73/11 DB 2013, 1406; Reichstagsvorlage HGB 1897, 114 f; aA zuletzt *Schummer* in FS Koppensteiner (2016) 303 (311 ff, insb 314), s dazu abl oben Fn 125.

324 Dies hat nach Ansicht des historischen Gesetzgebers seinen Grund darin, dass ein weitergehender Gläubigerschutz – anders als bei den Kapitalgesellschaften – nicht notwendig sei, weil die Komplementäre ohnehin unbeschränkt weiterhaften (Reichstagsvorlage HGB 1897, 114). Nach OGH 21.12.1995, 2 Ob 594/95 ist eine Auszahlung des Liquidationsüberschusses an die Gesellschafter einer verdeckten Kapitalgesellschaft allerdings vor Abschluss der Liquidation verboten; § 145 Abs 1 UGB sei insofern teleologisch zu reduzieren (s dazu auch *Dellinger*, JBl 1991, 629).

325 *Mossmann* 121; vgl BGH II ZR 269/84 BGHZ 95, 188 (197); BGH II ZR 16/81 NJW 1982, 2253 [*K. Schmidt*]; *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (51 f); vgl schon Reichstagsvorlage HGB 1897, 115.

den Personengesellschaften auf dem Modell eines „Haftungsverbunds“:[326] Die Gesellschafter übernehmen eine persönliche Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten, die bei den Kommanditisten betragsbeschränkt ist und durch die Leistung einer Einlage reduziert wird. Nur bei den Personengesellschaften sind die Vermögensverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschafter damit „offen“ konzipiert, sodass die Einlage ohne Einschränkungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter hin- und herfließen darf.

Kalss/Eckert/Schörghofer haben anhand der Materialien vor allem des deutschen GmbHG mE überzeugend nachgewiesen, dass das Modell des Sondervermögensschutzes (wie bei den Kapitalgesellschaften) für den historischen (deutschen) Gesetzgeber dem Modell des Haftungsverbunds (wie bei den Personengesellschaften) im Hinblick auf den Gläubigerschutz nicht überlegen war und *vice versa*.[327] Die Entscheidung für den Sondervermögensschutz bei der GmbH ist demnach lediglich aus dem Grund gefallen, um die ursprünglich erwarteten, zahlreichen Gesellschafterwechsel zu erleichtern – der Gläubigerschutz spielte bei der Entscheidung allenfalls eine untergeordnete Rolle, die in den Materialien keinen Niederschlag gefunden hat.[328]

Auch ein wiederholtes Hin- und Herfließen der Einlage ist in der KG zulässig. Daraus ergibt sich bei der KG mE aber auch ein erhöhtes Bedürfnis an einem identen Bewertungsmaßstab bei der Einlagenleistung und -rückgewähr, um eine übereinstimmende Bewertung zu gewährleisten, wenn derselbe Vermögensgegenstand mehrmals zwischen Kommanditist und KG übertragen wird.

> **Beispiel:** Ein Kommanditist liefert als Einlage speziell angefertigte Maschinen an die KG, die spezifisch auf die Konditionen in den von der KG betriebenen Betrieben eingestellt sind. Der Wiederbeschaffungswert der Maschinen beträgt für die KG 20.000; im Falle der Weiterveräußerung der Maschinen am Markt wären aber bloß 10.000 erzielbar. Kurz nach Lieferung der Maschinen kommt es zum Streit, der Kommanditist tritt aus der KG aus, die Maschinen werden an ihn zurückgestellt. Bei der KG spricht nun Einiges dafür, dass die Haftung des Kommanditisten in derselben Höhe wieder auflebt, in der seine Haftung zunächst mit Leistung der Maschinen untergegangen war (s sogleich im Text).

Das Beispiel behandelt einen in der KG durchaus zulässigen Vorgang. Eine Einlage zunächst geleistet und anschließend zurückgewährt. Wie schaut es mit den Haftungsfolgen dieser beiden Vorgänge aus? Würde man bei der Einlagenleistung auf den Einzel(weiter-

---

326 *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65.
327 *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (73 ff).
328 *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (73 ff).

)veräußerungswert abstellen, würde der Kommanditist zunächst nur in Höhe von 10.000 von seiner Außenhaftung frei. Im Zurückstellen der Maschinen ist zweifellos eine Einlagenrückgewähr zu erblicken. Die KG verliert dadurch Maschinen, die für das von der KG betriebene Unternehmen einen Ertragswert von 20.000 aufweisen. Wenn es bei der Einlagenrückgewähr auf den Ertragswert ankommt, müsste die Haftung des Kommanditisten um 20.000 aufleben, weil dies die Kosten sind, die der Gesellschaft für eine Wiederbeschaffung gleichwertiger Maschinen entstehen würden. Würde man bei der Einlagenleistung und -rückgewähr von unterschiedlichen Bewertungsmaßstäben ausgehen, so würde die Einlagenleistung den Kommanditisten also zunächst nur in Höhe von 10.000 von seiner Haftung befreien, die Rückgewähr derselben Sache seine Haftung aber um 20.000 aufleben lassen. Kann es wirklich mit der Wertung der §§ 171 f UGB vereinbar sein, dass der Kommanditist im Endeffekt *höher* haftet, obwohl er von der Gesellschaft bloß seine ursprünglich geleistete Einlage wieder abgezogen hat? Weder hatte die Einlage in der Zwischenzeit einen Wertzuwachs erzielt (im Beispiel ist vielmehr davon auszugehen, dass Einzelveräußerungs- und Ertragswert jeweils unverändert blieben), noch wurde das Gesellschaftsvermögen durch Leistung und Rückleistung derselben Sache insgesamt vermindert. Man könnte nun daran denken, eine Sonderregel einzuführen, wonach *bei der körperlichen Rückstellung einer ursprünglich als Einlage geleisteten Sache* derselbe Bewertungsmaßstab anzuwenden wäre wie bei ihrer ursprünglichen Leistung. Auch damit wäre aber dem Kommanditisten in folgendem Beispiel nicht geholfen:

> **Beispiel:** Ein weiteres Beispiel. Eine KG und ihre Kommanditistin betreiben in derselben Branche tätige Unternehmen. Um Überkapazitäten und Engpässe auszugleichen, werden Produktionsmittel, Arbeitnehmer udgl mehr kurzfristig dem jeweils anderen Unternehmen überlassen; gebucht werden diese Vorgänge jeweils auf einem beweglichen Einlagenkonto des Kommanditisten. Zum Jahresende haben die vom Kommanditisten der Gesellschaft überlassenen Posten in Summe einen Marktwert von € 40.000; der Ertragswert für die Gesellschaft beträgt € 55.000. Die von der Gesellschaft dem Kommanditisten überlassenen Leistungen besitzen einen Marktwert von € 30.000; ihr Ertragswert für die Gesellschaft beträgt allerdings € 45.000. Sowohl nach ihrem Einzelveräußerungswert als auch nach ihrem Ertragswert übersteigt der Wert der vom Kommanditisten erbrachten Leistungen den Wert der Gesellschaftsleistungen; würde es bei der Einlagenleistung auf den Einzelveräußerungswert, bei der Einlagenrückgewähr aber auf den Ertragswert ankommen, läge netto trotzdem eine Einlagenrückgewähr in Höhe von € 45.000 abzüglich € 40.000, also in Höhe von netto € 5.000 vor. Denn laut Sachverhalt liegt der *Einzelveräußerungswert* der vom Kommanditisten erbrachten Leistungen unter dem *Ertragswert* der Gesellschaftsleistungen.

In diesem Beispiel haben Gesellschaft und Kommanditist *unterschiedliche* Leistungen ausgetauscht. Auch hier hat der Kommanditist der Gesellschaft *netto* sowohl nach Ertragswerten als auch nach Einzelveräußerungswerten Vermögen zugeführt – die Anwendung unterschiedlicher Bewertungsmaßstäbe bei Einlagenleistung und -rückgewähr müsste aber dazu führen, dass die Haftung des Kommanditisten insgesamt auflebt. Auch die gesamte Vereinbarung über die gegenseitige Leistungsüberlassung als Drittvertrag zu behandeln und somit ausschließlich einer Prüfung nach § 172 Abs 3 UGB anhand des objektiven Drittvergleichs zu unterwerfen, scheidet hier aus. Denn die Leistungen wurden auf dem Einlagenkonto verbucht, mithin also von den im Innenverhältnis Beteiligten als jeweilige Teilleistungen auf bzw aus der Einlage behandelt.

Die Gesetzesauslegung muss auch für solche Fälle eine wertungsadäquate Lösung finden. ME kann das nur bedeuten, dass bei der KG auch der Bewertungsmaßstab für Einlagenleistung und -rückgewähr iSd §§ 171 f UGB dem Umstand gerecht werden muss, dass die wiederholte Einlagenleistung und -rückgewähr in der KG ein zulässiger Vorgang ist. Wie in den Beispielen versucht wurde zu zeigen, würde sich bei der Anwendung verschiedener Bewertungsmaßstäbe für Einlagenleistung und -rückgewähr die Differenz schrittweise aufsummieren, wenn Leistungen zwischen KG und Kommanditist wiederholt hin- und herfließen. Dies wäre mit dem „offenen" Konzept des Vermögensschutzes bei der KG nur schwer vereinbar. Vielmehr ergibt sich aus der Zulässigkeit des freien Flusses der Einlage zwischen KG und Kommanditist ein zusätzliches Argument dafür, dass für Einlagenleistung und Einlagenrückgewähr auch idente Bewertungsmaßstäbe gelten sollten.[329]

d. Zwischenergebnis

Im Kapitalgesellschaftsrecht hat der Gesetzgeber Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung hinreichend unterschiedlich geregelt, um unterschiedliche Bewertungsmaßstäbe bei Einlagenleistung und Einlagenrückgewähr zu rechtfertigen. Konkret ist es im Kapitalgesellschaftsrecht vor allem aus zwei Gründen gerechtfertigt, bei der Bewertung von Sacheinlagen besonders vorsichtig zu sein: einerseits aufgrund der detaillierten gesetzlichen Regelungen für Sacheinlagen, insbesondere der allfälligen Erforderlichkeit einer Gründungsprüfung; andererseits, weil sich der Haftungsfonds

[329] Vgl *Konietzko* 88: Einlagenleistung und -rückgewähr als umgekehrte Vorgänge, zwischen denen dadurch ein unmittelbarer Bezug besteht. S allgemein zum funktionalen Zusammenhang zwischen Einlagenleistung und -rückgewähr auch die Nw oben Fn 121 ff.

zugunsten der Gesellschaftsgläubiger zunächst auf die geleisteten Einlagen beschränkt. Das vergleichsweise bündig gehaltene Verbot der Einlagenrückgewähr rechtfertigt es andererseits, auch im Kapitalgesellschaftsrecht den Bewertungsmaßstab bei der Einlagenrückgewähr auf die Prüfung der objektiven Drittvergleichsfähigkeit des Geschäfts zu beschränken.

Anders als im Kapitalgesellschaftsrecht ist im KG-Recht eine besondere Vorsicht des Gesetzgebers im Hinblick auf Sacheinlagen dagegen nicht erkennbar. Diese Differenzierung zwischen KG- und Kapitalgesellschaftsrecht ist auch sachlich gerechtfertigt, weil nur die KG über den Komplementär als unbeschränkt haftendem Gesellschafter verfügt. Daraus lässt sich schließen, dass der KG-Gesetzgeber Einlagenleistung und -rückgewähr absichtlich gleich behandelt hat – eine Lückenhaftigkeit der Regeln des UGB über die Leistung von Sacheinlagen ist nicht erkennbar. Weil Einlagenleistung und -rückgewähr die Interessen von Kommanditist und Gesellschaftsgläubigern grundsätzlich auf dieselbe Art und Weise betreffen, sind bei der KG deshalb auch auf Einlagenleistung und -rückgewähr grundsätzlich übereinstimmende Bewertungsmaßstäbe anzuwenden. Für einen abweichenden Willen des Gesetzgebers fehlt ein Hinweis. Es wäre daher ein Wertungswiderspruch, vom Kommanditisten bei der Einlagenleistung die Zuführung eines exekutionsfähigen Objekts zu verlangen und auf den Einzel(weiter-)veräußerungswert der geleisteten Sache abzustellen, demselben Kommanditisten aber im Rahmen eines Drittgeschäfts die Verringerung des exekutionsfähigen Haftungsfonds der Gesellschaft zu gestatten.

Aufgrund des unternehmerischen Charakters der KG wäre für die Gläubiger durch ein Abstellen auf den Einzelveräußerungswert bei der Einlagenleistung zudem nicht viel gewonnen (oben II.D.6.c. [70]); bei der Einlagenrückgewähr spricht dagegen im Einklang mit der hM viel für ein Abstellen auf den Ertragswert (oben II.D.5.c. [62]; II.D.6.b. [65]). Der allgemeine Bewertungsmaßstab, der auf die Bewertung der geleisteten Einlage ebenso wie auf die Bewertung einer (offenen oder verdeckten) Einlagenrückgewähr gleichermaßen anzuwenden ist, ist aus diesen Gründen mE der Ertragswert. Mit dem Ertragswert ist der Wert einer Leistung für das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen gemeint. Im Folgenden wird noch zu erörtern sein, ob bzw inwieweit sich der „Ertragswert“ einer Leistung für die Gesellschaft noch näher spezifizieren lässt und auf welche Art und Weise er in der Praxis berechenbar ist.

7. Konkretisierung des Ertragswerts als Bewertungsmaßstab

a. Allgemeines

Nach hier vertretener Ansicht ist also der Ertragswert einer Leistung für die Gesellschaft bzw für das von ihr betriebene Unternehmen der allgemein im Rahmen der Bewertung von Einlagenleistung und -rückgewähr iSd §§ 171 f UGB anzuwendende Bewertungsmaßstab. Mit „Ertragswert" ist dabei aber *nicht* gemeint, dass stets zwei Bewertungen des Werts des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens durchgeführt werden müssten (eine Bewertung vor der Leistung, eine nach der Leistung), und dass sich der Leistungswert dann aus der Differenz der beiden Unternehmensbewertungen ergibt. Vielmehr soll sich im Ergebnis im Vergleich zum *status quo* nicht allzu viel ändern. Denn jedenfalls im Ergebnis sind die in der Literatur angeführten Bewertungsvorgaben für die einzelnen Fallgruppen vielfach durchaus zutreffend.

Das primäre Anliegen des Verfassers ist es vielmehr, das Verhältnis von rechtlichem Bewertungsmaßstab und Tatsachenfragen klarer zu fassen. Rechtliches Bewertungsziel ist mE der Ertragswert als Wert einer Leistung für das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen. Lösungen von Einzelfällen, die bisher mitunter mE unzureichend begründet als Ergebnis einer „objektiven" Bewertung präsentiert wurden, sollen auf den Ertragswert als allgemeinen Bewertungsmaßstab zurückgeführt werden. Was unter diesem zu verstehen ist, und wie er in der Praxis ermittelt werden kann, soll in diesem Abschnitt näher dargestellt werden. Die Erörterung ist dabei zweigeteilt: In einem ersten Teil wird das „volle", vom Verfasser präferierte grundsätzliche Bewertungsmodell zur Ermittlung des Ertragswerts erläutert, das auf der betriebswirtschaftlichen Kapitalwertrechnung beruht. Bewertungsziel ist dabei der Ertragswert als jener Wert, den ein sorgfältiger geschäftsführender Gesellschafter der Leistung zugemessen hätte – entsprechend dem objektiven Drittvergleich. Das „volle" Bewertungsmodell ist leistungsfähig, und grundsätzlich geeignet alle wertverändernden Umstände zu berücksichtigen, die ein sorgfältiger Unternehmer berücksichtigt hätte. Damit geht aber notwendigerweise eine vergleichsweise hohe Komplexität der Bewertung und damit verbunden auch eine höhere Fehleranfälligkeit einher.

In den allermeisten Fällen ist der Wert einer Leistung auch aus Gesellschaftssicht aber nichts anderes als der Marktwert der Leistung; zumindest können meist keine davon abweichenden, wertverändernden Umstände nachgewiesen werden. In diesen Fällen wäre

eine Berechnung des Ertragswerts mithilfe der Kapitalwertrechnung nichts anderes, als „mit Kanonen auf Spatzen zu schießen“. Es würde die Komplexität der Bewertung unnötigerweise erhöhen und neue Fehlerquellen einführen. In diesen Fällen kann und soll der Ertragswert *auf Tatsachenebene* mit einfacheren Mitteln ermittelt werden. In einem zweiten Teil (unten II.D.7.c. [97]) sollen deshalb Fallgruppen für die (in der Praxis weit überwiegenden) Fälle gebildet werden, in denen eine gesonderte Bewertung gesellschaftsspezifischer Umstände überflüssig ist, weil der Wert der Leistung für die Gesellschaft von vornherein ihrem Marktwert (oder einem anderen verhältnismäßig einfach ermittelbaren Wertbegriff) entspricht.

b. Grundmodell dynamische Investitionsrechnung

i. Allgemeines

Trivial ist die Bewertung einer Bargeldsumme. Sonstige Vermögensveränderungen müssen dagegen erst bewertet, das heißt in einen Geldwert „übersetzt“ werden.[330] Entscheidendes Kriterium zur Determinierung des Gesellschaftsnutzens ist dabei mE, welcher Wert der Leistung von einem sorgfältigen Unternehmer zugemessen worden wäre (oben II.D.6. [64]). Dieses Bewertungsziel lässt sich durch die Testfrage abbilden, wie hoch ein alternativer Bargeldtransfer hätte ausfallen müssen, damit für einen sorgfältigen geschäftsführenden Gesellschafter beide Leistungen gleichwertig gewesen wären, also Indifferenz bestanden hätte (oben II.D.6.b. [65]).

Betriebswirtschaftlich lässt sich die Frage nach dem Gesellschaftsnutzen durch die *dynamische Investitionsrechnung*[331] operationalisieren. Zu den in Betracht kommenden Verfahren zählt dabei vor allem die Kapitalwertrechnung. Deren Zweck ist es, abzuschätzen, ob eine bestimmte unternehmerische Entscheidung insgesamt einen positiven Rückfluss generieren wird. Sie soll so den Unternehmer bei Investitionsentscheidungen unterstützen. Die dynamische Investitionsrechnung basiert auf einer Schätzung der erwarteten zukünftigen Zahlungsströme, die mit dem zu bewertenden Ereignis kausal (*conditio sine qua non*) verknüpft sind.[332] Gefragt wird, inwieweit durch das zu bewertende Ereignis die zukünftigen Zahlungsein- und -ausgänge im Unternehmen verändert werden. Derart können direkt wie

330 Vgl *Bachl* in *Leitner*, Handbuch[2] 265.
331 Vgl zum Begriff *Becker/Lutz/Back*, Kompaktlexikon Rechnungswesen[3] 117; *Kruschwitz*, Investitionsrechnung[13] 29 ff.
332 Vgl *Bachl* in *Leitner*, Handbuch[2] 266.

indirekt generierte Zahlungsflüsse, also zB auch zukünftig erwartete Umsatzzuwächse, berücksichtigt werden. In einem ersten Schritt sind jene Zahlungsströme zu ermitteln, die *ex ante* im relevanten Bewertungszeitpunkt (im Regelfall der Leistungszeitpunkt, s dazu näher unten II.F. [175]) aufgrund der zu bewertenden Leistung erwartet werden konnten. Die Leistungsbewertung ist insofern notwendigerweise zukunftsbezogen.[333] Die Schätzung zukünftiger Entwicklungen ist notwendig, um alle wertbildenden Faktoren berücksichtigen zu können, die ein sorgfältiger Geschäftsleiter seiner Entscheidung über die Durchführung des Geschäfts zugrunde gelegt hätte.

> **Beispiel:** Die KG verkauft von ihr produzierte Ware um 100 an den Kommanditisten. Mit dem Geschäft ist aufgrund der Kaufpreiszahlung durch den Kommanditisten zunächst ein positiver Zahlungsfluss in Höhe von 100 verbunden. Angenommen, *ohne* den Verkauf an den Kommanditisten wäre aber zu erwarten gewesen, dass ein alternatives Geschäft mit einem Dritten um 150 zustande gekommen wäre. Kausal wäre mit dem Geschäft daher auch der Entgang eines andernfalls zu erwartenden Zahlungseingangs in Höhe von 150 verbunden. Der *Entgang eines positiven* Zahlungsflusses ist als *negativer* Zahlungsfluss in die Kapitalwertrechnung aufzunehmen. Insgesamt ist mit dem Geschäft für die Gesellschaft daher zwar ein positiver Zahlungsfluss von 100, aber auch ein negativer Zahlungsfluss von 150 *conditio sine qua non* verknüpft. Netto weist das Verkaufsgeschäft an den Kommanditisten daher einen negativen Wert von 50 für die Gesellschaft auf.

> **Beispiel:** Eine KG verkauft betriebsnotwendige Maschinen zum Marktwert (1.000) an den Kommanditisten. Sie kann die Geräte erst zwei Monate später nachbeschaffen, ebenfalls um 1.000. In der Zwischenzeit muss die Produktion eingeschränkt werden. Ohne das Geschäft hätte die Gesellschaft in diesem Zeitraum Waren im Wert von 500 produzieren und verkaufen können. Aufgrund der Produktionsbeschränkung können immerhin auch variable Kosten in Höhe von 200 eingespart werden. Insgesamt sind mit dem Verkauf der Maschinen an den Kommanditisten daher folgende Zahlungsflüsse verbunden: Ein positiver Zahlungsfluss von 1.000 aus dem Verkauf an den Kommanditisten. Ein negativer Zahlungsfluss in Höhe von 500 aus den entgangenen Verkäufen. Ein positiver Zahlungsfluss in Höhe von 200 aus den ersparten variablen Kosten. Ein negativer Zahlungsfluss in Höhe von 1.000 aus der Wiederbeschaffung der Maschinen. Netto ergibt sich daraus ein negativer Zahlungsfluss in Höhe von 300.

Ausgangspunkt und wichtigster erwarteter Zahlungsstrom ist dabei in der Regel der Marktwert der zu bewertenden Leistung (s zur Operationalisierung des Marktwerts als zu erwartendem Zahlungsstrom im Einzelnen noch unten II.D.7.c.i. [98]). Denn auch der Marktwert eines Gutes ist als potentieller (zukünftiger) Zahlungsfluss zu berücksichtigen, soweit ein sorgfältiger Geschäftsleiter das Bewertungsobjekt an einen Dritten verkauft bzw

---

[333] Vgl *Knobbe-Keuk*, ZGR 1980, 214 (219); *Döllerer* in FS Fleck 35 (38).

eine gleichartige Sache am Markt angeschafft hätte. So richtet sich zB der Wert eines eingelegten Gemäldes, das die Gesellschaft nicht selbst verwenden kann, sondern verkaufen wird, nach dem erwarteten (zukünftigen) Verkaufserlös.

Der Marktwert berücksichtigt freilich keine allfälligen gesellschaftsspezifischen, den Leistungswert aus Gesellschaftssicht verändernden Umstände. Auch sonstige Umstände können aber grundsätzlich wertbildender Bestandteil des Ertragswerts sein. Im Rahmen der Planungsrechnung sind auch alle sonstigen feststellbaren Vor- und Nachteile zu berücksichtigen, aufgrund derer mit einem Zahlungsfluss gerechnet werden konnte. Das gilt auch für mittelbare Vor- und Nachteile[334] (zB: höhere Kosten für Risikomanagement und Kapitalbeschaffung, wenn die Gesellschaft in Vorleistung gehen muss). Im Rahmen der Kapitalwertrechnung können so prinzipiell alle wertbildenden Umstände einer Leistung als erwarteter zukünftiger Zahlungsfluss modelliert werden.

> **Beispiel:** Kommanditist und Gesellschaft schließen einen Kaufvertrag über eine Liegenschaft ab. Der Marktwert der Liegenschaft beträgt 1.000, die Gesellschaft bezahlt aber 1.300. Grundsätzlich liegt ein objektives Missverhältnis in Höhe von 300 vor, sodass die Haftung des Kommanditisten nun um 300 aufleben müsste. Der Kommanditist behauptet aber, dass das Geschäft betrieblich gerechtfertigt war: Für das von der Gesellschaft konkret betriebene Unternehmen habe die Liegenschaft spezifische Vorteile gehabt (Lage, Infrastrukturanbindung etc), für die ein sorgfältiger Unternehmensleiter der KG einen 300 über dem Marktpreis liegenden Preis zu zahlen bereit gewesen wäre. Um diese Behauptung zu belegen, wäre mE zunächst der Nachweis erforderlich, inwieweit tatsächlich damit zu rechnen war, dass die KG aufgrund der Anschaffung des Grundstücks vom Kommanditisten zukünftig Mehrerlöse erzielen würde bzw dass ihr zukünftige Aufwendungen erspart bleiben würden – jeweils im Vergleich zur Anschaffung eines alternativ verfügbaren Grundstücks um 1.000. Der Kommanditist könnte zB nachweisen, dass die Gesellschaft aus der Liegenschaft des Kommanditisten (im Vergleich zu anderen verfügbaren Liegenschaften mit einem Marktwert von 1.000) pro Jahr zusätzliche Erlöse von 30 hätte generieren können. In einem nächsten Schritt wäre dann festzustellen, welchen Betrag ein sorgfältiger geschäftsführender Komplementär bereit gewesen wäre, für eine erwartete ewige Rente von 30 pro Jahr zu bezahlen. Wenn sich dabei eine Zahlung von zumindest 300 als angemessen erweisen sollte, wäre dann auch der Kaufpreis von 1.300 (statt dem Marktwert von 1.000) gerechtfertigt gewesen.
>
> **Variante:** Entsprechendes gilt, wenn der Kommanditist das Grundstück nicht an die Gesellschaft verkauft, sondern als Einlage eingebracht hat. In diesem Fall würde er grundsätzlich nur mit dem Marktwert (1.000) von seiner Außenhaftung frei – es sei denn, ihm gelingt der Beweis, dass der Grundstückswert für die Gesellschaft über ihrem Marktwert lag. Zum Beleg wäre mE wiederum ein

[334] Vgl *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 52 Rz 25; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] § 52 Rz 11: auch „sonstige Vorteile"; s auch oben Fn 371.

Nachweis über die zukünftig erwarteten Erlössteigerungen bzw die Ersparnis von Aufwendungen erforderlich.

Der Wert eines Zahlungsflusses für die Gesellschaft ist dabei nicht nur von dessen erwarteter Höhe abhängig, sondern auch vom erwarteten Zeitpunkt des Eintritts. Bei der Bewertung müssen nämlich periodenfremde Zahlungsströme vergleichbar gemacht werden. Dazu wird bei der Kapitalwertrechnung die Zinseszinsrechnung angewendet: Die erwarteten zukünftigen Zahlungsflüsse werden auf den relevanten Bewertungszeitpunkt abgezinst bzw diskontiert, um den Barwert zukünftiger Zahlungsflüsse als deren gegenwärtigem Nutzungsäquivalent zu ermitteln.[335] Der Zeitpunkt, für den der Barwert einer Leistung zu ermitteln ist, ist dabei grundsätzlich der Zeitpunkt der zu bewertenden Leistung.[336]

In der Regel hat der frühere Zahlungsfluss für Unternehmer einen höheren Wert, was sich darin zeigt, dass in der Praxis bei Kreditgeschäften meist (zumindest nominal) positive Kapitalzinssätze vereinbart werden. Daher wird auch der Diskontierung in der Praxis ein positiver Zinssatz zugrunde gelegt, sodass spätere Zahlungsströme nur mit einem geringeren Gewicht in die Kapitalwertrechnung Eingang finden als frühere Zahlungsströme.[337] Der Diskontierungszinssatz ergibt sich dabei nach allgemeiner betriebswirtschaftlicher Ansicht grundsätzlich aus den Finanzierungskosten der Gesellschaft[338] bzw auch aus Kapitalmarktdaten[339]. Der Kapitalwert eines zu bewertenden Ereignisses ergibt sich schließlich aus der Summe der diskontierten, zukünftigen, kausal durch das zu bewertende Ereignis bedingten Zahlungsströme.

Beispiel: Eine KG erhält von ihrem Kommanditisten ein Vermögensgut als Einlage, das sie in einem Jahr um 105 an einen Dritten verkaufen soll. Um den Wert der Einlage im Einbringungszeitpunkt zu ermitteln, muss daher der Barwert eines Zahlungsstroms von 105 in einem Jahr berechnet werden. Angenommen, der anzuwendende Diskontierungszinssatz liegt bei 5% pro Jahr. Der gesuchte Barwert beträgt dann 100: 105 [zu bewertender Zahlungsstrom] * (100/105) [Abzinsungsfaktor]. Wenn die Gesellschaft darüber hinaus noch für das erste Jahr eine Miete von 10 einheben kann, die auch sofort

---

335 Die einperiodig konzipierten, statischen Investitionsrechnungsverfahren sind nach hM aufgrund ihrer Trivialität für „bedeutende Investitionen" dagegen nicht heranzuziehen: vgl *Poggensee*, Investitionsrechnung[2] 38; ähnl *Kruschwitz*, Investitionsrechnung[13] 29, der anders als noch in der 12. Auflage, deshalb überhaupt auf die Darstellung der statischen Investitionsrechnung verzichtet, weil sie richtigerweise ohnedies niemand mehr benutze.

336 Genauer gesagt ist der Wert von Leistungen iSd §§ 171 f UGB auf jenen Zeitpunkt abzuzinsen, in dem die Leistung haftungswirksam wird, also die Haftung des Kommanditisten ausschließt bzw aufleben lässt. S zur Determinierung dieses Zeitpunkts noch näher unten II.E. [116].

337 Vgl § 14 Abs 3 IO, wonach betagte Insolvenzforderungen abzuzinsen sind.

338 S im Detail *Kruschwitz*, Investitionsrechnung[13] 82 ff.

339 *Bachl* in *Leitner*, Handbuch[2] 266.

gezahlt wird (und nicht erst im Laufe des Jahres), ergibt sich daraus ein Gesamtkapitalwert von 110: 10 [Miete] + 105 [Verkaufspreis] * (100/105) [Abzinsungsfaktor].

ii. Relevante Informationsgrundlage

Welche Zahlungsflüsse der Bewertung zugrunde zu legen sind, hängt maßgeblich davon ab, auf Grundlage welcher Informationen die Bewertung durchzuführen ist. Nicht alle im Zeitpunkt einer gerichtlichen Wertfeststellung verfügbaren Informationen sind dabei auch bewertungsrelevant.

> **Beispiel:** Ein Kommanditist bringt ein Auto mit Wiederbeschaffungswert 10.000 *quoad dominium* in die Gesellschaft ein. Einen Monat später verschuldet ein Mitarbeiter der KG einen Unfall. Das Auto erleidet einen Totalschaden, Versicherungsschutz besteht keiner. *Ex post* wurde die Einlage des Kommanditisten wertlos. Der Kommanditist wurde aber bereits im Zeitpunkt der Einlagenleistung von seiner Außenhaftung frei, und zwar mit dem Wert seiner Einlage in diesem Zeitpunkt (10.000). Folgende Verluste sind ihm ebenso wenig zurechenbar (vgl § 172 Abs 3 S 2 UGB) wie spätere Wertsteigerungen. Die *ex post* bekannte Information, dass das Auto einen Totalschaden erleiden würde, ist beim Gerichtsverfahren daher nicht zu berücksichtigen.

Vielmehr kommt es auf die im relevanten Bewertungszeitpunkt verfügbaren Informationen an. Siehe zur rechtlichen Determinierung des Bewertungszeitpunkts näher unten II.F. [175]. Bei Drittgeschäften ist relevanter Bewertungszeitpunkt grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.[340] Bei der haftungsbefreienden Einlagenleistung kommt es dagegen nicht auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschaftsvertrags, sondern auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Leistung der Einlage.[341] Irrelevant ist hingegen, welche Zahlungsflüsse später tatsächlich eingetreten sind.[342] Ausschlaggebend sind allein die im relevanten Bewertungszeitpunkt aufgrund der damals verfügbaren Informationen erwarteten Zahlungsflüsse, weil es nur insofern *durch das zu bewertende Ereignis* schon zu einer Vermögensveränderung kam.

> **Beispiel:** Der Kommanditist legt ein Lotterielos vor der Ziehung in die Gesellschaft ein. Der Wert des Loses richtet sich nach dem erwarteten, durchschnittlichen Gewinn. In dieser Höhe wird der Kommanditist mE von seiner Außenhaftung frei. Ob das Los bei der Ziehung dann tatsächlich gewinnt, ist dagegen irrelevant.

---

340 *Eckert* in *U. Torggler*, UGB² § 172 Rz 3; s näher unten II.F.3.b. [179].

341 OGH 2 Ob 517/88 GesRZ 1989, 38 [zust *Ostheim*]; BGH II ZR 269/84 BGHZ 95, 188 (195); s näher unten II.F.3.a. [177] mwN.

342 *Wünsch*, GesRZ 1978, 51 (54); *K. Schmidt*, ZGR 2012, 566 (574); *Eckert* in *U. Torggler*, UGB² § 171 Rz 8; vgl auch *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I⁴ § 171 Rz 11.

Auch der Planungsrechnung sind nur die wertbildenden Informationen im relevanten Bewertungszeitpunkt zugrunde zu legen (Bewertung *ex ante*). Genauer gesagt kommt es bei der Prüfung von Drittgeschäften nach der grundsätzlich zutreffenden hM des Kapitalgesellschaftsrechts (nur) auf jene Informationen an, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auch der Gesellschaft bekannt waren oder zumindest hätten bekannt sein müssen.[343] Das gilt mE auch für sonstige Fälle der Leistung und Rückgewähr der Einlage iSd § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB: Der Bewertung sind grundsätzlich nur jene Informationen zugrunde zu legen, die die KG (bzw ihr[e] geschäftsführender/n Komplementär[e]) im relevanten Bewertungszeitpunkt (unten II.F. [175]) tatsächlich kannte oder zumindest hätte kennen müssen. Der Kreis der Informationen, den der sorgfältige geschäftsführende Komplementär im Innenverhältnis kennen hätte müssen (§ 114 Abs 1 UGB, vgl auch § 25 Abs 1a GmbHG[344]), ist dabei mE durchaus auch zur Bestimmung der für die Bewertung gem § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB relevanten Informationen tauglich. Denn gesucht ist der Leistungswert für den maßgerechten geschäftsführenden Gesellschafter, dessen hypothetisches Wissen sich mit den Anforderungen im Innenverhältnis deckt. Auch bei der Bewertung einer Sacheinlage kommt es mE darauf an, welchen Wert ein sorgfältiger Komplementär der Einlage beigemessen hätte; auch dafür kommt es (nur) auf die Informationen an, die der Komplementär kannte, bzw kennen hätte müssen.

Dem Kommanditisten selbst bekannte Informationen sind mE außerdem jedenfalls dann bei der Bewertung zu berücksichtigen, wenn sie sich bei der Bewertung für ihn nachteilig auswirken, also den Wert seiner Einlage vermindern oder den Wert einer Gesellschaftsleistung erhöhen.[345] Denn der Kommanditist ist insofern nicht schutzwürdig.

> **Beispiel:** Der Kommanditist legt ein Auto als Sacheinlage ein, das über einen versteckten Motorenmangel verfügt. Dem Komplementär fällt der Mangel trotz sorgfältiger Begutachtung des Wagens nicht auf. Ob der Mangel bei der Bewertung der Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB zu berücksichtigen ist, hängt in diesem Fall mE davon ab, ob der Kommanditist selbst den Mangel gekannt hat.
>
> **Beispiel:** Der Kommanditist kauft der Gesellschaft eine Liegenschaft um 10.000 ab. Weil die Liegenschaft Ölvorkommen aufweist, beträgt ihr wahrer Wert aber 30.000. Der Kommanditist weiß um

---

343 Vgl *Krejci*, wbl 1993, 269 (275); *M. Karollus* in *Leitner*, Handbuch[2] 1 (65); *Doralt/Winner* in MüKo AktG[3] § 57 Rz 273; *U. Torggler/H. Torggler* in FS Jud 723 (728); *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] § 52 Rz 12; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] (2012) § 52 Rz 29.

344 Eine analoge Anwendung des die *business judgment rule* positivierenden § 25 Abs 1a GmbHG auf Sorgfaltspflichten bei der Geschäftsführung in den Personengesellschaften wurde jüngst von *Schopper/Walch*, NZ 2016, 163 (177 f) bejaht.

345 Vgl auch *Bayer* in MüKo AktG[3] § 57 Rz 45.

diesen Umstand – die übrigen Gesellschafter aber nicht. Der Prüfung des Liegenschaftskaufs auf eine verdeckte Einlagenrückgewähr gem § 172 Abs 3 UGB ist alleine aufgrund des Wissens des Kommanditisten mE der wahre Wert von 30.000 zugrunde zu legen.

Beispiel: Der Kommanditist legt ein Lotterielos in die Gesellschaft ein, *nachdem* die Ziehung stattgefunden hat. Das Ergebnis der Ziehung ist der Bewertung mE zugrunde zu legen, wenn der Kommanditist oder der geschäftsführende Komplementär das Ergebnis der Ziehung zu diesem Zeitpunkt schon kannten, oder aber wenn der geschäftsführende Komplementär das Ergebnis der Ziehung zumindest hätte kennen müssen.

Die Planungsrechnung setzt dabei grundsätzlich hypothetische Kausalverläufe voraus: Welche Erträge hätte die Gesellschaft beispielsweise aus einer Sache ziehen können, wenn sie diese nicht an den Kommanditisten verkauft hätte? Als hypothetischer Kausalverlauf ist bei der Bewertung mE grundsätzlich zu unterstellen, dass der Komplementär die Sache alternativ nach sorgfältigem Ermessen bei der Gesellschaft eingesetzt bzw auch an einen Dritten verkauft hätte. Allgemein ist bei der Ermittlung der erwarteten Zahlungsflüsse sowie bei der Ermittlung des Diskontierungszinssatzes grundsätzlich zu unterstellen, dass die Gesellschaft ihre Ressourcen nach unternehmerischen Grundsätzen einsetzen wird.

iii. Einzelfälle

ISd §§ 171 f UGB bewertungsrelevant können demnach auch unsichere Vor- und Nachteile für die Gesellschaft sein, sofern diese aus Gesellschaftssicht über einen *ex ante* feststellbaren Wert verfügen. Dies setzt nach dem Gesagten voraus, dass auf Grundlage der im relevanten Bewertungszeitpunkt (unten II.F. [175]) verfügbaren Informationen mit einem durchschnittlich erwarteten, zukünftigen Zahlungsfluss für die Gesellschaft gerechnet werden konnte.

Als Sacheinlage in Frage kommen daher insbesondere auch Dienstleistungen. Soweit die Gesellschaft Dienstleistungen ansonsten selbst am Markt nachgefragt hätte, entspricht der Gesellschaftsvorteil aus ihrer Erbringung durch den Kommanditisten dabei grundsätzlich den ersparten Aufwendungen, die bei einer Beschaffung über den Markt ansonsten entstanden wären (s dazu im Einzelnen unten II.D.7.c.i. [98]). Dementsprechend ist auch die Tätigkeit des Kommanditisten als Geschäftsführer mE zur Haftungsbefreiung grundsätzlich tauglich.[346]

[346] Dafür spricht auch, dass die KG durch die Geschäftsführung eines Kommanditisten tatsächlich einen Mehrwert im Vergleich zur dispositiven Rechtslage erhalten kann, weil Kommanditisten dispositiv ja von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind (§ 164 UGB). Voraussetzung ist zwar nicht die *ex post*

Durch die Leistung von Diensten als Sacheinlage wird der Kommanditist mE aber bloß *pro rata temporis* von seiner Außenhaftung frei, sobald und soweit er die geschuldeten Dienstleistungen tatsächlich erbracht hat; das folgt mE daraus, dass der Kommanditist schon im Allgemeinen nicht von seiner Außenhaftung frei wird, sobald er der Gesellschaft eine Leistung schuldet, sondern erst, sobald er die geschuldete Leistung auch tatsächlich erbracht hat (s näher unten II.E.2.b. [118]).

Auch die Überlassung immaterieller Rechte aller Art inkl der Überlassung von Knowhow oder Kundenstöcken ist mE grundsätzlich zur Haftungsbefreiung tauglich – der Kommanditist muss freilich einen *ex ante* erwarteten Nutzen belegen können; das wird bei derartigen Leistungen in der Praxis wohl oft schwerfallen[347]. Zur Haftungsbefreiung ist mE weiters erforderlich, dass die Leistung des Kommanditisten auch gesellschaftsvertraglich als Leistung der (haftungsbefreienden oder Pflicht-)Einlage vereinbart war bzw dass der Gesellschaft zumindest bilanzielles Eigenkapital zugeführt werden sollte (s dazu näher unten III. [210]). Hat der Kommanditist der Gesellschaft bloß informell Vorteile zugeführt, wird eine Haftungsbefreiung des Kommanditisten meist schon an letzterem Erfordernis scheitern, sodass eine gerichtliche Bewertung nicht erforderlich ist.

> **Beispiel:** Der Kommanditist überlässt seinen Privatwagen zur Nutzung durch Arbeitnehmer der KG. Mit den übrigen Gesellschaftern ist dies nicht abgesprochen. Die KFZ-Überlassung ist im Innenverhältnis schon aus diesem Grund nicht als Leistung der Einlage anzusehen. Auch im Außenverhältnis wird der Kommanditist nicht von seiner Außenhaftung frei, weil er sein Auto der Gesellschaft nicht *als Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB* überlassen hat. Allenfalls ist denkbar, dass der Kommanditist für die KFZ-Überlassung einen Aufwandsersatzanspruch erworben hat. Ist der Ersatzanspruch werthaltig (unten V. [271]) und rechnet der Kommanditist diesen mit seiner Pflichteinlage auf, wird er dadurch auch gem § 171 Abs 1 UGB von seiner Außenhaftung frei.

Auch bei der Zession von Forderungen gegen einen Drittschuldner kommt es auf den wirtschaftlichen Wert der übertragenen Forderung an – und zwar nach hier vertretener Ansicht ausschließlich auf den Wert aus Gesellschaftssicht. Das gilt sowohl, wenn die Gesellschaft eine Forderung an den Kommanditisten überträgt als auch im umgekehrten Fall, wenn der Kommanditist eine Forderung auf die Gesellschaft überträgt. Für den Forderungswert für die KG ist neben der Bonität des Drittschuldners[348] entscheidend, welche

---

erfolgreiche, aber doch die *ex ante* im Zeitpunkt der Erbringung (unten II.E.2.b.iii. [124]) erfolgversprechende Tätigkeit.

347 So zum Knowhow *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 43.

348 Für alle *Potsch* 156.

Einwendungen der Dritte *gegen die Gesellschaft* geltend machen kann. Ob die Einwendungen (gegen die Gesellschaft) in der übertragenen Forderung oder in der Person der KG begründet sind, ist dagegen mE grundsätzlich genauso irrelevant[349] wie Vorliegen und Ausmaß von Einwendungen des Dritten gegen den Kommanditisten.[350]

> **Beispiel:** Der Kommanditist zediert eine eigene Forderung mit Nennwert 100 auf die KG. Die KG kann die Forderung aber nicht durchsetzen, weil der Drittschuldner über ein Zurückbehaltungsrecht gegen die Gesellschaft verfügt. Das Zurückbehaltungsrecht verringert den Forderungswert aus Gesellschaftssicht, und ist bei der Bewertung entsprechend zu berücksichtigen. Wenn die Gesellschaft die Forderung beispielsweise voraussichtlich erst in einem Jahr geltend machen kann, sind vom Wert der Forderung angemessene Zinsen für diesen Zeitraum abzuziehen.

c. Vereinfachungsmöglichkeiten durch Einsatz alternativer Methoden

Anstelle der Investitionsrechnung können zur Abbildung des Gesellschaftsnutzens oftmals auch andere, mitunter simplere Bewertungsmethoden herangezogen werden. In der gutachterlichen Praxis werden insb die Verrechnungspreismethoden aus dem Konzernsteuerrecht[351] (insb OECD-Verrechnungspreisleitlinien[352], Verrechnungspreisrichtlinien 2010 des BMF[353]) für die Prüfung der Drittvergleichsfähigkeit von Verkehrsgeschäften herangezogen.[354]

Auch beim Einsatz alternativer Methoden ist auf eine strikte *ex-ante*-Betrachtung zu achten; s zu den berücksichtigungsfähigen Informationen soeben II.D.7.b.ii. [93]. Den Alternativmethoden fehlt aber der Universalcharakter der dynamischen Investitionsrechnung, sodass bewertungsrelevante Umstände, die außerhalb dieser Methoden liegen, bei der Bewertung gesondert berücksichtigt werden müssen. Die Auswahl des für den konkreten Fall passenden betriebswirtschaftlichen Verfahrens aus den im Hinblick auf den

---

349 Abw *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 9: Einwendungen, die in der Person der KG begründet sind, seien bei der Bewertung außer Acht zu lassen.

350 Vgl auch *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 63.

351 S zum Verhältnis von gesellschafts- und steuerrechtlicher Gewinnermittlung ausf *Hügel* in *Kalss/U. Torggler*, Einlagenrückgewähr 19 (32 ff).

352 OECD-Verrechnungspreisleitlinien für multinationale Unternehmen und Steuerverwaltungen 2010, online verfügbar unter http://dx.doi.org/10.1787/9789264125483-de (abgerufen am 28.8.2016), nachfolgend „OECD-Verrechnungspreisleitlinien 2010".

353 Richtlinie des BMF vom 28.10.2010, BMF-010221/2522-IV/4/2010, nachfolgend „VPR 2010"; s auch § 6 Z 6 EStG, § 8 Abs 2 KStG.

354 Vgl OGH 6 Ob 153/12m GES 2013, 16.

Bewertungsmaßstab grundsätzlich geeigneten Verfahren obliegt dabei nach der Rechtsprechung des OGH dem Sachverständigen.[355]

i. Bewertung bei vorhandenem Marktpreis

i.1. Überblick

In diesem Abschnitt soll erörtert werden, inwieweit sich der Wert einer Leistung für das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen aus dem Marktwert der Leistung gewinnen lässt. Soweit die zu bewertende Leistung über einen Marktpreis verfügt, entspricht der Leistungswert für die Gesellschaft nämlich meist zumindest näherungsweise ihrem Marktwert.

In diesem Abschnitt sollen sogleich unter i.2. [98] zunächst die kausalen Gründe erörtert werden, aufgrund derer der Marktwert einer Leistung in der Regel ihrem Ertragswert für die Gesellschaft zumindest annähernd entspricht. Anschließend soll davon ausgehend erörtert werden, unter welchen Bedingungen der Wert einer Leistung für das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen vom Marktwert abweichen kann. S zur Ermittlung des Marktpreises im Folgenden unter i.4. [111]; s zu Alternativen zur Kapitalwertrechnung in Fällen, in denen kein Marktpreis feststellbar ist, unten II.D.7.c.ii. [112].

i.2. Marktwert indiziert Gesellschaftsnutzen

Warum ist davon auszugehen, dass der Ertragswert einer Leistung für die Gesellschaft in der Regel zumindest näherungsweise auch ihrem Marktwert entspricht? Dies ergibt sich aus der tatsächlichen Möglichkeit der Gesellschaft, am Markt gehandelte Güter zum Marktpreis anzuschaffen bzw zu veräußern; zur Illustrierung sollen im folgenden verschiedene Fallgruppen dargestellt werden:

i.2.1. bei Leistungen des Kommanditisten an die Gesellschaft

Betrachtet werden soll zunächst der Fall, dass der Kommanditist *eine am freien Markt erhältliche Sache in die Gesellschaft eingebracht hat*. Die Gesellschaft steht nun vor der Wahl, die eingebrachte Sache im eigenen Unternehmen zu nutzen oder sie weiterzuveräußern. Behält die Gesellschaft die Sache, wird sie diese (bei Anlagegütern) in ihrem Vermögen halten bzw (bei Verbrauchsgütern) verbrauchen. Eine nach

[355] RIS-Justiz RS0119439 mit OGH 6 Ob 153/12m GES 2013, 16.

unternehmerischen Grundsätzen handelnde Gesellschaft – und von einer solchen Gesellschaft ist mE bei der Bewertung auszugehen (oben II.D.7.b.ii. [93] aE) – wird die Entscheidung über die Weiterveräußerung oder Eigennutzung der Sache danach treffen, mit welcher Alternative für sie ein höherer Nutzen verbunden ist:

- Entscheidet sich die KG zum Verkauf der Sache, wird sie dabei grundsätzlich den Weiterveräußerungswert der Sache erlösen können. Der Weiterveräußerungswert entspricht dabei dem Marktwert der Sache abzüglich mit dem Verkauf verbundener Nebenkosten. Insofern repräsentiert der Weiterveräußerungswert einer vom Kommanditisten geleisteten Sache auch die Untergrenze für ihren Wert für die Gesellschaft.[356] Entspricht bei einem Drittgeschäft der von der Gesellschaft bezahlte Kaufpreis dem Marktpreis, so spricht dies insofern für die Nützlichkeit des Geschäfts für die Gesellschaft.[357]
- Entscheidet sich die KG dagegen für die Eigennutzung der Sache, wird sie aus der Sachnutzung möglicherweise Zahlungsflüsse generieren können, die weit über ihren Marktwert hinausgehen. Es ist aber davon auszugehen, dass die KG Güter, deren Nutzungswert (für die KG) signifikant ihren Marktwert überschreiten, andernfalls selbst am Markt beschafft hätte. Durch die Einbringung einer Sache werden der Gesellschaft insofern (bloß) die Aufwendungen erspart, die mit einer eigenen Besorgung der Sache durch die Gesellschaft am Markt verbunden gewesen wären. Darüber hinaus von der Gesellschaft durch die eigene Sachnutzung erzielte Erträge sind dagegen *nicht conditio sine qua non* mit der Einlagenleistung durch den Kommanditisten verknüpft, weil und soweit sie auch entstanden wären, wenn die Gesellschaft alternativ eine gleichwertige Sache von Dritten beschafft hätte. Auch wenn die KG selbst nicht über die finanziellen Möglichkeiten verfügt hätte, um einen Ankauf am freien Markt durchzuführen, entspricht der Nutzungswert einer Sacheinlage iSd § 171 Abs 1 UGB bloß ihrem Wiederbeschaffungswert. Denn gesucht ist rechtlich die Höhe eines alternativen Bargeldtransfers, der für die Gesellschaft im Vergleich zur zu bewertenden Sachleistung gleichwertig gewesen wäre. Gleichwertig wäre für die Gesellschaft diesfalls aber eine Barleistung gewesen, die die Gesellschaft in die Lage versetzt hätte, eine gleichartige Sache am Markt zu beschaffen.

356 Vgl *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 56.
357 Vgl *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 52 Rz 24.

Beispiel: Eine KG betreibt einen Bauernhof, verfügt aber über keinen Traktor. Ein Kommanditist bringt nun einen Traktor ein, wodurch sich die Produktivität des Bauernhofs verdreifacht. Der Wert der Produktivitätssteigerung geht weit über den Marktwert des Traktors hinaus. Trotzdem entspricht der Wert dieser Einlage bloß dem Wiederbeschaffungswert für einen gleichwertigen Traktor. Denn die Gesellschaft hätte dasselbe Ergebnis erzielen können, wenn sie stattdessen einen Barbetrag als Einlage erhalten hätte, mit dem sie selbst einen Traktor (zum Marktpreis) anschaffen hätte können.

Der Vorteil, den die Gesellschaft aus der Einbringung marktgängiger Güter durch den Kommanditisten zieht, entspricht daher auch bei wirtschaftlicher Betrachtung grundsätzlich höchstens ihrem Wiederbeschaffungswert.[358] Der Wiederbeschaffungswert ist dabei nichts anderes als der Marktwert zuzüglich der mit einem Ankauf verbundenen Nebenkosten. Auch wenn der Kommanditist eine Dienstleistung als Einlage erbringt, die die Gesellschaft ansonsten von Dritten beschaffen hätte können, liegt der Gesellschaftsvorteil höchstens in den ersparten Aufwendungen.[359] Liegt der von der Gesellschaft bei einem Drittgeschäft gezahlte Beschaffungspreis über dem Marktpreis, liegt umgekehrt auch eine verdeckte Einlagenrückgewähr vor, wenn nicht ausnahmsweise besondere Umstände den höheren Preis aus Sicht der Gesellschaft rechtfertigen.[360]

Zusammenfassend ist der Wert einer Sachleistung des Kommanditisten für die Gesellschaft daher grundsätzlich nach unten mit deren Weiterveräußerungswert, und nach oben mit ihrem Wiederbeschaffungswert begrenzt. Beide Wertbegriffe kommen dem Marktpreis aber in den meisten Fällen nahe oder lassen sich zumindest durch Zu- und Abschläge zum Marktpreis schätzen.

i.2.2. bei Leistungen der Gesellschaft an den Kommanditisten

Ganz ähnlich sind Fälle zu beurteilen, bei denen eine *Sachleistung der Gesellschaft an den Kommanditisten* zu bewerten ist. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein maßgerechter Komplementär Güter, die durch eine Leistung an den Kommanditisten aus dem Gesellschaftsvermögen ausgeschieden sind, am Markt zum Wiederbeschaffungswert nachbeschaffen wird, soweit die Güter für den Unternehmensbetrieb der Gesellschaft

---

358 Vgl idS OGH 6 Ob 110/12p GesRZ 2013, 38 [*U. Torggler*] Rz 2.7, wonach die Angemessenheit einer von einer GmbH bezahlten Miete daran zu messen ist, welche Kosten der Gesellschaft bei einer Miete von einem Dritten entstanden wären; *Potsch* 141; *Müßigbrodt*, Aufrechnung 18 f; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 56; auch *Bayer/Lieder*, ZIP 2008, 809 (810).

359 Vgl *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 42; auch schon *A. Mayer*, Haftung 48.

360 *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 52 Rz 24 f; *Bayer* in MüKo AktG[3] § 57 Rz 38; vgl *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] § 52 Rz 12; oben Fn 371.

erforderlich waren. Der Vermögensnachteil, den die Gesellschaft aus einer Leistung an den Kommanditisten zieht, ist deshalb nach oben im Allgemeinen mit dem Wiederbeschaffungswert der ausgekehrten Leistung begrenzt.[361]

Ihr unnütze Güter wird die KG nicht nachbeschaffen. Stattdessen hätte der maßgerechte Geschäftsleiter solche Sachen (anstelle einer Leistung an den Kommanditisten) an Dritte verkauft, um so den Einzelveräußerungswert der Sache zu lukrieren. Der Nachteil, den die Gesellschaft aus einer Leistung an den Kommanditisten hat, ist deshalb nach unten im Regelfall mit dem Einzelveräußerungswert der Leistung begrenzt.[362] Liegt der mit dem Gesellschafter erzielte Preis unter dem Marktpreis, liegt eine Einlagenrückgewähr also grundsätzlich schon dann vor, wenn und weil der Gesellschaft dadurch ein Geschäft mit einem Drittem zum Marktpreis entging (s zu diesem Fall noch unten i.3.2.3. [106]).[363]

Auch der wirtschaftliche Wert von Leistungen der Gesellschaft an den Kommanditisten entspricht für die Gesellschaft daher meist ihrem Marktwert; der Wert ist zusammenfassend nach unten grundsätzlich mit dem Einzelveräußerungswert begrenzt, nach oben mit dem Wiederbeschaffungswert.

i.2.3. Sonstiges

Die geschilderten Handlungsalternativen zeigen, *warum* der mit einer Leistung vom/an den Kommanditisten verbundene Vor- bzw Nachteil für die Gesellschaft in der Mehrzahl der Fälle dem Marktwert der Leistung entspricht. Denn in der Regel wäre entweder das relevante Alternativszenario anstelle einer Leistung im Verhältnis Gesellschaft – Kommanditist eine äquivalente Leistung im Verhältnis Gesellschaft – Markt gewesen; oder aber die tatsächliche Leistung vom/an den Kommanditisten wäre vom sorgfältigen Komplementär durch eine Wiederbeschaffung bzw Weiterveräußerung der Leistung ergänzt worden. Soweit bei einem Drittgeschäft vom Marktpreis zulasten der Gesellschaft abgewichen wurde, liegt daher in der Regel eine Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB

361 Vgl *Bayer* in MüKo AktG^3 § 57 Rz 33; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG^2 § 52 Rz 32.

362 Vgl *Bayer* in MüKo AktG^3 § 57 Rz 33; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG^2 § 52 Rz 32.

363 *Doralt/Winner* in MüKo AktG^3 (2008) § 57 Rz 271; vgl *Bayer* in MüKo AktG^3 § 57 Rz 38 f; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG^2 § 52 Rz 25; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG^5 § 52 Rz 12: Abweichung müsse durch betriebliche Interessen gerechtfertigt sein.

vor;[364] der Wert der vom Kommanditisten geleisteten Einlage liegt regelmäßig zwischen deren Weiterveräußerungswert und Wiederbeschaffungswert.

Beweisrechtlich indiziert der Marktpreis einer Leistung deshalb auch ihren Wert für die Gesellschaft. Es bleibt den Parteien überlassen, Umstände zu behaupten und zu beweisen, aus denen sich im konkreten Fall ein vom Marktpreis abweichender Wert für die Gesellschaft ergibt.[365] Das gilt insbesondere auch für die Beurteilung von Drittgeschäften: Wenn zwischen den Marktwerten der ausgetauschten Leistungen ein objektives Missverhältnis besteht, spricht die Vermutung auch gegen die Drittvergleichsfähigkeit des Geschäfts.[366] Der Kommanditist kann trotz objektivem Missverhältnisses aber den Gegenbeweis erbringen, dass der Vertrag tatsächlich im Gesellschaftsinteresse lag.[367]

Besondere Umstände, durch die der Leistungswert für die Gesellschaft vom Marktwert abweicht, können bei der Bewertung grundsätzlich mithilfe der Investitionsrechnung (oben II.D.7.b. [89]) gesondert berücksichtigt werden. Dem Marktwert der zu bewertenden Leistung sind die per Investitionsrechnung bewerteten Vor- und Nachteile zuzuschlagen, um den effektiven Leistungswert für die Gesellschaft zu bestimmen.[368]

> **Beispiel:** Die Gesellschaft verkauft betriebsnotwendige Maschinen an den Kommanditisten. Der bis zur nächstmöglichen Wiederbeschaffung der Maschinen entstehende Produktionsausfall ist zum Marktpreis zu addieren, um den tatsächlichen Wert der an den Kommanditisten geleisteten Maschinen für die Gesellschaft zu bestimmen. S für weitere Beispiele noch im Folgenden.

i.3. Fälle, in denen Marktwert, Wiederbeschaffungswert und Einzelveräußerungswert erheblich auseinanderfallen

Der Marktwert ist bei der Bewertung nur von eingeschränktem Nutzen, wenn Wiederbeschaffungs- und Einzelveräußerungswert erheblich voneinander abweichen. Mit dem Einzelveräußerungswert wird hier – dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechend – jener Wert bezeichnet, den die Gesellschaft bei einem *Verkauf* der Sache lukrieren hätte

---

364 *Köppl* in *U. Torggler*, GmbHG § 82 Rz 19; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 52 Rz 24; *Lutter* in KölnKomm AktG[2] § 57 Rz 17 f; *Hüffer/Koch*, AktG[12] § 57 Rz 10; *Bayer* in MüKo AktG[3] § 57 Rz 38; vgl auch *Krejci*, wbl 1993, 269 (276); *Koppensteiner* in *Kalss/U. Torggler*, Einlagenrückgewähr 59 (61).

365 Vgl OGH 6 Ob 110/12p GesRZ 2013, 38 [*U. Torggler*] Rz 2.6, wo es um den Nachweis ging, dass der Wert eines an eine GmbH vermieteten Grundstücks für die Gesellschafter über deren Marktpreis lag.

366 S zur GmbH OGH 6 Ob 271/05d JBl 2006, 388 [*Artmann*].

367 Vgl OGH ebd.

368 Vgl OGH 8 Ob 20/13v, GesRZ 2013, 286 Rz 4.2, wo der OGH die Würdigung des Erstgerichts betreffend die Berücksichtigung besonderer Eigenschaften eines von einer GmbH von ihrem Gesellschafter angemieteten Betriebsgebäudes zwecks Ermittlung des angemessenen Mietzinses akzeptierte.

können. Mit dem Wiederbeschaffungswert wird dagegen jener Betrag bezeichnet, der für einen *Ankauf* einer Sache gleicher Art und Güte notwendig gewesen wäre.[369]

Bei homogenen Gütern, die auf liquiden Märkten gehandelt werden, kann der Unterschied zwischen Wiederbeschaffungs- und Einzelveräußerungswert vernachlässigbar gering sein; zu denken ist beispielsweise an Wertpapiere, die an einer Börse gehandelt werden. Für andere Güter kann der Unterschied erheblich sein. Insbesondere können die mit einem Kauf verbundenen Nebenkosten (zB Grunderwerbssteuer; s für weitere Beispiele noch im Folgenden) dazu führen, dass Veräußerungs- und Wiederbeschaffungswert erheblich auseinander fallen.

> **Beispiel:** Die Gesellschaft überträgt von ihr bereits benutzte Güter *„second hand"* an den Kommanditisten. Der Einzelveräußerungswert von Gebrauchtwaren ist oft relativ gering; zur Wiederbeschaffung kann dagegen (mangels verfügbarer, geeigneter Gebrauchtwaren in ausreichender Quantität und Qualität) ein Ankauf von Neuwaren notwendig sein. Der Wiederbeschaffungswert liegt diesfalls erheblich über dem Einzelveräußerungswert.

Einzelveräußerungs- und Wiederbeschaffungswert stellen zwar auch in diesen Fällen mE grundsätzlich die Unter- bzw Obergrenze des Werts der Sache für die Gesellschaft dar (soeben i.2. [98]). Sind die beiden Werte aber nicht bloß unwesentlich voneinander verschieden, kommt es für die Bewertung darauf an, ob der Nutzen, den die Gesellschaft aus einer Eigennutzung ziehen könnte, eher dem Einzelveräußerungs- oder dem Wiederbeschaffungswert der Sache entspricht. Auf eine zumindest grobe Schätzung des Eigennutzungswerts der Sache für die KG wird man diesfalls kaum verzichten können.

> **Beispiel:** Ein Kommanditist betreibt ein Autohaus und verkauft einen Neuwagen zum Marktpreis (für Neuwagen) an die Gesellschaft. Die Gesellschaft hat aber keinen Bedarf am Auto; der Wert für die Gesellschaft entspricht deshalb bloß dem bei einer Weiterveräußerung an Dritte lukrierbaren Preis. Auch für nahezu unbenutzte Gebrauchtwagen sind aber erhebliche Abschläge üblich, sodass in Höhe der Wertdifferenz das Gesellschaftsvermögen durch das Geschäft mit dem Kommanditisten geschmälert wurde. Die Haftung des Kommanditisten lebt gem § 172 Abs 3 UGB in Höhe der Wertdifferenz auf.

Soweit der Wert der Sache für die Gesellschaft bei eigener Verwendung zwischen dem Einzelveräußerungs- und dem Wiederbeschaffungswert liegt, würde der sorgfältige Komplementär die Sache weder selbst (zum Wiederbeschaffungswert) ankaufen noch (zum

---

[369] Vgl zum Wiederbeschaffungswert aus betriebswirtschaftlicher Sicht *Becker/Lutz/Back*, Kompaktlexikon Rechnungswesen[3] 259.

Einzelveräußerungswert) veräußern. Der Wert der Sache für die Gesellschaft ergibt sich diesfalls unmittelbar aus den Erträgen, die bei eigener Nutzung der Sache entstanden wären.

> **Beispiel:** Ein Kommanditist leistet als Einlage eine Liegenschaft *quoad dominium*. Der Marktwert für die Beschaffung einer vergleichbaren Liegenschaft beträgt 150. Der Barwert der eigenständigen Nutzung der Liegenschaft durch die Gesellschaft beträgt aber nur 140. Bei einem Verkauf würde die Gesellschaft aufgrund von Maklergebühren udgl voraussichtlich nur 130 lukrieren. Der Wert der Liegenschaft iSd § 171 Abs 1 UGB beträgt 140, weil die Gesellschaft bei rationaler Gebarung die Liegenschaft behalten wird und daraus einen abgezinsten Nutzen von voraussichtlich 140 ziehen wird.

Ein besonders niedriger Eigennutzungswert der Sache ist dabei indiziert, wenn die Gesellschaft im Leistungszeitpunkt (vgl zum relevanten Bewertungszeitpunkt unten II.F.3.a. [177]) bereits insolvenzreif war.[370]

i.3.1. Leistungen des Kommanditisten an die Gesellschaft

Im Folgenden sollen Fälle dargestellt werden, in denen der Marktwert für die Bewertung nur von eingeschränktem Nutzen ist. Zunächst soll wieder die Bewertung von Leistungen des Kommanditisten an die Gesellschaft betrachtet werden. Einige Fälle, in denen dabei der Einzelveräußerungswert erheblich unter dem Marktwert liegen kann, sollen im Folgenden aufgezählt werden:

- Bei illiquiden Märkten kann ein Weiterverkauf binnen angemessener Frist nur mit einem Abschlag möglich sein. Auch eine exekutive Verwertung der vom Kommanditisten geleisteten Einlage wäre dann vermutlich nur mit einem entsprechenden Abschlag möglich gewesen. Soweit die Gesellschaft auch durch die eigene Nutzung der Einlage keinen dem Marktwert entsprechenden Nutzen ziehen kann – ob dies der Fall ist, hängt vom Ertragswert (oben II.D.7.b. [89]) der Einlage aus Gesellschaftssicht ab (oben II.D.6. [64]) – wird der Kommanditist dann auch nur mit dem niedrigeren tatsächlichen Weiterveräußerungswert seiner Einlage von seiner Außenhaftung frei, der bei illiquiden Märkten auch signifikant unter dem Marktpreis liegen kann.
- Der Einzelveräußerungswert einer Leistung kann auch aufgrund der mit einem (Weiter-)Verkauf verbundenen Transaktionskosten erheblich vom Marktpreis abweichen. Transaktionskosten können beispielsweise durch die Suche nach einem Vertragspartner, durch Vertragsverhandlungen, die tatsächliche

[370] Vgl die Nw oben Fn 219.

Sachübergabe (zB Transportkosten) oder aus steuerlichen Gründen entstehen (zB Grunderwerbssteuer).

- Manche Leistungen sind ihrer Art nach nur schwer oder gar nicht an Dritte weiterveräußerbar. Erbringt der Kommanditist zB eine Dienstleistung, ist eine „Weiterveräußerung" bereits erbrachter Dienstleistungen grundsätzlich faktisch unmöglich. Die Leistung weist diesfalls gar keinen Weiterveräußerungswert auf. Auch in diesem Fall kommt es für die Haftungsbefreiung des Kommanditisten auf den Nutzen an, den die Gesellschaft selbst aus der Leistung selbst ziehen kann (s zur Bewertung von Dienstleistungen als Sacheinlage auch noch unten II.E.2.b.iii. [124]).

Denkbar ist auch, dass der Wert einer Leistung des Kommanditisten für die Gesellschaft *über* deren Marktwert lag. Vor- und Nachteile für die Gesellschaft durch die konkreten Geschäftskonditionen (zB Massenrabatt) und die Person des Geschäftspartners (zB besonders gute Bonität) sind bei der Bewertung nämlich gesondert zu berücksichtigen;[371] insofern kann sich das zu untersuchende Geschäft von einem „gewöhnlichen" Marktgeschäft in einer für einen sorgfältigen Geschäftsleiter relevanten Art und Weise unterscheiden. Auch in folgendem Fall ist denkbar, dass der Wert einer Leistung des Kommanditisten für die Gesellschaft über dem Marktwert lag: Der Kommanditist hat eine Leistung an die Gesellschaft erbracht, die die Gesellschaft von Dritten gar nicht oder zumindest nicht zeitnah zum Marktpreis beschaffen hätte können – und zwar auch dann nicht, wenn der Kommanditist anstelle seiner Sachleistung entsprechende Barmittel in die Gesellschaft eingelegt hätte.

> **Beispiel:** Die Einlage eines Kommanditisten besteht in einer patentierten Erfindung, die der Kommanditist selbst entworfen hat. Es besteht kein „Markt vergleichbarer Erfindungen", die von der Gesellschaft *erstens* entgeltlich erworben werden konnten und deren Ertragsaussichten *zweitens* mit der Erfindung des Kommanditisten vergleichbar waren. In solchen Fällen ist es stattdessen angezeigt, unmittelbar die *ex ante* erwarteten, mit der Nutzung des Patents erwarteten Erträge und Erlöse zu schätzen und zu bewerten (oben II.D.7.b. [89]).

---

371 Vgl OGH 6 Ob 153/12m GES 2013, 16; OGH 7 Ob 35/10p GesRZ 2011, 110 [*M. Karollus*]; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] § 52 Rz 12: Best-, nicht Billigstbieterprinzip; *Reich-Rohrwig* 121; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 52 Rz 25; *Krejci*, wbl 1993, 269 (276 ff); *M. Karollus* in *Leitner*, Handbuch[2] 1 (72).

i.3.2. Bewertung von Leistungen der Gesellschaft an den Kommanditisten

i.3.2.1. Fälle mit Gesellschaftsnachteil unter dem Marktwert

i.3.2.2. Allgemeines

Der Nachteil der Gesellschaft aus einer Leistung an den Kommanditisten kann *unter* dem Marktwert der Leistung liegen, wenn ein Verkauf zum Marktpreis an Dritte *ex ante* vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte. So können zum Beispiel Verkaufsgeschäfte mit dem Kommanditisten dem Gesellschaftswohl entsprechen, bei denen Ladenhüter unter dem Marktpreis abgestoßen werden[372] oder bei denen wegen akuter Liquiditätsknappheit illiquides Anlagevermögens rasch – und deswegen unter Marktwert – verkauft wird. Ausschlaggebend ist mE, ob ein sorgfältiger Komplementär vom Zustandekommen eines Alternativgeschäfts zum Marktpreis ausgehen musste. Der Einzelveräußerungswert der Sache liegt in diesen Fällen signifikant unter ihrem „Marktpreis".

> **Beispiel:** Die Gesellschaft scheidet im Rahmen einer Betriebsmodernisierung veraltete Maschinen aus. Der Marktpreis dieser Maschinen beträgt 100; ein Verkauf am freien Markt würde aber im Schnitt 1 Jahr dauern und zu Nebenkosten in Höhe von 20 führen. Der erwartete Ertrag durch einen Verkauf am Markt beträgt daher lediglich 80 in einem Jahr, bei einem üblichen Diskontierungszinssatz könnte dies für die Gesellschaft lediglich einem gegenwärtigen Baräquivalent von ca 75 entsprechen. Durch die Leistung an den Kommanditisten entgeht der Gesellschaft also bloß ein Verkaufsgeschäft, das für die Gesellschaft einen Barwert von 75 aufgewiesen hätte. Ein sorgfältiger Komplementär wäre daher auch bereit gewesen, die Maschinen gegen sofortige Zahlung von 75 an den Kommanditisten (bzw auch an sonstige Dritte) zu verkaufen, ein solches Verkaufsgeschäft wäre betrieblich gerechtfertigt gewesen. „Schenkt" die Gesellschaft die Maschinen dem Kommanditisten, beträgt der Gesellschaftsnachteil ebenfalls 75, sodass die Haftung des beschenkten Kommanditisten mE (nur) in dieser Höhe auflebt.

i.3.2.3. Von der Gesellschaft selbst hergestellte Leistungen

Bei von der Gesellschaft selbst hergestellten Leistungen ist es freilich auch denkbar, dass es für die Gesellschaft die beste Option gewesen wäre, eine Sache anstelle einer Leistung an den Kommanditisten nicht an einen Dritten zu verkaufen, sondern gar nicht erst selbst herzustellen. Dies kommt insbesondere in Frage, wenn ein Verkauf der Leistung an Dritte zum Marktpreis nicht aussichtsreich erschien:

---

[372] Vgl *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 52 Rz 25; *Koppensteiner* in *Kalss/U. Torggler*, Einlagenrückgewähr 59 (61).

Angenommen, die Produktionskapazität der Gesellschaft war im relevanten Bewertungszeitpunkt – das heißt bei einem Drittgeschäft im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, bei einer sonstigen Leistung im Leistungszeitpunkt (s zum Bewertungszeitpunkt näher unten II.F. [175]) – *nicht* ausgelastet. Denkt man die Leistung an den Kommanditisten weg, so hätte ein sorgfältiger Geschäftsleiter die entsprechende Leistung mangels verfügbarer Abnehmer vermutlich gar nicht erst hergestellt. Die Leistung an den Kommanditisten hat bei Unterauslastung der Gesellschaft daher regelmäßig nicht zum Entgang eines Marktgeschäfts geführt, sondern (lediglich) die mit der Produktion für den Kommanditisten verbundenen, zusätzlichen Kosten verursacht. (Nur) in diesen zusätzlich verursachten Kosten liegt mE der bewertungsrelevante, mit der Leistung verbundene Vermögensnachteil der Gesellschaft.

> **Beispiel:** Die Gesellschaft produziert Spielwaren, aufgrund der Marktlage produziert sie aber nur 70% der Kapazität. In diesem Fall kann mE auch ein Verkauf an den Kommanditisten unter dem Marktwert gerechtfertigt sein, solange bloß die mit der Produktion eines zusätzlichen Stücks verbundenen Kosten der Gesellschaft abgedeckt worden sind.

Betriebswirtschaftlich werden die Kosten, die kausal aufgrund der Produktion eines bestimmten Stücks entstanden sind, als variable Kosten bezeichnet.[373] Zu den variablen Kosten zählen beispielsweise die Kosten für die bei der Produktion verarbeiteten Rohstoffe und den anteiligen Arbeitseinsatz. Von den variablen Kosten werden die Fixkosten unterschieden, die unabhängig von der Produktionsmenge anfallen (zB Kosten für die Erhaltung der Betriebsliegenschaft). Der Überschuss eines tatsächlich erzielten Verkaufspreises über die variablen Kosten wird als Deckungsbeitrag des Geschäfts bezeichnet.

> **Beispiel (Fortsetzung):** Bei der Produktion jedes einzelnen Spielzeugs entstehen variable Kosten (eingesetzte Rohstoffe, Arbeitseinsatz, anteilige Vertriebskosten etc) in Höhe 10. Wird ein Spielzeug um 25 verkauft, erzielt das Geschäft einen Deckungsbeitrag in Höhe der Differenz des Verkaufserlöses zu den variablen Kosten, der Deckungsbeitrag beträgt 15.

Betriebswirtschaftlich handelt es sich beim Deckungsbeitrag um eine Bruttoerfolgsgröße, die „zur Deckung noch nicht in der Berechnung berücksichtigter Kosten […]“ zur Verfügung steht.[374] Denn zur Abdeckung der Fixkosten – und damit auch für einen ausgeglichenen Unternehmenserfolg – ist es grundsätzlich notwendig, dass der Erlös aus den

---

373 Vgl für eine betriebswirtschaftliche Definition *Rautenberg* in *Küpper*, Handwörterbuch[4] 1044.

374 *Becker/Lutz/Back*, Kompaktlexikon Rechnungswesen[3] 54; vgl auch *Coenenberg/Fischer/Günther*, Kostenrechnung und Kostenanalyse[8] 229 ff.

einzelnen Verkaufsgeschäften deren variable Kosten in Summe zumindest in Höhe der Fixkosten übersteigt.[375]

Gleichwohl werden durch die Entscheidung der Gesellschaft, ein zusätzliches Stück zu produzieren und an den Kommanditisten abzugeben, nur die variablen Kosten der Gesellschaft erhöht; die Fixkosten bleiben unverändert und wären auch ohne die Produktion für den Kommanditisten entstanden. Der bei einem Verkauf an den Kommanditisten erzielte Deckungsbeitrag gibt deswegen darüber Auskunft, wie der Unternehmenserfolg konkret durch ein bestimmtes Verkaufsgeschäft verändert wurde. Soweit ein besserer Verkauf an Dritte *ex ante* nicht aussichtsreich erschien, ist eine Abdeckung der variablen Kosten der Gesellschaft deshalb grundsätzlich ausreichend, um einen Gesellschaftsnachteil durch das Geschäft mit dem Kommanditisten abzuwenden.

Bisweilen wird in der kapitalgesellschaftsrechtlichen Literatur dagegen die Ansicht vertreten, die Einräumung günstigerer Konditionen an den Gesellschafter im Vergleich zu anderen Geschäftspartnern sei schon dann gesellschaftsschädigend, wenn die günstigeren Konditionen nicht durch andere Vorteile kompensiert werden.[376] Dieser Ansicht kann, ausgehend vom hier vertretenen, am Ertragswert für die Gesellschaft ansetzenden Bewertungsmaßstab aber nicht für alle Fälle gefolgt werden. Rechtlich entscheidend ist mE nur, ob *ex ante* davon auszugehen war, dass durch den Geschäftsabschluss mit dem Kommanditisten das Gesellschaftsvermögen *conditio sine qua non* vermindert würde (oben II.D.6.b. [65]). Dafür kommt es aber alleine darauf an, ob die mit dem Geschäft verbundenen Vorteile für die Gesellschaft die damit verbundenen Nachteile aufwiegen. In diesem Rahmen spielen die Preise, die die Gesellschaft bei Geschäften mit Dritten verlangt, nur dann eine Rolle, wenn der Gesellschaft durch den Geschäftsabschluss mit dem Kommanditisten auch ein (besseres) Geschäft mit einem Dritten entgangen ist. Davon ist bei Vollauslastung der Gesellschaft im Allgemeinen auch auszugehen (s zu diesem Fall noch unten II.D.7.c.ii.2. [112]). Bei einer *Unterauslastung* der Gesellschaft kommt es dagegen mE nur darauf an, welche Kosten konkret durch das Geschäft mit dem Kommanditisten kausal verursacht worden sind. Wenn ausnahmsweise zu erwarten war, dass ein besonders günstiger Verkauf an den Kommanditisten auch entsprechende Forderungen auf Preisnachlass durch andere

375 Vgl *Becker/Lutz/Back*, Kompaktlexikon Rechnungswesen[3] 54.

376 ZB *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] § 52 Rz 12; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 52 Rz 27; zu Recht aA *Doralt/Winner* in MüKo AktG[3] § 57 Rz 271; *Bayer* in MüKo AktG[3] § 57 Rz 34; vgl auch *Karollus* in *Leitner*, Handbuch[2] 60 f.

Kunden nach sich ziehen würden, kann dieser Umstand bei der Bewertung als eigener Kostenfaktor zu berücksichtigen sein. Im Übrigen genügt aber mE grundsätzlich eine Abdeckung der variablen Kosten, wenn eine nicht ausgelastete KG von ihr hergestellte Ware an den Kommanditisten verkauft.

Im Einzelnen gilt mE für die Bewertung von der Gesellschaft selbst hergestellter Leistungen:

- Verkauft die Gesellschaft eine von ihr selbst hergestellte Leistung an den Kommanditisten, ist der Nachweis eines (*ex ante*) neutralen oder positiven Deckungsbeitrags für den Beweis der Nützlichkeit des Geschäfts ausreichend, soweit ein teurerer Verkauf an einen Dritten nicht aussichtsreich erschien.[377]
- Soweit der mit dem Kommanditisten erzielte Deckungsbeitrag dagegen negativ ist, ist der Gesellschaft grundsätzlich auch zumindest in Höhe des negativen Deckungsbeitrags ein Vermögensnachteil entstanden. Der Vermögensnachteil der Gesellschaft kann über die Höhe des negativen Deckungsbeitrags hinausgehen, soweit der Gesellschaft durch den Verkauf an den Kommanditisten bessere Geschäftsabschlüsse mit Dritten entgangen sind (s zur Berechnung des wahrscheinlichen Entgeltausfalls mithilfe der Kostenaufschlagsmethode unten II.D.7.c.ii.2. [112]).
- Nur ausnahmsweise kann auch ein Verkauf trotz negativen Deckungsbeitrags betrieblich gerechtfertigt sein. Insbesondere ist eine volle Berücksichtigung der variablen Kosten nicht notwendig, wenn diese bei der Entscheidung, an den Kommanditisten zu leisten, nicht mehr abwendbar waren („*sunk costs*“); der Gegenstand wurde zB bereits produziert, bevor sich die Gesellschaft zur Abgabe des „Ladenhüters“ an den Kommanditisten entschieden hat. In diesem Fall sind die mit der Leistungsherstellung verbundenen Kosten nicht ursächlich auf die Entscheidung zur Leistung an den Kommanditisten zurückzuführen, sondern bereits zuvor unabhängig davon entstanden. Im Hinblick auf *sunk costs* ist es für die Zulässigkeit des Geschäfts grundsätzlich ausreichend, dass der Geschäftsleiter annehmen durfte, dass der Verkauf an den Kommanditisten für die Gesellschaft die beste Verwendungsmöglichkeit der Sache dargestellt hat; insbesondere musste

[377] Vgl *Doralt/Winner* in MüKo AktG[3] § 57 Rz 271; *Reich-Rohrwig* 122: bei fehlender Vollauslastung sei Verkauf auch unter Vollkosten, zumindest mit kleinem Deckungsbeitrag sorgfaltsgemäß; vgl auch *Koppensteiner* in *Kalss/U. Torggler*, Einlagenrückgewähr 59 (61).

ein besserer Verkauf an einen Dritten unwahrscheinlich erscheinen.[378] Unter diesen Voraussetzungen ist auch ein Verkauf unter den variablen Kosten ausnahmsweise betrieblich gerechtfertigt.

Auf die mit einer Gesellschaftsleistung verbundenen Vollkosten kommt es im Rahmen von § 172 Abs 3 UGB dagegen mE grundsätzlich nicht an. Vollkostendeckung besteht, wenn der Deckungsbeitrag zur Abdeckung der dem Produkt anteilig zugerechneten Fixkosten ausreicht.[379] Eine Abdeckung der Vollkosten ist mE aber zur Abwendung einer Einlagenrückgewähr weder notwendig noch ausreichend:[380]

- Vollkostendeckung ist mE zur Abwendung einer Einlagenrückgewähr *nicht ausreichend*, wenn durch den Verkauf an den Kommanditisten ein besseres Geschäft mit einem Dritten verhindert worden ist und dies dem sorgfältigen Komplementär *ex ante* auch erkennbar gewesen wäre. Für die Frage, ob ein besseres Geschäft mit einem Dritten möglich gewesen wäre, kommt es aber primär auf den Marktpreis sowie darauf an, ob die Gesellschaft im Leistungszeitpunkt voll ausgelastet war. Auch wenn kein allgemeiner Marktpreis feststellbar ist, kommt es darauf an, zu welchem Preis vermutlich ein alternativer Vertragsabschluss mit einem Dritten möglich gewesen wäre – s zur Anwendbarkeit der Kostenaufschlagsmethode in diesem Fall unten II.D.7.c.ii. [112]. Vollkostendeckung hat daher bestenfalls Indizwirkung dafür, dass der Verkauf an den Kommanditisten für die Gesellschaft *ex ante* die beste Handlungsalternative war, ist zum Nachweis der Nützlichkeit des Geschäfts für die Gesellschaft aber alleine nicht ausreichend.
- Soweit dagegen festgestellt werden kann, dass ein besserer Verkauf an einen Dritten unwahrscheinlich gewesen wäre, ist Vollkostendeckung mE zur Abwendung eines Gesellschaftsnachteils *nicht erforderlich*. Damit die Gesellschaft aus dem Geschäftsabschluss mit dem Kommanditisten keinen Vermögensnachteil trägt, ist diesfalls viel mehr eine Abdeckung der *variablen* Kosten grundsätzlich ausreichend (s soeben).

---

378 Vgl *Bayer* in MüKo AktG[3] § 57 Rz 33.

379 Im Rahmen der Vollkostenrechnung werden alle im Unternehmen entstandenen Kosten einem bestimmten Kostenträger anteilig zugerechnet; vgl *Coenenberg/Alvarez* in *Küpper*, Handwörterbuch[4] 435.

380 Vgl OGH 6 Ob 153/12m GES 2013, 16.

Zusammenfassend richtet sich der Gesellschaftsnachteil aus einer von der Gesellschaft selbst hergestellten Leistung an den Kommanditisten grundsätzlich nach jenem Entgelt, das die Gesellschaft bei einer Leistung an Dritte vermutlich lukrieren hätte können. War die Gesellschaft *nicht* ausgelastet, wäre aber (alternativ zur Leistung an den Kommanditisten) typischerweise gar kein Geschäft mit Dritten zustande gekommen; vielmehr hätte die Gesellschaft die betreffende Leistung gar nicht erst hergestellt. Die Leistung an den Kommanditisten ist diesfalls iSd § 172 Abs 3 UGB regelmäßig lediglich mit den bei der Herstellung angefallenen variablen Kosten zu bewerten und auch dies nur.

i.3.2.4. Fälle mit über den Marktwert hinausgehendem Gesellschaftsnachteil

Soweit der Kommanditist für eine Gesellschaftsleistung den Marktpreis bezahlt, liegt grundsätzlich kein objektives Missverhältnis vor. Es ist denkbar, dass das Geschäft trotzdem dem Gesellschaftsinteresse widersprochen hat, dass ein sorgfältiger Komplementär dieses Geschäft also auch zum Marktpreis *nicht* mit einem gesellschaftsfremden Dritten abgeschlossen hätte. Voraussetzung dafür ist, dass *erstens* die Gesellschaft persönlichen Bedarf an der Sache hatte, dass ein sorgfältiger Komplementär die Sache also wiederbeschafft hätte. *Zweite* Voraussetzung ist, dass eine rechtzeitige Wiederbeschaffung zum Marktpreis *ex ante* unwahrscheinlich erschien. Unter diesen Voraussetzungen kann der Wert der Leistung für die Gesellschaft auch über deren Marktwert hinausgehen.

> **Beispiel:** Die Gesellschaft verkauft eine für sie betriebsnotwendige Maschine an den Kommanditisten. Bis die Maschine nachbeschafft werden kann, entsteht ein erheblicher Produktionsausfall (entgangene Einnahmen: 1.000), der auch vorhersehbar war. In diesem Fall haftet der Kommanditist mE gem § 172 Abs 3 UGB für den Produktionsausfall jedenfalls dann, wenn er von der Nachteiligkeit des Geschäfts für die Gesellschaft (trotz Zahlung des Marktpreises) Kenntnis haben musste.[381]

i.4. Ermittlung des Marktpreises

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht eignet sich zur Erhebung und Operationalisierung des Marktpreises die Methode des Preisvergleichs. Bei der aus dem (Konzern-)Steuerrecht (insb OECD-Verrechnungspreisleitlinien[382], VPR 2010[383]) stammenden Preisvergleichsmethode (auch: Marktpreismethode, *comparable uncontrolled price*

---

381 Vgl dazu auch *Koppensteiner*, GesRZ 2014, 3 (7); *ders* in *Kalss/U. Torggler*, Einlagenrückgewähr 59 (61).
382 Oben Fn 352.
383 Oben Fn 353.

method)[384] wird der mit dem Kommanditisten erzielte Preis mit in Vergleichsgeschäften erzielten Preisen verglichen. „Äußerer" und „innerer" Preisvergleich sind zu unterscheiden. Bei der Methode des äußeren Preisvergleichs[385] wird der bei vergleichbaren Geschäften *zwischen unabhängigen Dritten* erzielbare Preis als Vergleichsbasis herangezogen.[386] Bei der Methode des inneren Preisvergleichs werden dagegen die konkreten Verkaufsgeschäfte der Gesellschaft als Vergleichsbasis herangezogen. Ermittelt werden beim inneren Preisvergleich also jene Preise, die *die Gesellschaft selbst* mit unabhängigen Dritten erzielt.[387]

ii. Bewertung ohne vorhandenen Marktpreis

ii.1. Allgemeines

Soweit für eine zu bewertende Leistung kein Marktpreis ermittelt werden kann, muss die Bewertung auf andere Art und Weise durchgeführt werden. Zur Bewertung kann diesfalls zunächst die dynamische Investitionsrechnung herangezogen werden (oben II.D.7.b. [89]). Ist eine von der Gesellschaft selbst hergestellte Leistung zu bewerten, und war die Gesellschaft nicht ausgelastet, können mE die variablen Herstellungskosten der Bewertung zugrunde gelegt werden (oben II.D.7.c.i.3.2.3. [106]). *War* die Gesellschaft dagegen ausgelastet, kann mE die Kostenaufschlagsmethode bei der Bewertung einer von der Gesellschaft selbst hergestellten Leistung herangezogen werden:

ii.2. Kostenaufschlagsmethode

ii.2.1. Beschreibung der Kostenaufschlagsmethode

Eine Ermittlung des Marktpreises mittels der Preisvergleichsmethode scheidet aus, wenn ein Markt vergleichbarer Produkte fehlt. Sofern der Wert einer von der Gesellschaft selbst hergestellten Leistung zu bewerten ist, kann zur Schätzung der bei einem Drittgeschäft erzielbaren Preise diesfalls stattdessen im Grundsatz die Kostenaufschlagsmethode (auch: Bruttomargen-Methode, *cost-plus-method*) eingesetzt werden. Die Kostenaufschlagsmethode ist ebenfalls ebenfalls in den OECD-Verrechnungspreisleitlinien enthalten.[388] Dabei wird zu den Kosten, die bei Herstellung der Leistung anfallen (in der Regel direkte und indirekte

---

384 *Damböck/Galla/Nowotny*, Verrechnungspreisrichtlinien K 44; vgl VPR 2010 Rz 2.13 ff; s auch *Hügel* in *Kalss/U. Torggler*, Einlagenrückgewähr 19 (39 f).
385 *Damböck/Galla/Nowotny*, Verrechnungspreisrichtlinien K 48.
386 *Vögele/Raab* in *Vögele/Borstell/Engler*, Verrechnungspreise[3] D.1 Rz 4 ff.
387 VPR 2010 Rz 20 ff; vgl OECD- Verrechnungspreisleitlinien 2010 Rz 2.13.
388 Vgl OECD-Verrechnungspreisleitlinien 2010 Rz 2.39 ff.

Fertigungskosten[389], in Ausnahmefällen auch nur variable Kosten oder Grenzkosten[390]) ein „angemessener" Aufschlag addiert, der dem Lieferanten einen „angemessenen, den wahrgenommenen Funktionen und den Marktbedingungen entsprechenden Gewinn" ermöglichen soll.[391] „Kosten plus Aufschlag" ergeben gemeinsam den nach der Kostenaufschlagsmethode gerechtfertigten Verkaufspreis.

Zur Bestimmung eines „angemessenen" Aufschlags bieten die OECD-Verrechnungspreisleitlinien zwei Methoden an: Es kann jener Aufschlag angesetzt werden, der bei vergleichbaren Geschäften durch denselben Lieferanten erzielt wird (innerer Vergleich). Oder es wird jener Aufschlag als Referenz genutzt, der von unabhängigen Unternehmen bei vergleichbaren Geschäftsvorfällen erzielt wird (äußerer Vergleich).[392] Beim äußeren Vergleich ist zu beachten, dass Effizienzunterschiede zwischen verschiedenen Unternehmen insofern zu berücksichtigen sind, als ein effizienteres Unternehmen nach der Kostenaufschlagsmethode auch einen höheren Aufschlag zu verrechnen hat.[393] In der Praxis wird der Aufschlag in der Regel aber ohnehin nach dem inneren Vergleich ermittelt.[394]

ii.2.2. Einsatzmöglichkeiten der Kostenaufschlagsmethode bei der Bewertung gem § 172 Abs 3 UGB

Soweit ein Markt vergleichbarer Produkte fehlt, können die von der Gesellschaft tatsächlich erzielten Preise daher grundsätzlich mit der Kostenaufschlagsmethode geschätzt werden. Bei der Anwendung der Kostenaufschlagsmethode zur Bewertung von Gesellschaftsleistungen gelten dabei aber dieselben Einschränkungen, die schon allgemein für die Verwendung des Marktwerts gelten: Rechtlich entscheidend ist mE der *Leistungswert für die Gesellschaft* oben (II.D.6. [64]). War die Gesellschaft nicht ausgelastet, ist aber grundsätzlich auch nicht davon auszugehen, dass der Gesellschaft durch die Leistung an den Kommanditisten ein besserer Geschäftsabschluss mit einem Dritten entgangen ist. Die Kostenaufschlagsmethode bildet in diesem Fall keinen (anstelle einer Leistung an den Kommanditisten) für die Gesellschaft tatsächlich realisierbaren Geschäftsabschluss ab. Die

---

389 Direkte Kosten (auch: Einzelkosten) sind alle direkt einem Kostenträger zurechenbaren Kosten, so zB Fertigungsmaterial; im Gegensatz dazu sind indirekte Kosten (auch: Gemeinkosten) nicht direkt einem Kostenträger zurechenbar (vgl *Rautenberg* in *Küpper*, Handwörterbuch[4] 1043).

390 OECD-Verrechnungspreisleitlinien 2010 Rz 2.51; Grenzkosten sind die „zusätzlichen Kosten einer zusätzlich produzierten Einheit" (vgl *Rautenberg* in *Küpper*, Handwörterbuch[4] 1045).

391 OECD-Verrechnungspreisleitlinien 2010 Rz 2.39.

392 OECD-Verrechnungspreisleitlinien 2010 Rz 2.40; vgl auch VPR 2010 Rz 30.

393 OECD-Verrechnungspreisleitlinien 2010 Rz 2.41 f.

394 VPR 2010 Rz 29.

Kostenaufschlagsmethode ist in diesem Fall deshalb mE auch nicht zur Bewertung des mit der Gesellschaftsleistung verbundenen Gesellschaftsnachteils geeignet, soweit die Gesellschaft ohnehin über ungenützte Kapazitäten verfügt hat. Der Gesellschaftsnachteil richtet sich in diesem Fall mE vielmehr regelmäßig nach den mit der Leistung verknüpften variablen Gesellschaftskosten (oben i.3.2.3. [106]).[395]

War die Gesellschaft beim Geschäftsabschluss mit dem Gesellschafter hingegen ausgelastet, ist davon auszugehen, dass sie anstelle des Geschäftsabschlusses mit dem Gesellschafter auch ein Alternativgeschäft mit einem Dritten abschließen hätte können. War die Gesellschaft ausgelastet, ist die Gesellschaftsleistung also anhand des fiktiven Erlöses zu bewerten, den die Gesellschaft bei einem Verkauf an Dritten vermutlich tatsächlich erzielen können. Es ist regelmäßig davon auszugehen, dass die Gesellschaft bei einem solchen Alternativgeschäft eine Marge erzielt hätte, die der Marge bei ihren sonstigen Drittgeschäften entspricht,[396] das heißt der Marge nach der Kostenaufschlagsmethode durch inneren Margenvergleich. Die Kostenaufschlagsmethode ist daher zur Bewertung von Leistungen geeignet, die die Gesellschaft selbst hergestellt hat, und deren Leistung an den Kommanditisten zu einem Zeitpunkt vereinbart worden ist, in dem die Gesellschaft ausgelastet war.

> **Beispiel:** Eine KG verkauft individuell angefertigte Waren an ihren Kommanditisten. Die variablen Herstellungskosten betragen 100. Üblicherweise liegen die Verkaufspreise der KG 200% über ihren variablen Herstellungskosten. Soweit die KG im Zeitpunkt des Verkaufs an den Kommanditisten ausgelastet war, ist im Zweifel davon auszugehen, dass sie anstelle des Verkaufs an den Kommanditisten auch mit einem Dritten einen Geschäftsabschluss zu ihren üblichen Preisen erzielen hätte können. Der üblichen Gesellschaftsmarge entsprechend hätte sie bei einem Verkauf an einen Dritten dabei vermutlich einen Erlös von 300 erzielen können. Betrug der vom Kommanditisten gezahlte Preis weniger als 300, liegt in Höhe der Preisdifferenz eine Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB vor.

8. Zwischenergebnis

Leistungen iSd § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB sind mit ihrem Wert für das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen (Ertragswert) zu bewerten (s zur Herleitung die Zusammenfassung oben unter II.D.6.d. [86]).

---

395 Oben bei Fn 377 mN dort.

396 Vgl *Karollus* in *Leitner*, Handbuch[2] 60.

Der Ertragswert einer Leistung für die Gesellschaft kann betriebswirtschaftlich grundsätzlich mithilfe der dynamischen Investitionsrechnung in Form der Kapitalwertrechnung ermittelt werden. Dabei sind die mit einer Leistung kausal verknüpften, zukünftigen Zahlungsströme in der Gesellschaft zu schätzen und auf den Leistungszeitpunkt abzuzinsen. Der daraus resultierende Barwert entspricht dem antizipierten Ertragswert einer Leistung (bzw eines sonstigen, zu bewertenden Ereignisses) für die Gesellschaft.

Der Bewertung sind nur jene Informationen zugrunde zu legen, die im relevanten Bewertungszeitpunkt (s dazu näher unten II.F. [175]) bekannt waren. Konkret kommt es darauf an, welche Informationen dem geschäftsführenden Komplementär der KG bekannt waren bzw iSd § 114 Abs 1 UGB bekannt sein hätten müssen. Darüber hinaus sind Informationen, die dem Kommanditisten tatsächlich bekannt waren, jedenfalls insoweit der Bewertung zugrunde zu legen, als sie sich für den Kommanditisten bei der Bewertung negativ auswirken.

In vielen Fällen kann der Ertragswert einer Leistung für die Gesellschaft auch ohne Kapitalwertrechnung ermittelt werden. Insbesondere indiziert der Marktwert einer Leistung auch den Ertragswert dieser Leistung für die Gesellschaft. Denn einerseits hätte die Gesellschaft im Allgemeinen zumindest die Möglichkeit gehabt, durch eine Veräußerung der zu bewertenden Sache am Markt deren Einzelveräußerungswert zu lukrieren; daher bildet der Einzelveräußerungswert einer zu bewertenden Sache grundsätzlich die Wertuntergrenze für den Ertragswert dieser Leistung für die Gesellschaft. Andererseits hätte die Gesellschaft die Sache zu ihrem Wiederbeschaffungswert am Markt selbst beschaffen können; daher ergibt sich aus dem Wiederbeschaffungswert einer Sache grundsätzlich eine Wertobergrenze für deren Ertragswert. Nur wenn ein zeitnaher Geschäftsabschluss zum Einzelveräußerungs- bzw Wiederbeschaffungswert faktisch unmöglich war, kann der Ertragswert für die Gesellschaft auch unter dem Einzelveräußerungswert bzw über dem Wiederbeschaffungswert liegen. Dazu wurden verschiedene Fallgruppen erörtert. Insbesondere sind von der Gesellschaft selbst hergestellte Leistungen gem § 172 Abs 3 UGB regelmäßig mit ihren variablen Kosten zu bewerten, soweit die Erzielung eines darüber hinausgehenden Verkaufspreises durch einen Verkauf an Dritte *ex ante* nicht aussichtsreich erschien.

Der Marktpreis kann grundsätzlich anhand der Preisvergleichsmethode ermittelt werden. Dabei werden tatsächlich bezahlte Preise in Geschäften mit der KG (innerer Preisvergleich) bzw in Geschäften zwischen unbeteiligten Dritten (äußerer Preisvergleich) als Vergleichsbasis herangezogen.

Bestand für eine von der Gesellschaft hergestellte Leistung kein Marktpreis, kann die Kostenaufschlagsmethode zur Beurteilung der Frage herangezogen werden, welches Entgelt die Gesellschaft (alternativ zur Leistung an den Kommanditisten) bei der Leistung an einen Dritten vermutlich lukrieren hätte können. Bei der Kostenaufschlagsmethode wird zu den Herstellungskosten ein angemessener Aufschlag addiert. Die Kostenaufschlagsmethode ist zur Ermittlung des Ertragswerts für die Gesellschaft aber grundsätzlich nur heranzuziehen, soweit die Gesellschaft im relevanten Bewertungszeitpunkt auch ausgelastet war.

E. Forderungen zwischen KG und Kommanditist als Gegenstand der Einlagenleistung und -rückgewähr?

1. Einleitung

Leistung und Rückgewähr der haftungsbefreienden Einlage erfolgen meist in Erfüllung eines zugrundeliegenden schuldrechtlichen Leistungsanspruchs: Der Kommanditist leistet die Pflichteinlage, weil er sich gesellschaftsvertraglich dazu verpflichtet hatte; die Gesellschaft zahlt dem Kommanditist die Einlage offen zurück, weil eine Herabsetzung der Pflichteinlage beschlossen wurde oder der Kommanditist aus der Gesellschaft ausgeschieden ist; die Gesellschaft zahlt dem Kommanditisten die Einlage verdeckt zurück, nachdem sie mit ihm einen unausgeglichenen Drittvertrag abgeschlossen hatte. Betriebswirtschaftlich wäre es nun grundsätzlich denkbar, bereits die Anspruchsbegründung als werthaltige Vermögensverschiebung aufzufassen. Fraglich ist, ob bzw unter welchen Umständen deshalb auch bereits im Zeitpunkt der Anspruchsbegründung von einer Einlagenleistung bzw Einlagenrückgewähr iSd §§ 171 f UGB auszugehen ist – oder ob Vermögensverschiebungen iSd §§ 171 f UGB grundsätzlich erst im Zeitpunkt ihrer tatsächlichen Leistungsabwicklung haftungswirksam werden. Diese Frage lässt sich grundsätzlich sowohl für sozialrechtliche als auch für drittvertragliche Leistungsansprüche zwischen Kommanditist und Gesellschaft[397] stellen.

[397] Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber Dritten werden dagegen grundsätzlich haftungswirksam, sobald das betreffende Rechtsverhältnis auf die Gesellschaft übergegangen ist (vgl dazu die Nw oben Fn 191); zu bewerten ist die Einlage einer Forderung gegen Dritte dabei grundsätzlich mit dem Nennwert abzüglich eines Abschlags bei gefährdeter Einbringlichkeit oder aufschiebender Befristung der übertragenen Forderung (vgl oben II.D.7.b. [89]; vgl zur Bewertung von Forderungen gegen die Gesellschaft unten V.D.3.b. [282]).

Beispiel: Ein Kommanditist errichtet zugunsten der Gesellschaft einen Schenkungsvertrag in Form eines Notariatsakts. Hat der Kommanditist bereits mit der Errichtung des Notariatsakts der Gesellschaft wirksam Vermögen zugewendet, sodass er von seiner Haftung gem § 171 Abs 1 UGB frei geworden ist – schon bevor es zur tatsächlichen Übergabe der geschenkten Sache gekommen ist?

Beispiel: Eine KG schließt mit ihrem Kommanditisten einen für sie nachteiligen Kaufvertrag ab, wonach der Kommanditist von der Gesellschaft eine Liegenschaft mit Marktwert 10.000 um 6.000 erwirbt. Ist bereits der Abschluss des Kaufvertrags als verdeckte Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB aufzufassen, oder aber erst die tatsächliche Übergabe der Kaufsache?

Es geht also um die Frage, in welchem *Zeitpunkt* Kommanditist und Gesellschaft einander Vermögen iSd §§ 171 f UGB zuwenden: Erst mit der tatsächlichen Leistung, oder unter bestimmten Umständen bereits mit der Verschaffung eines schuldrechtlichen Anspruchs? Anders ausgedrückt geht es um die Frage, ob schuldrechtliche Ansprüche zwischen Kommanditist und Gesellschaft tauglicher Gegenstand der haftungsbefreienden Einlagenleistung bzw -rückgewähr sind.

2. Forderungen gegen den Kommanditisten als Gegenstand der haftungsbefreienden Einlagenleistung?

a. Allgemeines

Zunächst soll die Tauglichkeit von Forderungen gegen den Kommanditisten als Gegenstand einer haftungsbefreienden Einlagenleistung beurteilt werden.

Der am einfachsten zu beurteilende Fall, in dem die Gesellschaft eine Forderung gegen den Kommanditisten erlangt hat, betrifft die Forderung der Gesellschaft auf die Leistung der bedungenen, noch nicht geleisteten Pflichteinlage. Auch die Forderung der Gesellschaft auf Leistung der Pflichteinlage kann wirtschaftlich werthaltig sein. Nach dem Wortlaut von § 171 Abs 1 UGB („geleistet“) wird der Kommanditist von seiner Außenhaftung aber grundsätzlich erst frei, sobald er eine Einlage nicht nur versprochen, sondern auch tatsächlich an die Gesellschaft geleistet hat. Alleine daraus ergibt sich, dass die bloße Verpflichtung des Kommanditisten zur Leistung der Pflichteinlage den Kommanditisten noch nicht von seiner Außenhaftung befreit.[398]

[398] Grundsätzlich allgemeine Meinung, s zB *Konietzko* 12; *J. Meyer* 156; *Huber* 214; *Pauli* 53; vgl OGH 3 Ob 276/01m SZ 2002/29; BGH II ZR 176/80 WM 1982, 5; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I^2 § 171 Rz 17, § 172 Rz 17.

Beispiel: Ein Kommanditist hat sich gesellschaftsvertraglich zu einer Bareinlage von 10.000 verpflichtet. Von seiner Außenhaftung wird er (erst) frei, sobald und soweit er die Bareinlage auch tatsächlich an die Gesellschaft geleistet hat. Die bloße Forderung der Gesellschaft auf Leistung der Bareinlage befreit den Kommanditisten dagegen noch nicht von seiner Außenhaftung.

Wie sind aber Fälle zu beurteilen, in denen als Gegenstand einer Sacheinlage unmittelbar die Verschaffung eines (werthaltigen) schuldrechtlichen Anspruchs gegen den Kommanditisten vereinbart wurde? Wird der Kommanditist diesfalls schon von seiner Außenhaftung frei, sobald die Gesellschaft die als Pflichteinlage vereinbarte Forderung gegen den Kommanditisten erlangt hat?

Beispiel 1: Als Einlage eines Kommanditisten wird vereinbart, dass er für die Gesellschaft „auf Abruf" € 100.000 zur Verfügung halten soll: Sollte die Gesellschaft die Mittel benötigen, muss er sie kurzfristig auf das Gesellschaftskonto überweisen. Wird der Kommanditist von seiner Außenhaftung frei, noch bevor er tatsächlich an die Gesellschaft geleistet hat?

Beispiel 2: Nach dem Gesellschaftsvertrag kann ein Kommanditist im Innenverhältnis seine Pflichteinlage gültig erbringen, indem er zugunsten der Gesellschaft einen Eigenwechsel ausstellt. Die Gesellschaft ist Begünstigte, der Kommanditist Aussteller und Bezogener. Der Wechsel wurde ausgestellt und an die Gesellschaft übergeben. Die Gesellschaft hat den Wechsel bisher aber noch nicht eingelöst. Wurde der Kommanditist von seiner Außenhaftung schon mit Übergabe des Wechsels frei?

Beispiel 3: Ein Kommanditist soll für die Gesellschaft zumindest zwei Jahre lang als Geschäftsführer tätig sein und ihr sein Knowhow zur Verfügung stellen. Wird der Kommanditist von seiner Außenhaftung gem § 171 Abs 1 UGB schon frei, sobald er sich zur Tätigkeit für die Gesellschaft verpflichtet hat?

Beispiel 4: Ein Kommanditist räumt der Gesellschaft ein (unbefristetes) obligatorisches Nutzungsrecht an einer Liegenschaft ein. Wird er mit der Verschaffung des Nutzungsrechts von seiner Außenhaftung frei?

b. Einbringung einer unbesicherten Forderung gegen den Kommanditisten als Einlage?

i. Grundsatz

Nach verbreiteter Ansicht wirkt die Einräumung eines als Sacheinlage eingebrachten, schuldrechtlichen Anspruchs gegen den Kommanditisten noch nicht haftungsbefreiend,

sondern allenfalls die Anspruchs*erfüllung*.[399] Die folgenden Erwägungen sollen die grundsätzliche Richtigkeit dieser Ansicht belegen. Gezeigt werden soll zunächst, dass *unbesicherte* Forderungen gegen den einbringenden Kommanditisten schon grundsätzlich nicht als Gegenstand einer haftungsbefreienden Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB in Frage kommen – ungeachtet ihres allfälligen betriebswirtschaftlichen Werts und ungeachtet der Vereinbarung im Innenverhältnis.[400]

Für die Tauglichkeit einer Forderung gegen den Kommanditisten als Gegenstand einer haftungsbefreienden Einlage scheint zunächst Folgendes zu sprechen: Auch eine (unbesicherte) Forderung gegen den Kommanditisten kann grundsätzlich wirtschaftlich werthaltig sein, soweit der Kommanditist selbst über ausreichendes Vermögen verfügt. Zudem können sich die Gesellschaftsgläubiger die eingebrachte Forderung durch Exekutionsführung gegen die Gesellschaft pfänden und überweisen lassen. Insofern bildet auch eine Forderung der Gesellschaft gegen den Kommanditisten einen Bestandteil des haftenden Gesellschaftsvermögens, auf das die Gesellschaftsgläubiger zugreifen können – genauso, wie wenn der Kommanditist eine „gewöhnliche" Einlage geleistet hätte.

Allerdings unterscheidet sich die Stellung der Gesellschaftsgläubiger insofern nicht wesentlich von ihrer Situation, wenn der Kommanditist bloß seine bedungene Pflichteinlage noch nicht geleistet hat: Auch in diesem Fall können Gesellschaft und (mittelbar über die Gesellschaft) Gesellschaftsgläubiger lediglich, aber immerhin vom Kommanditisten Leistung verlangen – hat der Kommanditist seine bedungene Pflichteinlage noch nicht erbracht, versagt der Gesetzgeber dem Kommanditisten aber nach dem mE insoweit klaren Gesetzeswortlaut („geleistet" in § 171 Abs 1 UGB) die Haftungsbefreiung (soeben a. [117]).

> **Beispiel:** Kommanditist A hat sich zur Leistung einer Bareinlage von 100 verpflichtet, diese Bareinlage aber bisher nicht erbracht. Kommanditist B hat sich verpflichtet, als Einlage eine Forderung gegen sich selbst als Sacheinlage einzubringen. Inhalt dieser Forderung ist eine Forderung gegen den Kommanditisten auf Leistung von 100 in bar. In beiden Fällen ist die Stellung von Gesellschaft und Gesellschaftsgläubigern materiell dieselbe: Die Gesellschaft ist zur Forderung von 100 gegen den Kommanditisten berechtigt; die Gesellschaftsgläubiger können auf diese Forderung exekutiv zugreifen.

---

399 Vgl *Ekkenga*, ZHR 161 (1997) 599 (619); *Huber* 214; *Potsch* 149; *K. Schmidt*, ZHR 154 (1990) 237 (247): Verfügungsgeschäft, nicht bloß Verpflichtungsgeschäft haftungsbefreiend; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 12: gegen den Kommanditisten gerichtete Forderungen grundsätzlich nicht einlagefähig; *Kindler* (bzw in der Vorauflage an gleicher Stelle *Koller*) sieht aussonderungsfähige Forderungen dagegen durchaus als einlagefähig iSd § 171 Abs 1 UGB an.

400 Vgl demgegenüber *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 155 f.

Die Vergleichbarkeit der beiden Fälle – Einbringung einer Forderung gegen den Kommanditisten als Sacheinlage und bedungene, noch nicht geleistete Pflichteinlage – besteht auch im Detail fort: Die beiden Fälle sind zunächst insofern vergleichbar, als sich die Gesellschaftsgläubiger sowohl den Anspruch auf Leistung der Pflichteinlage als auch einen als Einlage eingebrachten Anspruch gegen den Kommanditisten im Exekutionsweg von der Gesellschaft pfänden und überweisen lassen können.[401] Soweit keine zusätzliche Sicherheit bestellt wurde, sind die Gesellschaftsgläubiger aber in beiden Fällen dem Insolvenzrisiko des Kommanditisten voll ausgesetzt. Die Stellung der Gläubiger ist in beiden Fällen auch insofern gefährdet, als die Gesellschafter gesellschaftsvertraglich jederzeit frei den Anspruch (auch ohne tatsächliche Leistung) abändern können: Hat der Kommanditist seine bedungene Einlage noch nicht geleistet, können die Gesellschafter auf die Einlagenleistung durch einstimmigen Gesellschafterbeschluss wirksam verzichten.[402] Hat der Kommanditist eine eigene Forderung als Einlage geleistet, können die Gesellschafter (so wie bei jeder Einlagenrückgewähr) durch einstimmigen Beschluss eine „Rückgewähr" der Forderung an den Gesellschafter vereinbaren. Im Ergebnis können die Gesellschafter in beiden Fällen im Innenverhältnis über die Gesellschaftsforderung weitgehend frei disponieren. Die Stellung der Gesellschaftsgläubiger im Falle einer eingelegten, unbesicherten Forderung gegen den Kommanditisten entspricht also grundsätzlich ihrer Stellung bei bedungener, noch nicht geleisteter Pflichteinlage.

Dass die Stellung der Gesellschaftsgläubiger in beiden Fällen im Wesentlichen übereinstimmt, spricht iSd Gleichbehandlungsgrundsatzes dafür, die beiden Fälle auch haftungsrechtlich übereinstimmend zu lösen. Ob die Rechtsfolge im ersten Fall (keine Haftungsbefreiung bei bedungener, noch nicht geleisteter Pflichteinlage) auch auf den zweiten Fall (Einbringung einer Forderung gegen den Kommanditisten als Pflichteinlage) zu erstrecken ist, hängt aber letztlich davon ab, ob die beiden Fälle auch im Hinblick auf den Normzweck vergleichbar sind.[403] Welcher Zweck kann der Entscheidung des Gesetzgebers zugemessen werden, den Kommanditisten mit tatsächlicher Einlagenleistung von seiner Außenhaftung zu befreien, bei bloß bedungener Einlage aber (noch) nicht?

Zwei Anmerkungen sollen der Erörterung vorausgeschickt werden:

---

401 Vgl *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² § 172 Rz 17; *Cebulla*, DStR 2000, 1917 (1918 f).
402 Vgl *Cebulla*, DStR 2000, 1917 (1918).
403 Vgl *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 455.

1. Zunächst wäre es rechtspolitisch eine durchaus gangbare Alternative gewesen, den Kommanditisten schon dann von seiner Außenhaftung zu befreien, sobald die Leistung einer Pflichteinlage im Innenverhältnis bloß vereinbart worden ist. Denn sobald und soweit im Innenverhältnis die Leistung einer Einlage vereinbart worden ist, können die Gesellschaftsgläubiger auch exekutiv auf die Forderung der Gesellschaft gegen den Kommanditisten (auf Einlagenleistung) zugreifen. Ein originärer Haftungsanspruch gegen den Kommanditisten wäre nur erforderlich, wenn die im Innenverhältnis vereinbarte Pflichteinlage dem Kommanditisten erlassen wurde oder eine der Haftsumme entsprechende Pflichteinlage gar nicht erst vereinbart worden ist. Die Außenhaftung des Kommanditisten hätte dementsprechend auch mit einer Regelung folgenden Inhalts normiert werden können:

> Im Verhältnis der Gesellschafter untereinander können die zu leistenden Einlagen frei vereinbart werden. Soweit die von einem Kommanditisten zu leistende Einlage den Betrag seiner Haftsumme unterschreitet, haftet der Kommanditist für die Gesellschaftsverbindlichkeiten persönlich.

Dementsprechend sah Art 165 AHGB eine ausdrückliche Außenhaftung des Kommanditisten auch nur für den Fall der Einlagenrückgewähr vor – im Übrigen sollten die Gesellschaftsgläubiger durch eine zwingende Pflicht des Kommanditisten zur Leistung der im Handelsregister eingetragenen Einlage *an die Gesellschaft* geschützt werden (s näher oben I.D.1.b. [10]). Relikt dieser im AHGB angewendeten Regelungstechnik ist § 172 Abs 2 UGB, wonach eine Stundung oder ein Erlass der Einlage im Innenverhältnis den Gesellschaftsgläubigern gegenüber unwirksam ist. In Anlehnung an Art 165 AHGB wäre auch eine Formulierung folgender Art im UGB denkbar gewesen (wenngleich die Wendung, dass der Kommanditist „mit der geleisteten Einlage" haften würde, aus heutiger Sicht rechtsdogmatische Bedenken hervorrufen würde):

> Den Gläubigern haftet der Kommanditist nur mit seiner geleisteten Einlage bzw mit dem versprochenen Betrag. Im Verhältnis zu den Gläubigern gilt stets zumindest eine Einlage in Höhe der Haftsumme als versprochen.

Darüber hinaus kann die Forderung der Gesellschaft auf Leistung der Pflichteinlage in wirtschaftlicher Betrachtung durchaus werthaltiger Bestandteil des Gesellschaftsvermögens sein:[404] Der Wert von Forderungen hängt grundsätzlich von ihrer Einbringlichkeit ab. Soweit ein Kommanditist über ausreichende Bonität verfügt, kann auch eine Forderung gegen ihn über einen wirtschaftlichen Wert verfügen, der ihrem Nennwert zumindest nahekommt.

[404] Dementsprechend sieht § 229 Abs 1 UGB auch vor, dass das nicht einbezahlte Nennkapital von Kapitalgesellschaften ab Einforderung unter den Gesellschaftsforderungen auszuweisen ist.

Es wäre also für den Gesetzgeber durchaus auch ein gangbarer Weg gewesen, den Kommanditisten schon dann von seiner Außenhaftung zu befreien, wenn er bloß *versprochen* hat, an die Gesellschaft eine werthaltige Einlage zu leisten. Eine Haftungsbefreiung des Kommanditisten sowohl mit dem Nennwert als auch dem wirtschaftlichen Wert der im Innenverhältnis als Einlage geschuldeten Forderung wäre plausibel begründbar gewesen. Trotzdem hat sich der Gesetzgeber dazu entschieden, den Kommanditisten auch dann nach außen haften zu lassen, wenn er im Innenverhältnis eine der Haftsumme entsprechende Pflichteinlage schuldet, aber noch nicht geleistet hat.

2. Die Entscheidung, dass den Kommanditisten, der im Innenverhältnis zur Leistung der bedungenen Pflichteinlage verpflichtet ist, parallel dazu im Außenverhältnis eine Pflicht zur Haftung gegenüber Gläubigern in Höhe der Haftsumme treffen soll, hat der historische Gesetzgeber auch bewusst getroffen: Eine unmittelbare Außenhaftung des Kommanditisten wurde explizit erstmals ins HGB 1897 aufgenommen (vgl demgegenüber noch Art 165 AHGB).[405] Die Redaktoren des HGB 1897 gingen nun davon aus, dass die Gesellschafter in den meisten Fällen als Haftsumme (bzw damals noch: als im Handelsregister einzutragende Einlage) jenen Betrag wählen würden, der auch im Innenverhältnis als Pflichteinlage vereinbart worden war.[406] Deshalb ist davon auszugehen, dass dem Gesetzgeber bei der Entscheidung für einen direkten Haftungsanspruch der Gläubiger gegen die Kommanditisten auch gerade Fälle vorschwebten, in denen die Kommanditisten ihre im Innenverhältnis bedungene Pflichteinlage (noch) nicht geleistet hatten. Trotzdem entschied sich der Gesetzgeber, gem § 171 Abs 1 HGB (bzw insofern übereinstimmend § 171 Abs 1 UGB) erst der „Leistung" der Einlage haftungsbefreiende Wirkung zuzugestehen. Das lässt den Schluss zu, dass der historische Gesetzgeber durchaus bewusst gerade auch jenen Kommanditisten nach außen haften lassen wollte, der im Innenverhältnis eine der Haftsumme (bzw damals: der eingetragenen Einlage) entsprechende Pflichteinlage schuldet. Die Verpflichtung zur Leistung einer Pflichteinlage im Innenverhältnis sollte also im Außenverhältnis bewusst durch eine unmittelbare Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern flankiert werden.

Zusammenfassend hat sich der Gesetzgeber also bewusst dazu entschieden, den Kommanditisten selbst dann nach außen haften zu lassen, wenn er im Innenverhältnis eine der Haftsumme entsprechende Pflichteinlage schuldet. Warum? Die Materialien sind insoweit

405 Vgl dazu Reichstagsvorlage HGB 1897, 114.
406 Reichstagsvorlage HGB 1897, 110 f, 115 f.

wenig aussagekräftig.[407] Es erscheint naheliegend, dass der Gesetzgeber diese Entscheidung im Interesse der Gesellschaftsgläubiger getroffen hat (vgl allgemein zum Normzweck oben I.E. [14]). Denn es ist für die Gesellschaftsgläubiger verhältnismäßig einfacher, unmittelbar die persönliche Haftung des Kommanditisten geltend zu machen, als sich zunächst den Anspruch der Gesellschaft gegen den Kommanditisten im Exekutionsweg überweisen zu lassen.[408] Die Gesellschaftsgläubiger braucht es aufgrund der persönlichen Haftung des Kommanditisten gerade nicht zu kümmern, ob ein Anspruch auf Leistung der Pflichteinlage im Innenverhältnis (noch) besteht. Der Gesetzgeber hat das Interesse der Gesellschaftsgläubiger an einem unmittelbaren Zugriff auf das Vermögen des Kommanditisten also insofern höher bewertet als das Interesse des Kommanditisten, seine Haftung auf einen *bestimmten*, mit der Gesellschaft vereinbarten Anspruch beschränken zu können.

Nichts anderes kann dann aber auch in den aus Gläubigersicht vergleichbaren Fällen gelten, in denen der Kommanditist das Gesellschaftsvermögen bloß insoweit „vermehrt" hat, als dass die Gesellschaft eine unbesicherte Forderung gegen den Kommanditisten erlangt hat. Denn auch nach Einbringung einer unbesicherten Forderung „als Einlage" sind die Gesellschaftsgläubiger materiell in derselben Situation, wie wenn der Kommanditist unmittelbar die Leistung einer Pflichteinlage schuldet (s soeben). Auch wenn die Pflichteinlage in einer Forderung gegen den Kommanditisten besteht, und diese Pflichteinlage durch Übertragung der Forderung auf die Gesellschaft „geleistet" wurde, gilt daher mE: Das Interesse der Gesellschaftsgläubiger an einem direktem Zugriff auf das gesamte haftende Vermögen des Kommanditisten ist höher einzuschätzen als das gegenläufige Interesse des Kommanditisten, seine Haftung auf einen bestimmten, im Innenverhältnis vereinbarten schuldrechtlichen Anspruch beschränken zu können. Der als Einlage eingebrachte, unbesicherte Leistungsanspruch der Gesellschaft gegen den Kommanditisten ist bis zu seiner tatsächlichen Erfüllung im Außenverhältnis daher mit einer unmittelbaren Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern zu ergänzen. Die „Einbringung" einer unbesicherten Forderung gegen den Kommanditisten befreit diesen

---

407 Vgl Reichstagsvorlage HGB 1897, 114.

408 Vgl Reichstagsvorlage HGB 1897, 114. *Harrer* 445 konstatiert insofern zu Recht, dass die Inanspruchnahme der Kommanditistenhaftung auch nach der gesetzlichen Regelung ohnehin ein „dornenvoller Weg" sei.

daher mE noch nicht von seiner Außenhaftung; erst die tatsächliche Erfüllung der als Sacheinlage eingebrachten Forderung wirkt haftungsbefreiend.[409]

> **Beispiel:** Als Einlage eines Kommanditisten wurde vereinbart, dass er für die Gesellschaft „auf Abruf" € 100.000 zur Verfügung halten soll: Sollte die Gesellschaft die Mittel benötigen, muss er sie kurzfristig auf das Gesellschaftskonto überweisen. Von seiner Außenhaftung wird der Kommanditist erst frei, sobald und soweit er tatsächlich Geld an die Gesellschaft übergeben hat.

ii. Keine „doppelte Leistungspflicht"

Bis zur tatsächlichen Erfüllung einer als Einlage eingebrachten, unbesicherten Forderung gegen sich selbst trifft den Kommanditisten also grundsätzlich eine doppelte Leistungspflicht: Der Gesellschaft gegenüber ist der Kommanditist zur Erfüllung der als Einlage eingebrachten Forderung verpflichtet; den Gesellschaftsgläubigern gegenüber haftet er auf die Haftsumme. Befriedigt der Kommanditist dementsprechend Gesellschaftsgläubiger, hat er ein Recht auf Regressnahme gegen die Gesellschaft (unten IV.D. [265]). Diesen Regressanspruch kann der Kommanditist gegen den Anspruch der Gesellschaft auf Erfüllung der als Einlage eingebrachten Forderung aufrechnen (§ 1438 ABGB), soweit beide Forderungen auf Geld gerichtet sind;[410] bei fehlender Gleichartigkeit der Forderungen erlangt der Kommanditist ein in Österreich insolvenzfestes Zurückbehaltungsrecht[411]. Eine „doppelte" Pflicht zur Kapitalaufbringung in dem Sinne, dass der Kommanditist nach Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern in Höhe der Haftsumme noch die als Einlage eingebrachte Forderung gegen die Gesellschaft befriedigen müsste, droht dem Kommanditisten daher nicht.

iii. Einzelfälle

Die Verschaffung von Knowhow kann den Kommanditisten mE nur insoweit von seiner Haftung befreien, als die Gesellschaft auch ohne sein weiteres Zutun über das Knowhow frei verfügen kann, zB nach Übergabe der entsprechenden Unterlagen oder Einschulung von Mitarbeitern der Gesellschaft.[412] Denn erst dann hat der Kommanditist der

---

409 Nw oben Fn 399.

410 S zur Aufrechnung mit dem Regressanspruch des Kommanditisten unten bei und in Fn 841 ff.

411 S dazu unten bei und in Fn 852 ff.

412 Zutr *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 140; vgl *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2858. Verfügt dagegen lediglich der (auch geschäftsführende) Kommanditist selbst über das Knowhow, ist eine Haftungsbefreiung mE allenfalls möglich, sobald und soweit er der Gesellschaft daraus einen tatsächlichen Vorteil verschafft hat (zB konkret bezifferbare, bereits realisierte Kosteneinsparungen).

Gesellschaft Vermögen zugewendet, das über eine bloße schuldrechtliche Leistungsverpflichtung gegen den Kommanditisten selbst hinausgeht.

Auch eine Verpflichtung des Kommanditisten zur Erbringung (zukünftiger) Dienstleistungen ist mE keine taugliche haftungsbefreiende Einlage (vgl insofern § 20 Abs 2 AktG und dazu oben II.D.6.c.v.3. [81]). ISd § 171 Abs 1 UGB gelten als Einlage geschuldete Dienstleistungen mE vielmehr stets erst mit ihrer tatsächlichen *Erbringung* als zugewendet.[413] Damit sind die Unterschiede im Vergleich zu jener Ansicht, die Dienstleistungen überhaupt die Einlagefähigkeit abstreitet, im Ergebnis nicht allzu groß. Denn nach Ansicht jener Autoren könne der Kommanditist Dienstleistungen zwar nicht als Gegenstand einer Sacheinlage vereinbaren; stattdessen sei es aber zulässig, die Erbringung von Dienstleistungen gegen ein (angemessenes) Entgelt zu vereinbaren und dieses Entgelt (anstelle einer Auszahlung) sukzessive auf die Einlage des Kommanditisten anzurechnen, sobald und soweit der Kommanditist seinen vertraglichen Leistungspflichten nachgekommen ist.[414] Warum es dann aber nicht auch zulässig sein soll, mit demselben Ergebnis unmittelbar die Erbringung der Dienstleistungen als Sacheinlage zu vereinbaren und sukzessive auf die haftungsbefreiende Einlage anzurechnen, ist nicht einsichtig.

> **Beispiel:** Ein Kommanditist verpflichtet sich zur Tätigkeit als Geschäftsführer für eine KG und kommt dieser Tätigkeit auch in angemessenem Umfang nach. Die KG erspart sich dadurch die Kosten für die Anstellung eines Managers, die sich auf 100 pro Monat belaufen hätten. Der Kommanditist wird, solange er die Tätigkeit des Geschäftsführers ordnungsgemäß verrichtet, deshalb mE mit Ablauf jedes Monats in Höhe von 100 von seiner Außenhaftung frei. Nach Ablauf eines Jahres beträgt die Haftungsbefreiung also (12 * 100 =) 1.200, nach 5 Jahren (5 * 1.200 =) 6.000. Stellt der Kommanditist danach seine Tätigkeit ein, bleibt er auch in Höhe von 6.000 von seiner Außenhaftung frei.

Überhaupt können wiederkehrende und Dauer-Leistungen den Kommanditisten mE grundsätzlich nur *pro rata temporis* von seiner Außenhaftung befreien, soweit der Kommanditist sukzessive werthaltige Teilleistungen erbracht hat.[415] Eine schon anfängliche Haftungsbefreiung mit dem Barwert der versprochenen wiederkehrenden Leistungen wäre dagegen mE unzulässig, weil und soweit die Geltendmachung weiterer Teilleistungen in der

---

413 *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 161 Rz 19; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 55; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2861; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 16; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 31; *v. Falkenhausen*, DStR 1992, 186 (188); auch schon *A. Mayer*, Haftung 48; vgl *Horn* in *Heymann*, HGB II[2] § 171 Rz 17; OGH 6 Ob 743/80 SZ 54/42; *Harrer* 375; *Wiedemann*, GesR II 803: *zukünftige* Dienstleistungen nicht einlagefähig; auch *Pauli* 62; s zum Meinungsstand betreffend die Einlagentauglichkeit von Dienstleistungen im Allgemeinen oben Fn 194.

414 *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 139; *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 10.

415 *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 55, s auch Rz 52; iE auch *Konietzko* 129 ff; vgl für den Fall versprochener (zukünftiger) Tantiemen *Horn* in *Heymann*, HGB II[2] § 171 Rz 17.

Doppelinsolvenz von Gesellschaft und Kommanditist ungesichert wäre. Eine anfängliche Haftungsbefreiung mit dem Barwert der geschuldeten Dauerleistung ist allenfalls zulässig, wenn die Stellung der Gesellschaft dinglich gesichert ist (unten d. [131]), was insbesondere bei der Einbringung von Nutzungsrechten der Fall sein kann (unten II.E.4. [160]).

c. Einbringung einer besicherten Forderung gegen den Kommanditisten als Einlage?

Kann den Kommanditisten wenigstens die Einbringung einer *besicherten* Forderung gegen sich selbst von seiner Außenhaftung befreien? Bedeutung hat diese Frage insbesondere für die Beurteilung von Sacheinlagen, die der Kommanditist bloß zur Nutzung in die Gesellschaft eingelegt hat, wenn die Gesellschaft das Nutzungsrecht ähnlich wie ein Eigentümer gegen Eingriffe Dritter verteidigen kann (s dazu noch unten II.E.4. [160]).

Entscheidend muss sein, ob die Einbringung einer besicherten Forderung als Einlage noch mit dem bereits geklärten Fall vergleichbar ist, in dem der Kommanditist der Gesellschaft überhaupt noch die Leistung der Pflichteinlage schuldet – in letzterem Fall versagt das Gesetz ja die Haftungsbefreiung (s soeben). Die beiden Fälle sind mE nicht vergleichbar. Denn wurde für die Gesellschaftsforderung eine Sicherheit bestellt, so unterscheidet sich die Stellung der Gesellschaftsgläubiger sachlich in einem wesentlichen Umstand von Fällen, in denen der Kommanditist bloß im Innenverhältnis zur Leistung der Pflichteinlage verpflichtet worden ist: Der Wert der Sicherheit ist (anders als der Wert einer unbesicherten Forderung der Gesellschaft auf Leistung der Pflichteinlage) vom Insolvenzrisiko des Kommanditisten unabhängig. Durch den dinglichen Charakter von Pfandrechten fehlt dem Kommanditisten im Hinblick auf die bestellte Sicherheit auch die sachenrechtliche Verfügungsbefugnis (vgl §§ 458 ff ABGB).

> Eine *vollständige* Unabhängigkeit der Gesellschaftsgläubiger vom Insolvenzrisiko des Kommanditisten ergibt sich im UGB freilich auch dann nicht, wenn der Kommanditist eine (werthaltige) Einlage geleistet hat. Denn die „Rettung" der Einlage ins Gesellschaftsvermögen steht im UGB stets unter dem Vorbehalt, dass eine Einlagenrückgewähr (außerhalb der Gesellschaftsinsolvenz) mit Zustimmung aller Gesellschafter gesellschaftsrechtlich ohne weiteres zulässig bleibt und lediglich die Haftung des Kommanditisten aufleben lässt (§ 172 Abs 3 UGB). Das Gesetz geht aber wohl davon aus, dass der

Komplementär sachlich ungerechtfertigten Ausschüttungswünschen der Kommanditisten entgegen treten würde.[416]

Für den Fall der Insolvenz eines Gesellschafters ist eine Auseinandersetzung mit diesem sogar als gesetzlicher Normalfall vorgesehen (vgl § 131 Abs 1 Z 5 iVm § 137 UGB); die Auseinandersetzung bedingt wiederum die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens an den insolventen Kommanditisten und insofern auch eine Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB. Auch mit Leistung der haftungsbefreienden Einlage werden die Gläubiger einer KG deshalb vom Insolvenzrisiko des Kommanditisten nicht gänzlich frei. Der OGH verbessert die Stellung der Gesellschaftsgläubiger allerdings. Denn nach Ansicht des Gerichts ist die Auszahlung einer Abfindung an ausscheidende Gesellschafter iE nur zulässig, soweit eine Befriedigung der KG-Gläubiger dadurch nicht gefährdet wird.[417] Entsprechendes muss dann wohl auch für das Recht der Privatgläubiger eines Kommanditisten gelten, gem § 135 UGB die Gesellschaft zu kündigen und in in den Auseinandersetzungsanspruch des Kommanditisten zu vollstrecken. Denn der Privatgläubiger kann gem § 135 UGB ja grundsätzlich nur ein Recht geltend machen, das dem Kommanditisten selbst gegen Gesellschaft und Mitgesellschafter zusteht. Auch ein Privatgläubiger des Kommanditisten kann daher lediglich die Auszahlung des tatsächlich bestehenden Auseinandersetzungsguthabens verlangen, dessen Höhe sich nach der Rechtsprechung wiederum zwingend aus dem anteiligen Reinvermögen der KG zu ergeben hat. Zumindest unter Zugrundelegung der (mE zweifelhaften) Rechtsprechung des OGH wären die Gesellschaftsgläubiger also vor der Auszahlung einer Abfindung aus dem Gesellschaftsvermögen geschützt, durch die die Fähigkeit der Gesellschaft zur Begleichung ihrer Verbindlichkeiten ernsthaft bedroht würde.

Jedenfalls in der Doppelinsolvenz von KG und Kommanditist ist die vom Kommanditisten bereits geleistete, haftungsbefreiende Einlage aber Bestandteil der KG-Masse und steht damit zur Befriedigung der KG-Gläubiger zur Verfügung (soweit sie nicht bereits zuvor aufgebraucht worden ist[418]); eine Rückgewähr der Einlage iSd § 172 Abs 3 UGB wäre in der Gesellschaftsinsolvenz grundsätzlich unzulässig (s dazu noch näher unten II.E.3.d. [139]).[419] Die *ausständige* Pflichteinlage bzw ungedeckte Haftsumme (§ 171 Abs 2 UGB) kann dagegen in der Doppelinsolvenz grundsätzlich bloß (vom Insolvenzverwalter über das KG-Vermögen) als Insolvenzforderung im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Kommanditisten angemeldet werden und wird daher zugunsten der KG-Gläubiger auch nur in Höhe der Insolvenzquote im Insolvenzverfahren des Kommanditisten einbringlich sein.[420] In der Doppelinsolvenz von KG und Kommanditist stellt daher nur die bereits geleistete Einlage sicher, dass

---

416 BGH II ZR 25/70 NJW 1973, 1036 (1038); wN oben Fn 65 f.

417 OGH 12.9.1996, 8 Ob 2035/96i: *„Jeder Gesellschaftsgläubiger darf sich darauf verlassen, daß ein ausscheidender Gesellschafter nur einen Abschichtungsbetrag erhält, wenn seine (des Gesellschaftsgläubigers) im Zeitpunkt des Ausscheidens entstandene Forderung zur Gänze im Gesellschaftsvermögen gedeckt ist und voll befriedigt wird."* S auch schon OGH 8 Ob 16/94 SZ 68/28; vgl auch OGH 21.12.1995, 2 Ob 594/95, wonach die § 149 Abs 1, § 155 UGB über die Liquidation auf verdeckte Kapitalgesellschaften *zwingend* anzuwenden seien; § 145 Abs 1 UGB sei insofern teleologisch zu reduzieren (s dazu auch *Dellinger*, JBl 1991, 629).

418 Vgl oben bei und in Fn 110 ff.

419 Vgl BGH II ZR 28/84 BGHZ 93, 159 (164).

420 Vgl dazu *Trenker* 268.

der Kommanditist tatsächlich eigenes Vermögen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger aufgebracht hat bzw überhaupt aufbringen wird.

Dass nur der Wert einer bereits geleisteten Pflichteinlage vom Insolvenzrisiko des Kommanditisten unabhängig ist, während die bloß im Innenverhältnis geschuldete Einlage nur abhängig von der persönlichen Vermögenslage des Kommanditisten einbringlich ist, ist mE auch der wesentliche Grund, der diese beiden Fälle teleologisch voneinander unterscheidet.[421] Denn gerade der mit der Einbringung einer Einlage ins Gesellschaftsvermögen verbundene Schutz der Gesellschaftsgläubiger vor einem Zugriff des Kommanditisten bzw seiner Privatgläubiger auf die geleistete Sache *rechtfertigt* mE teleologisch auch die Haftungsbefreiung des Kommanditisten:[422] Mit der Leistung einer haftungsbefreienden Einlage wird den Gesellschaftsgläubigern das Privatvermögen des Kommanditisten als Haftungsobjekt entzogen. Auch wenn die geleistete Einlage in der Folge einen Wertverlust erleiden sollte, können die Gläubiger vom Kommanditisten keine Ersatzleistung aus dessen Privatvermögen verlangen (vgl § 172 Abs 3 S 2 UGB).[423] Dafür werden die Gesellschaftsgläubiger durch die Leistung einer Einlage vom Insolvenzrisiko des Kommanditisten frei, weil sie nun auf die im Gesellschaftsvermögen befindliche, geleistete Einlage unabhängig von der weiteren Vermögensentwicklung des Kommanditisten zugreifen können.[424] Insofern wird der mit der Einlagenleistung verbundene Nachteil für die Gesellschaftsgläubiger (Entzug des Privatvermögens des Kommanditisten als Haftungsobjekt)[425] mit dem Vorteil ausgeglichen, dass die Gläubiger vom Insolvenzrisiko des Kommanditisten frei werden. Aus diesem Grund kann man davon ausgehen, dass die unmittelbare Haftung aus der Haftsumme und die Leistung einer Einlage für die Gesellschaftsgläubiger typisiert gleichwertige Befriedigungsgarantien darstellen.[426] Diese Gleichwertigkeit liegt nach dem Gesagten aber nur vor, wenn und weil der Wert der geleisteten Einlage auch tatsächlich vom Insolvenzrisiko des Kommanditisten unabhängig ist.[427] Nur eine Einlage, deren Wertentwicklung von der persönlichen Mitwirkung und Vermögensentwicklung des Kommanditisten unabhängig und einem Zugriff der

421 Vgl *Potsch* 127 ff.
422 Vgl *Potsch* 129.
423 Vgl zB den Sachverhalt in BGH II ZR 132/83 NJW 1984, 2290; auch *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 3 (5): Der Kommanditist sei vor einem „Verdunsten" der Einlage nicht gefeit.
424 Vgl auch *K. Schmidt*, ZHR 154 (1990) 237 (247 f f).
425 Vgl auch *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (45 f).
426 Vgl *Potsch* 129; vgl allgemein zur Gleichwertigkeit von Einlagenleistung und Haftung auch die Nw oben in Fn 116.
427 Vgl auch *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (58).

Privatgläubiger des Kommanditisten (ausgenommen über § 135 UGB) entzogen ist, kann insofern der persönlichen Haftung des Kommanditisten ebenbürtig sein, weil nur eine solche Einlage vom Insolvenzrisiko des Kommanditisten weitgehend unabhängig ist.[428] Auf diese Weise lässt sich mE am stichhaltigsten begründen, warum der Gesetzgeber dem Kommanditisten mit Einlagenleistung Haftungsbefreiung gewährt – noch nicht aber, wenn der Kommanditist bloß die Leistung einer Einlage im Innenverhältnis schuldet. Denn der Wert der Gesellschaftsforderung auf Einlagenleistung ist gerade nicht vom Insolvenzrisiko des Kommanditisten frei.

> **Beispiel:** Folgendes Beispiel soll den mit der Leistung einer haftungsbefreienden Einlage einhergehenden Risikoübergang demonstrieren. Ein Kommanditist verfügt in seinem Privatvermögen über ein Gemälde (Wert 5.000) und ein Aktienpaket (Wert 3.000). Seine Haftsumme beträgt 3.000.
>
> Solange der Kommanditist keine Einlage geleistet hat, können die Gesellschaftsgläubiger über die persönliche Außenhaftung des Kommanditisten auf das gesamte persönliche Vermögen des Kommanditisten bis zum Wert der Haftsumme zugreifen. Dabei sind die Gesellschaftsgläubiger vom Risiko des Untergangs sowohl des Gemäldes als auch des Aktienpakets jeweils individuell unabhängig: Sollte das Gemälde verloren gehen, können sie immer noch auf das Aktienpaket zugreifen. Sollte das Aktienpaket verloren gehen, können sie auf das Gemälde zugreifen. Der Kommanditist kann einem Gesellschaftsgläubiger nicht entgegen halten, dass die als Pflichteinlage *vorgesehene* Sache durch Zufall untergegangen wäre. Nur wenn beide Objekte verloren gehen sollten und der Kommanditist insgesamt mittellos wird, würde die Haftsumme wirtschaftlich wertlos werden.
>
> Sobald der Kommanditist das Aktienpaket aber als Einlage in die Gesellschaft einbringt, wird das den Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehende Haftungsobjekt konkretisiert. Die Gesellschaftsgläubiger trifft nun das Risiko eines Wertverlusts oder Untergang des Aktienpakets: Wenn die allgemeine Kursentwicklung zB den Wert des Aktienpakets auslöscht, verlieren die Gesellschaftsgläubiger ihr Haftungsobjekt; auch auf das Gemälde können sie diesfalls nicht zugreifen, weil die persönliche Haftung des Kommanditisten mit der Einlagenleistung ja untergegangen ist. Insofern ist das Risiko für einen Wertverlust am Aktienpaket mit der Einlagenleistung im Außenverhältnis vom Kommanditisten auf die Gesellschaftsgläubiger übergegangen. Mit der Einbringung des Aktienpakets als Einlage werden die Gesellschaftsgläubiger dafür vom Insolvenzrisiko des Kommanditisten befreit: Auch wenn der Kommanditist sein gesamtes persönliches Vermögen verbraucht, bleibt das Aktienpaket Teil des Gesellschaftsvermögens, auf das die Gesellschaftsgläubiger zugreifen können, grundsätzlich (vgl § 135 UGB) nicht aber die Privatgläubiger des Kommanditisten.
>
> Mit der Einbringung des Aktienpakets als haftungsbefreiende Einlage ist für die Gesellschaftsgläubiger also sowohl ein Vor- als auch ein Nachteil verbunden: Solange der Kommanditist *keine* Einlage

[428] Vgl auch *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (58).

geleistet hat, können die Gesellschaftsgläubiger auf sein gesamtes, der Exekution unterworfenes Vermögen zugreifen. Der Kommanditist kann einem Gesellschaftsgläubiger nicht entgegen halten, dass die als Pflichteinlage vorgesehene Sache durch Zufall untergegangen wäre. Dafür trifft die Gesellschaftsgläubiger bis zur Leistung einer Einlage das Insolvenzrisiko des Kommanditisten. Die Gesellschaftsgläubiger sind auch nicht davor gefeit, dass der Kommanditist sein gesamtes persönliches Vermögen verschleudert und so die Haftsumme entwertet. Solange der Kommanditist dagegen eine Einlage geleistet hat, besteht diese Gefahr nicht.

Angenommen, der Kommanditist könnte auch bloß einen schuldrechtlichen Anspruch der Gesellschaft auf Übergabe des Aktienpakets als haftungsbefreiende Einlage einbringen. Weiters angenommen, dieser Anspruch wäre auch auch zunächst werthaltig gewesen. Das Haftungsobjekt der Gesellschaftsgläubiger würde dadurch ebenso konkretisiert wie bisher – die Gesellschaftsgläubiger könnten nur mehr (über den Anspruch der Gesellschaft) auf das Aktienpaket zugreifen, nicht mehr aber auf das Gemälde. Damit würde die Gesellschaftsgläubiger auch das Risiko eines Wertverlusts treffen: Wenn das Aktienpaket durch einen Börsen-Crash wertlos wird, wird damit auch die Forderung der Gesellschaft wertlos, ohne dass damit aber ein Aufleben der Außenhaftung des Kommanditisten verbunden wäre. Gleichzeitig wären die Gesellschaftsgläubiger aber auch dem Insolvenzrisiko des Kommanditisten ausgesetzt: Sie wären nicht davor gefeit, dass der Kommanditist sein Vermögen (inklusive des Aktienpakets) verbraucht oder dass Privatgläubiger des Kommanditisten darauf zugreifen. Würde die Einbringung der Forderung (auf Übergabe des Aktienpakets) den Kommanditisten schon vor seiner Haftung befreien, wären die Gesellschaftsgläubiger daher benachteiligt – sowohl im Vergleich zur Einlagenleistung durch tatsächliche Übergabe des Aktienpakets, als auch im Vergleich zur persönlichen Außenhaftung des Kommanditisten.

Zusammenfassend befreit § 171 Abs 1 UGB den Kommanditisten von seiner Außenhaftung, wenn er eine Einlage geleistet hat – nicht aber, wenn er bloß im Innenverhältnis die Leistung einer Pflichteinlage schuldet. Der wesentliche teleologische Unterschied zwischen diesen beiden Fällen ist im Hinblick auf den Gläubigerschutz, dass erst die *geleistete* Einlage exklusiv Gesellschaft und Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung steht und vor einem Zugriff des Kommanditisten und seiner Privatgläubiger relativ geschützt ist.

Auch durch die Bestellung einer Sicherheit für eine vom Kommanditisten als Einlage eingebrachte Forderung werden Gesellschaft und Gesellschaftsgläubiger vom Insolvenzrisiko des Kommanditisten unabhängig. Dies rechtfertigt es mE, die Gesellschaftsgläubiger auf die bestellte Sicherheit als alleiniges Haftungsobjekt zu verweisen und den Kommanditisten von seiner Außenhaftung zu befreien – freilich nicht ohne weiteres mit dem Nennwert der Sicherheit oder der besicherten Forderung, sondern bloß in Höhe des tatsächlichen Werts der Sicherheit. Eine bestellte Sicherheit kann insofern zwar „Einlage“ iSd § 171 Abs 1 UGB sein, muss aber freilich wie jede andere haftungsbefreiende Einlage auch tatsächlich werthaltig

sein. Zu einer Haftungsbefreiung kommt es gleichermaßen durch Pfandbestellung wie durch die Beistellung eines dritten Bürgen. Bringt der Kommanditist dagegen eine unbesicherte Forderung gegen sich selbst als Pflichteinlage in die Gesellschaft ein, wird er dadurch noch nicht von seiner Außenhaftung frei. Denn alleine durch das Eingehen einer Verbindlichkeit gegenüber der Gesellschaft hat der Kommanditist noch kein eigenes Vermögen aufgebracht, das einem Zugriff durch den Kommanditisten bzw dessen Privatgläubiger entzogen wäre.

d. Weitere Fälle

Im Folgenden sollen noch weitere Fälle besprochen werden, in denen fraglich ist, ob bzw in welchem Zeitpunkt von der Leistung einer haftungsbefreienden Einlage auszugehen ist. Soeben wurde die Frage erörtert, was der wesentliche teleologische Unterschied zwischen den vom Gesetz unterschiedlich behandelten Fällen handelt ist, ob der Kommanditist eine Einlage geleistet hat oder bloß die Leistung einer Einlage schuldet. Dazu wurde die These aufgestellt, der wesentliche Unterscheid liege darin, dass erst die geleistete Einlage gegen einen Zugriff durch den Kommanditisten und dessen Privatgläubiger abgesichert ist. Insofern *rechtfertige* erst die Eingliederung eines Vermögenswerts ins Gesellschaftsvermögen, der einem Zugriff durch den Kommanditisten und dessen Privatgläubiger entzogen ist, eine Befreiung des Kommanditisten von seiner Außenhaftung. Dementsprechend liegt eine „Einlage" iSd § 171 Abs 1 UGB mE allgemein nur vor, *wenn der Kommanditist einen Vermögenswert auf die Gesellschaft übertragen hat, der einem Zugriff durch den Kommanditisten und dessen Privatgläubiger entzogen ist und dessen Wert daher vom Insolvenzrisiko des Kommanditisten unabhängig ist.*

Weil eine Einlagenrückgewähr in der KG grundsätzlich zulässig ist (§ 172 Abs 3 UGB), kann damit freilich nicht gemeint sein, dass die Einlage „auf ewig" im Gesellschaftsvermögen gebunden werden müsste. Wesentlich ist mE vielmehr vor allem, dass *der Wert der Einlage in der Doppelinsolvenz von KG und Kommanditist ausschließlich den Gläubigern der KG zur Verfügung steht.* Denn dies ist der relevante „Testfall" für die Frage, ob die geleistete Einlage vom Insolvenzrisiko des Kommanditisten unabhängig geworden ist. Dafür kommt es vor allem darauf an, dass die Gesellschaft grundsätzlich die tatsächliche Sachherrschaft innehat und ihr Nutzungsrecht gegen den Kommanditisten und dessen Rechtsnachfolger im Insolvenzfall verteidigen kann.

Diese Überlegungen sind mE nicht bloß auf Forderungen des Kommanditisten gegen die Gesellschaft anzuwenden, sondern auf *alle* Einlagenleistungen. Auf diese Weise kann

allgemein der Zeitpunkt der Einlagenleistung iSd § 171 Abs 1 UGB anhand der Testfrage präzisiert werden, ob ein Vermögenswert auf die Gesellschaft übertragen worden ist, der in der Doppelinsolvenz von Gesellschaft und Kommanditist in der Gesellschaftsmasse verbleibt:

Schuldrechtliche, positive Leistungspflichten sind in der Regel nicht insolvenzfest. Im Allgemeinen liegt eine „geleistete Einlage" iSd § 171 Abs 1 UGB deshalb nur vor, soweit für die Realisierung des Werts der Einlage ein positives Mitwirken des Kommanditisten nicht mehr erforderlich ist. Leistungszeitpunkt einer Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB ist dementsprechend grundsätzlich spätestens der Zeitpunkt, in dem die Leistungsverpflichtung des Kommanditisten durch Erfüllung untergegangen ist – die Höhe der Haftungsbefreiung bleibt freilich vom Vorteil abhängig, den die Gesellschaft dadurch tatsächlich erhalten hat.[429]

Die Einbringung von Bargeld[430] und anderen körperlichen Sachen, Immaterialgüterrechten[431] und Forderungen gegen Dritte[432] zum Eigentum (*quoad dominium*) ist somit mit der tatsächlichen Übergabe samt Eigentumsverschaffung[433] bzw Übertragung des geschuldeten Rechts[434] vollendet.[435] Auch sonstige dingliche Rechte gelten als geleistet iSd § 171 Abs 1 UGB, sobald die Gesellschaft Rechtsinhaber geworden ist. S zu Einlagen *quoad sortem* und *quoad usum* unten II.E.4. [160].

Auch Immaterialgüterrechte sind mE einlagefähig, soweit sie in der Doppelinsolvenz von Gesellschaft und Kommanditist bei der KG-Masse verbleiben. So hatte der BGH einen Fall zu beurteilen, bei dem ein bekannter Sportverein einem Sportartikelhersteller zu Marketingzwecken Nutzungsrechte am Vereinsnamen und -logo einräumen wollte. Im Gegenzug sollte der Sportartikelhersteller eigene Aktien an den Sportverein ausgeben. Der BGH hat die grundsätzliche Einlagenfähigkeit solcher Nutzungsrechte im AG-Recht

---

429 *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 125 stellt dagegen auf den Zeitpunkt ab, in dem die Einlage als Vermögensgegenstand in die Bilanz aufzunehmen ist.

430 Ist die Thesaurierung zukünftiger Gewinne als Einlage vereinbart, liegt im Grundsatz auch bloß eine Bareinlage vor, deren *modus* näher bestimmt ist. Auch in diesem Fall wird der Kommanditist nur soweit von seiner Haftung frei, als tatsächlich Gewinne thesauriert werden (vgl BGH II ZR 176/80 WM 1982, 5; s zur Gewinnthesaurierung noch unten V.E.3. [293]). Zeitpunkt der Einbringung einer Bareinlage mittels Banküberweisung ist der Zeitpunkt der Gutschrift des Betrags auf dem Konto der Gesellschaft (*Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 26 mwN).

431 Vgl BGH II ZR 359/98 BB 2000, 1643.

432 Oben Fn 191; vgl *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 73; aA für die Einlagentauglichkeit von Dienstleistungsverpflichtungen Dritter *K. Schmidt*, ZHR 154 (1990) 237 (254).

433 *Potsch* 140; vgl zur Einbringung einer Liegenschaft mit grundbücherlicher Eintragung FG Nürnberg II 553/2000 DStRE 2003, 1354.

434 Vgl Reichstagsvorlage HGB 1897, 82.

435 Vgl *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 54: „Übereignung".

bejaht.[436] Überträgt man den Fall auf die KG, ist dieses Ergebnis mE grundsätzlich richtig: Soweit eine KG in der Insolvenz des Kommanditisten zur Aussonderung der als Einlage eingebrachten Nutzungsrechte berechtigt wäre, sind diese Nutzungsrechte auch tauglicher Gegenstand einer Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB.

3. Leistungsverpflichtung der Gesellschaft gegenüber dem Kommanditisten als Einlagenrückgewähr?

a. Problemstellung

Im Hinblick auf § 172 Abs 3 UGB stellt sich die Frage, ob die Haftung des Kommanditisten schon auflebt, sobald er einen auf eine (offene oder verdeckte) Einlagenrückgewähr gerichteten Anspruch gegen die Gesellschaft erwirbt. Wichtigstes Beispiel für einen auf eine offene Einlagenrückgewähr gerichteten Anspruch ist der Auseinandersetzungsanspruch. Lebt die Haftung des Kommanditisten schon auf, sobald er aus der Gesellschaft ausscheidet, weil zu diesem Zeitpunkt der Abfindungsanspruch des Kommanditisten gegen die Gesellschaft entsteht? Bei der verdeckten Einlagenrückgewähr stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob ein für die Gesellschaft nachteiliges Geschäft schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Haftung des Kommanditisten aufleben lässt, oder aber erst im Zeitpunkt der Geschäftsausführung.

> **Beispiel:** Die Gesellschaft verkauft dem Kommanditisten Waren mit wahrem Wert 1.000 um 600. Lebt die Haftung des Kommanditisten im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung in Höhe von 400 auf, oder aber erst, sobald die Gesellschaft die verkauften Waren tatsächlich an den Kommanditisten übergibt?

Nicht zur Problemstellung dieses Abschnitts zählen Forderungen eines Kommanditisten gegen die Gesellschaft, die sachlich gerechtfertigt sind, weil es sich dabei um Forderungen auf die Ausschüttung eines wirklich erzielten Gesellschaftsgewinns oder Forderungen aus drittvergleichsfähigen Drittgeschäften handelt. In diesen Fällen scheidet eine Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB von vornherein aus, sodass sich die Frage nach dem allfälligen Zeitpunkt einer Einlagenrückgewähr gar nicht erst stellt.

---

[436] BGH II ZR 359/98 BB 2000, 1643.

b. Meinungsstand

Nach wohl überwiegender Ansicht lebt die Haftung des Kommanditisten nicht mit Anspruchsbegründung, sondern erst mit tatsächlicher Leistung wieder auf. Das Meinungsbild ist aber unübersichtlich. Die grundsätzliche Frage, ob durch die bloße Einräumung einer Forderung zugunsten des Kommanditisten eine Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB verwirklicht werden kann, wird nur selten explizit angesprochen; wo die Frage angesprochen wird, wird sie mehrheitlich verneint.[437] Zur Frage, ob bereits der Abschluss eines für die Gesellschaft nachteiligen Drittgeschäfts die Haftung des Kommanditisten aufleben lässt, hat, soweit ersichtlich, nur *Strohn* explizit Stellung bezogen: Nach seiner Ansicht soll die Haftung des Kommanditisten erst aufleben, sobald er von der Gesellschaft tatsächlich eine Leistung bezogen hat.[438]

Stärker im Blickfeld der Diskussion steht der Auseinandersetzungsanspruch. Der mit dem Ausscheiden des Kommanditisten aus der Gesellschaft entstandene (vgl § 137 UGB), aber noch nicht ausbezahlte Auseinandersetzungsanspruch lässt die Haftung des ausgeschiedenen Kommanditisten nach herrschender Ansicht noch nicht wieder aufleben, sondern erst dessen tatsächliche Auszahlung[439] – dies wurde allerdings insbesondere von *K. Schmidt* bestritten,[440] dazu in Kürze. Auch die Umwandlung des Auseinandersetzungsanspruchs in ein Darlehen[441] oder eine stille Beteiligung[442] lässt die Haftung des Kommanditisten nach der wohl überwiegenden Ansicht noch nicht wieder

---

437 Nach *Häsemeyer* kommt es auf Parteiabreden grundsätzlich nicht an: *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (52); vgl für den Fall gewinnunabhängiger Entnahmerechte BGH II ZR 73/11 DB 2013, 1406; vgl auch *Wiedemann* in FS Bärmann 1037, 1040 ff: Kein Aufleben der Außenhaftung des Kommanditisten, wenn Gesellschaftsvermögen nicht geschmälert wird, zB wenn die Einlage aufgrund eines schuldrechtlichen Vertrags erhalten bleibt. Eine Einlagenrückgewähr grundsätzlich bejahend dagegen *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 172 Rz 28, in Rz 34 verneinen sie aber eine Einlagenrückgewähr bei Umbuchung der Einlage auf ein Forderungskonto des Kommanditisten.

438 *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 25.

439 RIS-Justiz RS0116243, OGH 3 Ob 276/01m SZ 2002/29; RIS-Justiz RS0061943; *Gursky*, DB 1978, 1261 (1264); *Gramlich*, NJW 1967, 1447 (1451); *Harrer*, wbl 1992, 10 (17); *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 172 Rz 14; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 172 Rz 5; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 172 Rz 20; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2895; *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (69); *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 30; vgl OGH 7 Ob 647/82 SZ 55/103.

440 S insb *K. Schmidt*, Einlage 72 ff; s auch noch die Nw sogleich Fn 445 ff.

441 BGH II ZR 124/61 BGHZ 39, 319; *Huber*, ZGR 1988, 1 (25); *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 172 Rz 14; *Gramlich*, NJW 1967, 1447 (1451); *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 24; *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (69); *Tschierschke* 17 f, 19 ff; *Berg*, JuS 1974, 685 (691); aA (Umwandlung des Auseinandersetzunganspruchs in ein Darlehen grundsätzlich haftungsschädlich) *K. Schmidt*, Einlage 73; *Konietzko* 109 f; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2986, 3031; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 56; *Schall/Warmer* in *Heidel/Schall*, HGB § 172 Rz 34 f; s auch *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (420 f).

442 *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 39; aA *K. Schmidt*, Einlage 77; *ders* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 72; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 3031.

aufleben. Dies wird damit begründet, dass nur durch eine tatsächliche Zuwendung aus dem Gesellschaftsvermögen die Fähigkeit der Gesellschaft zur Gläubigerbefriedigung vermindert würde.[443] Nach einem Urteil des BGH aus dem Jahr 1982, das in der deutschen Literatur einige Gefolgschaft gefunden hat, ist hingegen danach zu differenzieren, ob das Darlehen in der Gesellschaftsinsolvenz nachrangig ist.[444]

Gegen die hM zum Auseinandersetzungsanspruch haben sich auf Grundlage der Vertragstheorie insbesondere *Knobbe-Keuk* und *K. Schmidt* gewandt.[445] Nach ihrer Ansicht bleibt der Kommanditist nur solange von seiner Haftung frei, als die Einlage auch „als solche" im Gesellschaftsvermögen erhalten bleibt, das heißt als als Einlage gebundenes[446], haftendes[447], am Gesellschaftsverlust partizipierendes Vermögen. Soweit ein Kommanditist über einen Anspruch gegen die KG verfügt, der zur Konkursteilnahme berechtigt, liege aber keine Verlustbeteiligung dieses Kommanditisten mehr vor.[448] Der Funktion der Einlage, haftendes Kapital zu bilden, würde diesfalls nicht länger Genüge getan.[449] Forderungen des Kommanditisten gegen die Gesellschaft seien daher grundsätzlich haftungsschädlich: Werde der Auseinandersetzungsanspruch des Kommanditisten in ein Darlehen[450] oder eine stille Beteiligung[451] umgewandelt, müsse die Haftung des Kommanditisten mit dem Entstehen des Rückzahlungsanspruchs aufleben. Nach Ansicht von *K. Schmidt* soll sogar das bloße Ausscheiden aus der Gesellschaft eine Aufhebung der „Bindung der Einlage" bewirken,

---

443 BGH II ZR 124/61 NJW 1963, 1873 (1876).

444 BGH II ZR 16/81 NJW 1982, 2253 [*K. Schmidt*]; ebenso *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 172 Rz 19; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 23; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2956, 2986; *Cebulla*, DStR 2000, 1917 (1922 f); *Geißler*, GmbHR 2014, 458 (462); *Potsch* 133 f, 182 ff; am Erfordernis der Nachrangigkeit zweifelnd *Wiedemann*, GesR II 810 f, s aber auch dort 804, wo *Wiedemann* für die Haftungsbefreiung aufgrund Darlehensgewährung sehr wohl einen (zumindest konkludenten) Rangrücktritt fordert.

445 *K. Schmidt*, Einlage 72 ff, s auch dort S 119 ff; *dens*, ZGR 1976, 307 (331); *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (420 f); s auch *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR[2] §§ 171, 172 HGB Rz 52.

446 *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (420 f); *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2986; *Schall/Warmer* in *Heidel/Schall*, HGB § 172 Rz 34; *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR[2] §§ 171, 172 HGB Rz 52; *Cebulla*, DStR 2000, 1917 (1922 f); vgl auch *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 40.

447 Vgl *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 37.

448 *K. Schmidt*, Einlage 73; auch *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 23 geht davon aus, dass durch die Umwandlung der Einlage in ein im Insolvenzverfahren gleichrangiges Darlehen die Eigenkapitalqualität entfalle, sodass die Haftung wieder aufleben müsse; ebenso *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 172 Rz 19, 27; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2956, 2986; iE auch *Cebulla*, DStR 2000, 1917 (1922 f).

449 *K. Schmidt*, Einlage 72.

450 So auch *Konietzko* 109 f; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2986, 3031; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 56; *Schall/Warmer* in *Heidel/Schall*, HGB § 172 Rz 34 f; vgl insofern bloß die Vertragstheorie (unten III.B.2. [215]) referierend *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1046 f).

451 *K. Schmidt*, Einlage 77; *ders* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 72; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 3031.

sodass die Außenhaftung des Kommanditisten ohne weiteres im Zeitpunkt seines Ausscheidens wieder aufleben würde.[452]

c. Teleologische Interpretation

Aus Gründen des Gläubigerschutzes muss die Haftung des Kommanditisten gem § 172 Abs 3 UGB grundsätzlich aufleben, sobald und soweit das Gesellschaftsvermögen zugunsten des Kommanditisten verringert wurde.[453] Dies hat seinen Grund darin, dass mit jeder Verringerung des Gesellschaftsvermögens – und sei es nur der drohende Entgang zukünftiger Einnahmen (oben II.D. [49]) – auch eine Verkürzung des den Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehenden Haftungsfonds verbunden ist. Auch Ansprüche des Kommanditisten gegen die Gesellschaft beeinträchtigen (in wirtschaftlicher Betrachtung) grundsätzlich das Gesellschaftsvermögen. Ob durch die bloße Begründung einer Forderung des Kommanditisten gegen die Gesellschaft auch der den Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehende Haftungsfonds verringert wird, hängt aber davon ab, ob der betreffende Anspruch in der Gesellschaftsinsolvenz nachrangig ist:[454]

- Die Begründung einer *nachrangigen* Forderung gegen die Gesellschaft lässt den Haftungsfonds zugunsten der Gesellschaftsgläubiger zunächst unangetastet. Weder wird durch eine nachrangige Verbindlichkeit das Aktivvermögen der Gesellschaft beeinträchtigt,[455] noch müssen sich die Gesellschaftsgläubiger das Vermögen der KG in der Gesellschaftsinsolvenz mit einem zusätzlichen Konkurrenten teilen. Im Hinblick auf nachrangige Forderungen des Kommanditisten ist es zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger deshalb mE grundsätzlich ausreichend, wenn die Haftung des Kommanditisten erst im Fall einer tatsächlichen Gesellschaftsleistung auflebt. Bis dahin kann der Kommanditist mit seinen

---

452 *K. Schmidt*, Einlage 73 f; s auch *dens*, ZGR 1976, 307 (334); aA mit mE unzutreffender Begründung (der Auseinandersetzungsanspruch sei überhaupt nur soweit auszahlbar, als die Haftsumme davon nicht berührt wird) *Harrer*, wbl 1992, 10 (17), vgl dazu auch *dens*, Personengesellschaft 388 f.

453 Vgl *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 3 (5): „kommunizierende Gefäße"; *dens*, GesR AT Rz 698; s auch die Nw oben Fn 129 ff, 152.

454 Vgl *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I^2 § 172 Rz 20.

455 Vgl OGH 3 Ob 276/01m SZ 2002/29; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I^2 § 172 Rz 20.

nachrangigen Forderungen gegen die Gesellschaft dagegen von seiner Außenhaftung frei bleiben.[456]

- Soweit der Anspruch des Kommanditisten in der Gesellschaftsinsolvenz als gleichrangige Insolvenzforderung geltend gemacht werden könnte, müssten sich die Gesellschaftsgläubiger den verbliebenen Haftungsfonds dagegen im Insolvenzfall mit dem Kommanditisten teilen. Schon in der Begründung der Forderung wäre insofern grundsätzlich eine Verringerung des den übrigen Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehenden Haftungsfonds zu erblicken; bereits durch die Anspruchsbegründung wäre dem Kommanditisten zulasten der übrigen Gesellschaftsgläubiger Gesellschaftsvermögen zugewendet worden.[457] Als notwendiges Korrektiv müsste diesfalls mE grundsätzlich schon mit Forderungsbegründung die Außenhaftung des Kommanditisten gem § 172 Abs 3 UGB wieder aufleben.[458]

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten: *Die Begründung einer auf eine Einlagenrückgewähr gerichteten*[459] *Forderung des Kommanditisten gegen die Gesellschaft lässt die Haftung des Kommanditisten grundsätzlich dann aufleben, wenn die Forderung in der Gesellschaftsinsolvenz als gewöhnliche Insolvenzforderung (oder gar als bevorrangte Forderung) geltend gemacht werden kann.* Ist die Forderung des Kommanditisten dagegen in der Gesellschaftsinsolvenz nachrangig, lebt die Haftung des Kommanditisten dagegen mE erst bei tatsächlicher Leistung der Gesellschaft auf.[460]

Der Auseinandersetzungsanspruch und auch alle übrigen auf eine offene Rückgewähr der Pflichteinlage gerichteten Forderungen des Kommanditisten sind in der Gesellschaftsinsolvenz nach zutreffender hM allerdings nachrangig.[461] Nach der

---

456 Vgl BGH II ZR 16/81 NJW 1982, 2253 [*K. Schmidt*]; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 3031; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 172 Rz 19; *Kirsch* 40 f; oben Fn 441, 444.

457 Vgl *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 73; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2956, 2986; auch *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 23; BGH II ZR 16/81 NJW 1982, 2253 [*K. Schmidt*].

458 Für die Haftungswirksamkeit gleichrangiger Verbindlichkeiten *K. Schmidt*, Einlage 73; BGH II ZR 16/81 NJW 1982, 2253 [*K. Schmidt*]; *Wiedemann*, GesR II 804; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 23; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 172 Rz 19, 27; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2956, 2986; vgl *Potsch* 183 f; auch *Hadding* in FS Fleck 71 (85 f).

459 Eine Forderung des Kommanditisten ist auf eine Einlagenrückgewähr gerichtet, wenn sie nicht sachlich gerechtfertigt ist; sachlich gerechtfertigt sind beispielsweise Forderungen aus drittvergleichsfähigen Drittgeschäften oder Ausschüttungsansprüche für einen wirklich erzielten Gesellschaftsgewinn. S zur diesbezüglichen Einteilung der Forderungen noch unten V.D.2. [278].

460 Ebenso die Nw oben Fn 444.

461 S dazu die Nw sogleich unter II.E.3.d.ii. [139], insb Fn 463 f; vgl RIS-Justiz RS0062045.

überwiegenden Ansicht[462] lassen solche Forderungen die Haftung des Kommanditisten auch erst mit tatsächlicher Leistung wieder aufleben. Dies ist mE richtig, *weil* diese Forderungen in der Gesellschaftsinsolvenz nachrangig sind.

Bei Forderungen, die auf eine verdeckte Einlagenrückgewähr gerichtet sind – insb Forderungen aus unausgeglichenen Drittgeschäften – wurde im Regelfall dagegen rechtsgeschäftlich *keine* Nachrangigkeit der Forderung in der Gesellschaftsinsolvenz vereinbart; entsprechendes gilt im Zweifel wohl auch für einen Abfindungsanspruch des ausgeschiedenen Kommanditisten, der in ein Darlehen umgewandelt wurde. Nach dem Gesagten müsste in diesen Fällen eigentlich schon die Anspruchsbegründung gem § 172 Abs 3 UGB zum Aufleben der Kommanditistenhaftung führen. Wie im folgenden Exkurs gezeigt werden soll, folgt aber alleine aus dem Umstand, *dass* die Erfüllung einer Forderung die Haftung des Kommanditisten gem § 172 Abs 3 UGB aufleben lassen würde, als Rechtsfolge ihre Nachrangigkeit in der Gesellschaftsinsolvenz.

Im Ergebnis erfüllt die Begründung bzw das Entstehen einer Forderung des Kommanditisten gegen die Gesellschaft deshalb (ohne entsprechende Erfüllungshandlung durch die Gesellschaft) mE nie den Tatbestand der Einlagenrückgewähr gem § 172 Abs 3 UGB: Denn entweder die betreffende Forderung war sachlich gerechtfertigt – in diesem Fall scheidet eine Einlagenrückgewähr von vornherein aus. Oder aber die betreffende Forderung war sachlich nicht gerechtfertigt – in diesem Fall würde die Forderungserfüllung den Tatbestand der Einlagenrückgewähr gem § 172 Abs 3 UGB erfüllen, woraus sich mE die Nachrangigkeit der Forderung in der Gesellschaftsinsolvenz ergibt (s sogleich). Weil durch die Begründung einer in der Gesellschaftsinsolvenz nachrangigen Forderung der den Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehende Haftungsfonds nicht beeinträchtigt wird, lässt die Begründung solcher Forderungen aber mE ebenfalls *nicht* die Außenhaftung des Kommanditisten aufleben (s dazu noch näher unten II.E.3.e. [155] im Anschluss an den Exkurs).

[462] Soeben Fn 439 ff.

d. Exkurs: Unzulässigkeit einer Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB in der Gesellschaftsinsolvenz

i. Problemstellung

Gem § 51 IO hat der Kommanditist grundsätzlich so wie jeder andere Gesellschaftsgläubiger auch das Recht, eigene Forderungen gegen die Gesellschaft in der Gesellschaftsinsolvenz als Insolvenzforderung anzumelden und quotale Befriedigung aus der Insolvenzmasse zu verlangen. In diesem Exkurs soll gezeigt werden, dass ein Kommanditist seine Forderungen in der Gesellschaftsinsolvenz aber mE grundsätzlich *nicht* geltend machen kann, soweit die Auszahlung der Forderungen die Haftung des Kommanditisten gem § 172 Abs 3 UGB aufleben lassen würde.

ii. Meinungsstand

In Rechtsprechung und Literatur ist vor allem der Insolvenzrang von Sozialforderungen des Kommanditisten diskutiert worden. Nach überwiegender, vom BGH geteilter Ansicht sind der Abfindungsanspruch[463] eines ausgeschiedenen Kommanditisten und der Regressanspruch nach Gläubigerbefriedigung[464] durch einen Kommanditisten in der Gesellschaftsinsolvenz nachrangig. Der BGH leitete letzteres daraus ab, dass ja auch der Bürge mit seiner Regressforderung nicht an der Insolvenz teilnehmen könne.[465] Zudem wird argumentiert, dass die angeführten Forderungen auf eine Rückgewähr von Eigenkapital gerichtet seien; im Insolvenzfall müsse das Eigenkapital der Gesellschaft aber zur Befriedigung der übrigen Gesellschaftsgläubiger zur Verfügung stehen.[466] Überhaupt müssen von den Kommanditisten geleistete „gesellschaftsrechtliche Beiträge", die den Charakter von Eigenkapital haben, nach der Rechtsprechung des BGH in der Gesellschaftsinsolvenz zur

---

463 BGH II ZR 124/61 NJW 1963, 1873 (1876); offenbar weitergehend *Harrer*, wbl 1992, 10 (17): Der Auseinandersetzungsanspruch dürfe (gemeint wohl auch außerhalb der Insolvenz) nur soweit ausbezahlt werden, als er die Haftsumme übersteigt, weil es ansonsten zu einer Rückzahlung iSd § 172 Abs 4 HGB käme.

464 BGH II ZR 2/57 BGHZ 27, 51 = LM § 172 HGB Nr 1 [zust *Fischer*]; *K. Müller*, NJW 1968, 225 (229 f); diesem folgend *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (441) mwN zur älteren Literatur; iE ebenso auch *Armbruster* 102 f, 113 ff, 125 ff; *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (72 ff); vgl *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB[36] § 171 Rz 13; auch *Preuß*, ZHR 160 (1996) 163 (175 f); aA *Harrer* 408; *Mohrbutter*, NJW 1968, 1125 (1126 f) in Replik zu *K. Müller* aaO.

465 BGH II ZR 2/57 BGHZ 27, 51 = LM § 172 HGB Nr 1 [zust *Fischer*]; ähnl *K. Müller*, NJW 1968, 225 (229 f); diesem folgend *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (441).

466 Vgl OGH 12.9.1996, 8 Ob 2035/96i; RIS-Justiz RS0062045; auch *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (331 f); *dens*, Einlage 75; *Armbruster* 112; *Bork*, ZHR 154 (1990) 205 (212).

Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger zur Verfügung stehen; die Geltendmachung von Ansprüchen, die auf die Rückgewähr solcher Leistungen gerichtet sind, sei in der KG-Insolvenz deshalb ausgeschlossen.[467]

Im Übrigen haben *K. Schmidt* und *Knobbe-Keuk* allerdings beklagt, dass Begründung und Rechtsfolgen der Nachrangigkeit von Forderungen des Kommanditisten in der Insolvenz vielfach unklar blieben. So schreibt *Knobbe-Keuk, „wie man sich dieses Zurücktreten vorzustellen hat, wohin der Kommanditist zurücktreten soll, bleibt im Dunkeln“*.[468]

Einen anderen Begründungsansatz vertritt insbesondere der OGH.[469] Dieser hat jedenfalls dem Abfindungsanspruch des ausgeschiedenen Kommanditisten die Anmeldung als Insolvenzforderung versagt. Begründet hat der OGH dies folgendermaßen: Würde der Insolvenzverwalter den Abfindungsanspruch an den ausgeschiedenen Kommanditisten ausbezahlen, so würde *eo ipso* gem § 172 Abs 3 UGB dessen Außenhaftung (für Altverbindlichkeiten: § 160 UGB) wieder aufleben. In der Folge wäre der Insolvenzverwalter berechtigt, die ausbezahlte Summe gem § 171 Abs 2 UGB vom ausgeschiedenen Kommanditisten wieder zugunsten der Altgläubiger zurückzufordern, für deren Verbindlichkeiten der Kommanditist haftet. Nach Ansicht des OGH kann der Insolvenzverwalter eine solche Hin-und-Her-Zahlung abschneiden, indem er den Abfindungsanspruch des ehemaligen Kommanditisten mit dem mit der Rückzahlung bedingten Haftungsanspruch gem § 171 Abs 2 UGB aufrechnet.[470] Eine Anmeldung des Abfindungsanspruchs als Insolvenzforderung sei deshalb von vornherein unzulässig. In der deutschen Literatur wurde allerdings bezweifelt, ob das für eine Aufrechnung notwendige Gegenseitigkeitserfordernis tatsächlich erfüllt sei. Denn Schuldner des Abfindungsanspruchs

---

467 BGH II ZR 28/84 BGHZ 93, 159 (164).

468 So *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (421 f) in Zusammenhang mit dem Zeitpunkt des Haftungseintritts bei Umwandlung des Auseinandersetzungsanspruchs in ein Darlehen.

469 OGH 8 Ob 16/94 SZ 68/28.

470 Zust *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 171 Rz 17, § 172 Rz 5; ebenso *Schubert* in *Konecny/Schubert* § 19 KO Rz 51; die Anmeldung als Insolvenzforderung iE ebenfalls abl *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 172 Rz 14; *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (52, 72); vgl BGH II ZR 33/68 BGHZ 58, 72; auch *Gursky*, DB 1978, 1261 (1264); *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 76; *Huber*, ZGR 1988, 1 (36). Ähnliches leitet *Bork*, ZHR 154 (1990) 205 (215, 229 f) für Kapitalgesellschaften aus der Differenzhaftung ab: Hat der Gesellschafter dort als Einlage eine Sache zur Nutzung überlassen, könne die Gesellschaft einem Rückgewähranspruch des Gesellschafters die durch eine Rückgewähr ausgelöste Differenzhaftung entgegenhalten (s dazu noch unten II.E.4. [160]).

des Kommanditisten sei die Gesellschaft; Gläubiger des Haftungsanspruchs gem § 171 Abs 2 UGB wäre dagegen der Insolvenzverwalter.[471]

iii. Grundsatz

Der Ansatz des OGH verdient weitgehende Zustimmung.

Richtig ist zunächst, dass die Haftung eines ausgeschiedenen Kommanditisten, der von einer insolventen KG aus seinem Abfindungsguthaben eine (Teil-)Zahlung erhält, gem § 172 Abs 3 UGB grundsätzlich wieder aufleben würde; denn der ehemalige Kommanditist hätte diesfalls eine Vermögenszuwendung *causa societatis* aus dem Gesellschaftsvermögen (bzw aus der Insolvenzmasse als deren Rechtsnachfolger) erhalten. In der Folge könnte der Insolvenzverwalter (und auch nur der Insolvenzverwalter) gem § 171 Abs 2 UGB die dann nicht länger durch Einlagenleistung gedeckte Haftsumme vom Kommanditisten fordern.[472] Im Endeffekt würde die Leistung (bzw bei Sachleistungen: der Geldwert der Leistung) von der Masse zwar zunächst zum Kommanditisten, im Anschluss aber sogleich wieder an den Insolvenzverwalter fließen.

> **Beispiel:** Ein Kommanditist hat eine Haftsumme von 1.000 übernommen und eine Bareinlage in derselben Höhe an die Gesellschaft geleistet. Nachdem ein Insolvenzverfahren über das Gesellschaftsvermögen eröffnet wurde, möchte der Kommanditist einen „Auseinandersetzungsanspruch" in Höhe von 800 im Insolvenzverfahren anmelden. Angenommen, der Insolvenzverwalter würde diesen Anspruch ohne weiteres akzeptieren. Der Kommanditist erhielte in der Folge die Insolvenzquote (angenommen 5%) von seinem „Auseinandersetzungsanspruch" ausbezahlt, also 800 * 5% = 40. Im Sinne des § 172 Abs 3 UGB wäre in der Zahlung aber eine Einlagenrückgewähr zu erblicken, sodass gleichzeitig die Haftung des Kommanditisten in Höhe von 40 aufleben würde. Der Insolvenzverwalter müsste in der Folge erneut 40 vom Kommanditisten einziehen, und in der Folge an die Gesellschaftsgläubiger verteilen. Angenommen, auch bei dieser Nachverteilung würde ein Anteil an den 40 an den Kommanditisten ausbezahlt werden. Dieser Anteil würde erneut die Haftung des Kommanditisten aufleben lassen, müsste vom Insolvenzverwalter erneut eingezogen werden und an die Gesellschaftsgläubiger verteilt werden, wovon wiederum ein (nochmals kleinerer) Anteil an den Kommanditisten ausbezahlt würde, der eingezogen und neu verteilt würde…*ad infinitum*.

---

471 Vgl *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (47 f), der sich bei seiner Kritik aber vor allem auf den hiervon zu unterscheidenden Fall der haftungsbefreienden Aufrechnung durch den Kommanditisten mit seiner Forderung „gegen die Haftsumme" bezieht (s dazu mwN unten bei Fn 860). *Häsemeyer* kommt mit seiner Theorie der Haftungszuweisung allerdings zu einem ganz ähnlichen Ergebnis wie hier (aaO 52). Auch *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 36 bespricht dieses umgekehrte Problem, und möchte dabei § 387 BGB analog anwenden; vgl auch *Armbruster* 98 f; *Schmelz*, DStR 2006, 1704 (1708).

472 An dieser Stelle ausgeklammert bleibt die Komplikation, dass der Insolvenzverwalter gegen ausgeschiedene Kommanditisten nur insoweit nach § 171 Abs 2 UGB vorgehen kann, als dies zur Befriedigung von Altgläubigern erforderlich ist; s dazu unten iv.2. [150].

Dass der Insolvenzverwalter die an den Kommanditisten ausbezahlte Summe sogleich wieder zurückfordern kann, gilt nicht bloß für die Auszahlung des Abfindungsanspruchs. *Jede materielle Rückzahlung der haftungsbefreienden Einlage durch den Insolvenzverwalter*, die den Tatbestand des § 172 Abs 3 UGB erfüllt, bedingt einen Haftungsanspruch des Insolvenzverwalters gegen den Kommanditisten gem § 171 Abs 2 UGB. Auch wenn der Kommanditist aufgrund einer Forderung eine Zahlung erhält, die auf eine *verdeckte* Einlagenrückgewähr gerichtet ist, bewirkt diese Leistung einen Haftungsanspruch gem § 171 Abs 2 UGB, sodass der Insolvenzverwalter die Leistung vom Kommanditisten gem § 171 Abs 2 UGB zurückfordern kann. Auch ob die Forderung des Kommanditisten im Insolvenzverfahren nachrangig, gleichrangig oder bevorrangt war, ist für § 172 Abs 3 UGB irrelevant. In all diesen Fällen führt eine Leistung, die der Kommanditist auf seine Forderung aus der Insolvenzmasse erhält, über § 172 Abs 3 UGB zu einem Haftungsanspruch des Insolvenzverwalters gegen den Kommanditisten.

> **Beispiel (Variante):** Der Kommanditist aus dem letzten Beispiel hatte mit der Gesellschaft einen Beratungsvertrag abgeschlossen, wonach die Gesellschaft dem Kommanditisten für objektiv wertlose Beratungsleistungen ein Entgelt von 200 zu bezahlen hat. Die Forderung ist durch ein Pfandrecht an der Betriebsliegenschaft der KG vollwertig besichert. Angenommen, der Insolvenzverwalter akzeptiert auch die Anmeldung dieser Forderung zur Insolvenz. Der Kommanditist erhält in der Folge seine Forderung über 200 aufgrund der Besicherung im Rahmen eines Absonderungsverfahrens zur Gänze ausbezahlt. Im Sinne des § 172 Abs 3 UGB wäre in der Auszahlung aber eine verdeckte Einlagenrückgewähr zu erblicken, weil der Leistung an den Kommanditisten keine werthaltige Gegenleistung gegenübersteht. Die Außenhaftung des Kommanditisten würde daher erneut aufleben, sodass der Insolvenzverwalter in der Folge die 200 gem § 171 Abs 2 UGB erneut vom Kommanditisten einzuziehen hätte.

Ein solches Hin-und-Her von Zahlungen, bei dem der Kommanditist zunächst eine Leistung aus dem Massevermögen erhält, die er aber sogleich gem § 171 Abs 2 UGB zurückzustellen hat, erscheint wenig sinnvoll. Der OGH möchte es abschneiden, indem er dem Insolvenzverwalter die Aufrechnung der Forderung des Kommanditisten auf Rückzahlung seiner Einlage iSd § 172 Abs 3 UGB mit dem (mit der Rückzahlung bedingten) Haftungsanspruch gem § 171 Abs 2 UGB gestattet. Wie in der deutschen Literatur erörtert wurde, ist allerdings zweifelhaft, ob das für eine Aufrechnung grundsätzlich erforderliche Gegenseitigkeitserfordernis (vgl § 1438 ABGB) tatsächlich erfüllt ist.[473] Erörterungsbedürftig ist nämlich, ob aufseiten der Gesellschaft die KG selbst, deren

[473] S die Nw oben Fn 471; vgl auch die Nw unten Fn 860.

Insolvenzmasse oder der Insolvenzverwalter Anspruchsgläubiger bzw -schuldner ist. Die Frage ist für die Forderung des Kommanditisten gegen die Gesellschaft und für den Haftungsanspruch gem § 171 Abs 2 UGB jeweils getrennt zu beurteilen:

Zunächst zur Forderung des Kommanditisten gegen die Gesellschaft. In der insolvenzrechtlichen Literatur ist nicht restlos geklärt, ob der Gemeinschuldner im Konkurs Forderungsschuldner bleibt, oder ob seine konkursverfangenen Rechte und Pflichten auf die Insolvenzmasse als Rechtssubjekt übergehen. Der diesbezügliche Theorienstreit konnte trotz hohen Aufwands nicht eindeutig geklärt werden.[474] Jedenfalls als gesichert kann aber gelten, dass der Insolvenzverwalter nach österreichischem Recht *nicht* Schuldner der Gesellschaftsverbindlichkeiten wird.[475]

Auch die richtige dogmatische Einordnung des Anspruchs gem § 171 Abs 2 UGB ist nicht restlos geklärt,[476] aber im Allgemeinen ohne praktische Bedeutung[477]. Bekanntlich sind außerhalb der Gesellschaftsinsolvenz die Gesellschaftsgläubiger auch Gläubiger der Haftung des Kommanditisten aus der Haftsumme. In der Gesellschaftsinsolvenz ist diese Haftung nun gem § 171 Abs 2 UGB nicht mehr von den Gesellschaftsgläubigern selbst (Sperrwirkung von Abs 2 *leg cit*[478]), sondern vom Insolvenzverwalter geltend zu machen

---

474 S zum Theorienstreit bezüglich der Rechtsstellung von Gemeinschuldner, Insolvenzmasse und Insolvenzverwalter *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert* § 80 KO Rz 35 ff.

475 Vgl *Hierzenberger/Riel* aaO mwN.

476 Vgl dazu monographisch *Leven*; *Lichtenberg*, Das Erfordernis der Gegenseitigkeit bei der Konkursaufrechnung durch einen Kommanditisten gegen die Inanspruchnahme aus § 171 Abs. 2 HGB (1981); auch schon *A. Mayer*, Haftung 41 ff.

477 Vgl *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 108.

478 *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 100, 107; *Müßigbrodt*, Aufrechnung 22 f; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 74; OLG Karlsruhe 19 U 209/04 NJOZ 2006, 4508 (4509). Normzweck von § 171 Abs 2 UGB ist (so wie es allgemein der leitende Gedanke des Insolvenzrechts ist), eine gleichmäßige Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger sicherzustellen: BGH II ZR 112/90 BGHZ 113, 216; OLG Karlsruhe 19 U 209/04 NJOZ 2006, 4508 (4509); *Müßigbrodt*, Aufrechnung 23; *K. Schmidt*, JR 1976, 278; *Potsch* 31; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 74; vgl Reichstagsvorlage HGB 1897, 114; auch schon *Lutz*, Protokolle AHGB 1100. Dem steht nicht entgegen, dass § 171 Abs 2 UGB für die Komplementäre nach österreichischem Recht nicht gilt (vgl demgegenüber in Deutschland § 93 dInsO; krit zur Ungleichbehandlung von Komplementären und Kommanditisten *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 60; *K. Schmidt*, JZ 1985, 301 [303 f]). Vielmehr lässt sich in Bezug auf die Haftung des Komplementärs eine Gleichbehandlung der Gesellschaftsgläubiger grundsätzlich schon in *dessen* Insolvenzverfahren sicherstellen (vgl § 65 IO; *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 [46 f, 50]; krit *K. Schmidt* ebd). Fällt der Komplementär dagegen nicht in Insolvenz, besteht kein Grund für eine gesetzliche Regelung, weil er (zumindest nach der gesetzgeberischen Vorstellung) ohnehin alle Gläubiger voll befriedigen kann; diese Begründung geht ins Leere, wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Komplementärvermögen mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen wird: s dazu näher *Wochner*, BB 1983, 517. Im Hinblick auf den Kommanditisten kann es zu einer Unmöglichkeit der vollen Befriedigung aller Gesellschaftsschulden dagegen grundsätzlich auch kommen, ohne dass der Kommanditist selbst insolvent wird. Denn eine volle Befriedigung aller ausständigen Gesellschaftsverbindlichkeiten durch den Kommanditisten scheitert typischerweise schon an der Haftungsbegrenzung des Kommanditisten mit der Haftsumme.

(Ermächtigungsfunktion von Abs 2 *leg cit*[479]). Nach der ganz hM macht § 171 Abs 2 UGB aus der Haftung des Kommanditisten aber keine Forderung der Masse;[480] vielmehr soll es sich dabei um einen Anspruch handeln, den der Insolvenzverwalter in eigenem Namen auf Rechnung der Gesellschaftsgläubiger geltend macht.[481]

Ob die hM zur Rechtsnatur des § 171 Abs 2 UGB zutreffend ist, macht für die hier zu beurteilende Frage des Insolvenzrangs von Forderungen des Kommanditisten gegen die KG iE aber keinen Unterschied:

Wenn sich die hM zur Rechtsnatur des § 171 Abs 2 UGB als *falsch* erweisen sollte und der Haftungsanspruch gem § 171 Abs 2 UGB eine Masseforderung wäre, wäre das Gegenseitigkeitserfordernis zwischen dem Haftungsanspruch gem § 171 Abs 2 UGB und der Insolvenzforderung des Kommanditisten ohne weiteres zu bejahen: Nach allgemeinen insolvenzrechtlichen Grundsätzen wäre dann die KG selbst bzw ihre Insolvenzmasse Schuldnerin der Forderung des Kommanditisten sowie Gläubigerin des Anspruchs gem § 171 Abs 2 UGB. Folge der Gegenseitigkeit der Forderungen wäre, dass – so wie vom OGH[482] vertreten – der Insolvenzverwalter gegenüber dem Kommanditisten ohne weiteres die Aufrechnung erklären könnte (und aufgrund seiner Sorgfaltspflicht gem § 81 IO, insb Abs 2

---

479 *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 100; OLG Karlsruhe 19 U 209/04 NJOZ 2006, 4508 (4509).

480 Vgl OLG Karlsruhe 19 U 209/04 NJOZ 2006, 4508 (4509); *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (429 f); *K. Schmidt*, JR 1976, 278; *Müßigbrodt*, Aufrechnung 24; vgl aber auch *Michel*, KTS 1991, 67 (69 ff): Gläubiger des Haftungsanspruchs gem § 171 Abs 2 UGB seien zwar gemeinschaftlich die Gesellschaftsgläubiger, der eingezogene Haftungsanspruch gehöre aber zum Massevermögen; aA noch *Lambsdorff*, MDR 1973, 362 (364); wohl auch *Harrer*, GesRZ 2008, 266 (269 f).

481 RIS-Justiz RS0061990; BGH II ZR 83/57 NJW 1958, 1139; BGH II ZR 162/62 BGHZ 42, 192; BGH II ZR 2/57 BGHZ 27, 51; BGH II ZR 112/90 BGHZ 113, 216; *Potsch* 31; *Müßigbrodt*, Aufrechnung 24; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 75; *Cebulla*, DStR 2000, 1917 (1923); vgl auch *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (430): Insolvenzverwalter als „Treuhänder" der Gesellschaftsgläubiger; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 61: „gesetzlicher Prozessstandschafter". Anwendungsvoraussetzung von § 171 Abs 2 UGB ist die Existenz von Gesellschaftsgläubigern, denen der Kommanditist tatsächlich haftet: BGH II ZR 112/90 BGHZ 113, 216; s auch unten bei und in Fn 496. Überhaupt hat der Insolvenzverwalter nicht mehr Rechte, als die Gesellschaftsgläubiger selbst (RIS-Justiz RS0062040; vgl *Keuk*, ZHR 135 [1971] 410 [431]; s zur Rolle von Einwendungen des Kommanditisten gegen einzelne Gesellschaftsgläubiger *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 167). Nach der hM besitzt der Insolvenzverwalter ein Wahlrecht, ob er die Pflichteinlage oder die Haftsumme vom Kommanditisten einfordert (so *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 81 mwN; *Potsch* 31; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 98; *Oetker* in *Oetker,* HGB[4] § 171 Rz 57 f; vgl OGH 3 Ob 839/54 SZ 28/48; OLG Karlsruhe 19 U 209/04 NJOZ 2006, 4508; aA *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 99: Vorrang der Einlageschuld; gegenteilig *Häsemeyer*, ZHR 149 [1985] 42 [48]: Vorrang der Haftung gem § 171 Abs 2). Richtig ist daran vor allem, dass der Insolvenzverwalter auch eine die Haftsumme übersteigende, nicht eingezahlte Pflichteinlage einfordern kann (OGH 27.9.1995, 7 Ob 1658/95; *Mossmann* 120; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 79). Aber auch, wenn der Insolvenzverwalter ausschließlich nach § 171 Abs 2 UGB vorgeht, hat der Kommanditist mE das *Recht*, stattdessen seine bedungene Pflichteinlage einzubringen mit der Folge der Haftungsbefreiung auch im Hinblick auf § 171 Abs 2 UGB (*K. Schmidt* ebd; vgl *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 116; abw *Häsemeyer*, ZHR 149 [1985] 42 [48]; aA *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 99).

482 OGH 8 Ob 16/94 SZ 68/28.

leg cit, auch müsste). Zwar könnte der Insolvenzverwalter die Forderung nur mit einer bedingten Forderung erklären, weil der Anspruch gem § 171 Abs 2 UGB erst mit einer Leistung an den Kommanditisten gem § 172 Abs 3 UGB aufleben würde; gem § 19 Abs 2 IO kann in der Gesellschaftsinsolvenz aber grundsätzlich auch mit bedingten und betagten Forderungen aufgerechnet werden.[483] Auch wenn die Forderung des Kommanditisten auf einen Sachbezug gerichtet war, steht dies gem § 19 Abs 2 IO einer Aufrechnung in der Gesellschaftsinsolvenz nicht entgegen. Geht man davon aus, dass § 171 Abs 2 UGB eine Forderung der Masse normiert, wäre der Insolvenzverwalter also zur Aufrechnung berechtigt.

Folgt man dagegen der hM zu § 171 Abs 2 UGB, so stehen der Anspruch des Kommanditisten (auf eine Leistung aus der Masse) und der Anspruch des Insolvenzverwalters (auf die daraus erwachsende, ungedeckte Haftsumme) einander eigentlich nicht aufrechenbar gegenüber: Die Forderung des Kommanditisten wäre eine Forderung gegen die Gemeinschuldnerin bzw ihre Masse; der Anspruch gem § 171 Abs 2 UGB wäre eine davon zu unterscheidende Forderung des Insolvenzverwalters. Eine Aufrechnung müsste gem § 1438 ABGB womöglich an der fehlenden persönlichen Übereinstimmung der Anspruchsgegner scheitern.[484] Es erscheint mE aber durchaus fraglich, ob sich ein solcher Schluss noch aus dem Gesetz ableiten lässt – denn wie erwähnt ist die Frage nach der Rechtsträgerschaft in der Gesellschaftsinsolvenz im Allgemeinen ebenso wie für § 171 Abs 2 UGB im Speziellen unklar und ist der diesbezügliche Theorienstreit nur mangels praktischer Relevanz zum Erliegen gekommen. Dass sich trotzdem aus dem Gesetz mit hinreichender Sicherheit ableiten lassen soll, dass Rechtsträger der Forderungen gem § 171 Abs 2 UGB eine andere Person sei als die Schuldnerin der Insolvenzforderungen, erscheint zweifelhaft.

Jedenfalls kann der Insolvenzverwalter dem Kommanditisten aber den Umstand, dass die Haftung des Kommanditisten mit Auszahlung der begehrten Leistung gem § 172 Abs 3 UGB wieder aufleben würde, aber einredeweise entgegenhalten – und zwar auch dann, wenn man eine Aufrechnungsbefugnis gem § 1438 ABGB ablehnt. Denn auch in diesem Fall wäre die Forderungsanmeldung zumindest *rechtsmissbräuchlich*. Wie versucht wurde zu zeigen, wäre der Kommanditist mit Empfang einer den Tatbestand des § 172 Abs 3 UGB erfüllenden Leistung (aus der Masse) nämlich sofort zur Rückleistung dieser Leistung (gem § 171 Abs 2

---

483 OGH 8 Ob 16/94 SZ 68/28.

484 Nw oben Fn 471; vgl aber auch *Michel*, KTS 1991, 67 (69 ff). Vgl zum Gegenseitigkeitserfordernis bei der Aufrechnung allgemein *Aicher* in *Rummel*[3] § 1052 Rz 4.

UGB an den Insolvenzverwalter) verpflichtet. Einziger denkbarer Zweck eines trotzdem erfolgenden Zahlungsverlangens wäre die *Vereitelung oder Verzögerung der sofort fälligen Rückleistung an den Insolvenzverwalter*. Das aber ist ein von der Rechtsordnung missbilligtes Ausübungsinteresse, sodass ein entsprechendes Leistungsverlangen des Kommanditisten von vornherein rechtsmissbräuchlich und deshalb unbeachtlich wäre:[485] *dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*.[486]

Dementsprechend hat das LG Hamburg 2014 entschieden, dass dem Insolvenzverwalter in den hier beschriebenen Fällen gegen den Kommanditisten die „dolo-agit"-Einrede zustehe.[487]

Auch das LG Essen lehnte in einem ähnlich gelagerten Fall die Anmeldung der Forderungen des Treugebers eines treuhändischen Kommanditisten zur Insolvenztabelle ab.[488] Das LG Essen stützte sich dabei auf § 242 BGB (Treu und Glauben): Die Ausübung von Ansprüchen des Treugebers gegen die insolvente KG sei unzulässig, wenn und weil der Treugeber dem Insolvenzverwalter zur alsbaldigen Rückleistung einer von der Gesellschaft empfangenen Leistung verpflichtet wäre. Die Pflicht zur Rückleistung an den Insolvenzverwalter ergab sich in diesem Fall mittelbar aus § 171 Abs 2 iVm § 172 Abs 3 UGB: Eine Leistung der KG an den Treugeber hätte sich der treuhändische Kommanditist gem § 172 Abs 3 als mittelbare Einlagenrückgewähr zurechnen lassen müssen (vgl unten II.G.2.a. [189]), sodass der treuhändische Kommanditist zu einer Ersatzleistung an die Gesellschaft verpflichtet gewesen wäre; im Verhältnis zum Treugeber wäre der Treuhänder anschließend zur Regressnahme berechtigt gewesen. Weil die Treuhandkommanditistin ihre Freistellungsansprüche gegen den Treugeber aber (wie in Insolvenzsituationen häufig) an die KG abgetreten hatte, wäre der Insolvenzverwalter berechtigt gewesen, unmittelbar selbst gegen den Treugeber vorzugehen. Der Treugeber wäre dem Insolvenzverwalter daher im Fall aufgrund der Abtretung des Freistellungsanspruchs zur sofortigen Rückleistung einer von der Gesellschaft empfangenen Leistung verpflichtet gewesen. Das LG Essen ging deshalb davon

---

485 *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 9, 13. S allgemein zur Rechtsmissbräuchlichkeit aufgrund des Fehlens geschützter Ausübungsinteressen *Mader*, JBl 1998, 677 (681 ff). Vgl die Entscheidung des BGH in II ZR 124/61 (BGHZ 39, 319) bei einem spiegelverkehrten Problem: Dort verlangte der Masseverwalter vom ausgeschiedenen Kommanditisten einen Betrag, *„den er [der Masseverwalter] dann unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt an den Beklagten wieder zurückzahlen müßte. Ein solches Zahlungsbegehren stellt sich nach allgemeiner Auffassung als unzulässige Rechtsausübung dar."*

486 *Huber*, ZGR 1988, 1 (36).

487 LG Hamburg 418 HKO 52/14 NZG 2015, 237.

488 LG Essen 31.10.2014, 20 O 31/14.

aus, dass der Anspruchsausübung von vornherein ein Verstoß gegen Treu und Glauben entgegensteht.

Für die hier zu beurteilende Frage bedeutet es deshalb iE keinen wesentlichen Unterschied, ob der Haftungsanspruch gem § 171 Abs 2 UGB vom Insolvenzverwalter im eigenen Namen geltend zu machen ist oder nicht: Soweit man mit dem OGH von einer Gläubiger- und Schuldneridentität ausgeht, kann der Insolvenzverwalter die Aufrechnung erklären. Soweit man ausgehend von der hM zur Rechtsnatur des § 171 Abs 2 UGB die Gegenseitigkeit der Ansprüche verneint, ist ein Zahlungsbegehren des Kommanditisten in der Insolvenz immer noch rechtsmissbräuchlich. In beiden Fällen gilt: *Eine Leistung aus der Insolvenzmasse, die den Tatbestand des § 172 Abs 3 UGB erfüllt und die daher einen Haftungsanspruch gegen den Kommanditisten gem § 171 Abs 2 UGB zur Folge hätte, kann der Kommanditist in der Gesellschaftsinsolvenz nicht durchsetzen.*[489]

Diese These enthält zwei Elemente:

Erstens betrifft sie nur Leistungen aus der Insolvenzmasse, die den Tatbestand des § 172 Abs 3 UGB erfüllen. Die §§ 171 f UGB stehen dagegen einer Anmeldung von Forderungen zur Gesellschaftsinsolvenz nicht entgegen, deren Erfüllung *keine* Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB verwirklichen würde. Hat der Kommanditist beispielsweise im Rahmen eines ausgeglichenen Drittvertrags Leistungen an die Gesellschaft erbracht, kann er das ausständige Entgelt durchaus als Insolvenzforderung anmelden.

Zweitens lässt sich aus den §§ 171 f UGB die Nachrangigkeit einer Forderung des Kommanditisten in der Gesellschaftsinsolvenz auch nur ableiten, soweit die Auszahlung der Forderung nicht nur den Tatbestand der Einlagenrückgewähr gem § 172 Abs 3 UGB erfüllt hätte, sondern soweit daraus auch ein Haftungsanspruch gegen den Kommanditisten gem § 171 Abs 2 UGB resultiert wäre. Im Allgemeinen folgt aus dem ersten das zweite, weil § 172 Abs 3 UGB eben als Rechtsfolge das Aufleben der Außenhaftung des Kommanditisten statuiert.

Der Kommanditist kann daher auch solche Forderungen nicht in der Gesellschaftsinsolvenz geltend machen, die zwar mit einem Absonderungsrecht gesichert sind, deren Auszahlung aber den Tatbestand von § 172 Abs 3 UGB erfüllen würde.[490] Denn

---

489 IE übereinstimmend *Gursky*, DB 1978, 1261 (1264); *Tschierschke* 87.

490 Vgl zur Unmöglichkeit der Absonderung nachrangiger Forderungen BGH IX ZR 191/11 WM 2012, 1874 Rz 13, 25.

auch in diesem Fall würde die erfolgreiche Absonderung den Kommanditisten gem § 172 Abs 3 iVm § 171 Abs 2 UGB ebenfalls zu einer sofortigen Rückführung des erhaltenen Betrags an den Insolvenzverwalter verpflichten.

> **Beispiel (Fortsetzung):** Ein Kommanditist hat eine Haftsumme von 1.000 übernommen und eine Bareinlage in derselben Höhe an die Gesellschaft geleistet. Vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über die Gesellschaft hatte der Kommanditist mit dieser einen Beratungsvertrag abgeschlossen, wonach die Gesellschaft dem Kommanditisten für objektiv wertlose Beratungsleistungen ein Entgelt von 200 zu bezahlen hat. Die Forderung wurde durch ein Pfandrecht an der Betriebsliegenschaft der KG vollwertig besichert. Mit Auszahlung der Forderung würde die Außenhaftung des Kommanditisten gem § 172 Abs 3 UGB wieder aufleben, sodass der Insolvenzverwalter in der Folge einen entsprechenden Betrag gem § 171 Abs 2 UGB einzuziehen hätte. Ein Leistungsverlangen des Kommanditisten wäre deshalb rechtsmissbräuchlich; der Kommanditist kann seine Forderung in der Gesellschaftsinsolvenz nicht durchsetzen.

Sogleich zu erörtern sind aber noch zwei Fallkonstellationen, in denen eine Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB ausnahmsweise *keinen* durchsetzbaren Anspruch gegen den Kommanditisten gem § 171 Abs 2 UGB zur Folge hat, sodass in diesen Fällen eine Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB auch in der Gesellschaftsinsolvenz zulässig sein kann.

iv. Ausnahmen

iv.1. Forderung des Kommanditisten durch eine minderwertige Gegenleistung des Kommanditisten teilweise gerechtfertigt

Die Erfüllung mancher Forderungen eines Kommanditisten durch die Gesellschaft lässt die Haftung des Kommanditisten gem § 172 Abs 3 UGB nicht mit dem wahren Leistungswert aufleben, sondern nur mit einem niedrigeren Betrag. So lässt eine drittvertragliche Gesellschaftsleistung die Haftung des Kommanditisten nur in Höhe der Wertdifferenz zur (minderwertigen) Gegenleistung des Kommanditisten wieder aufleben.[491]

> **Beispiel:** Vertraglich wurde vereinbart, dass der Kommanditist sein Grundstück (wahrer Wert: 1.000) um 2.000 an die Gesellschaft verkauft. Das Grundstück wurde bereits an die Gesellschaft übergeben. Würde die Gesellschaft (bzw in der Gesellschaftsinsolvenz die Masse) den überhöhten Kaufpreis von 2.000 bezahlen, würde die Haftung des Kommanditisten wieder aufleben – aber nur in Höhe der Wertdifferenz von 1.000.

---

[491] Vgl *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (333); s auch oben Fn 152.

In solchen Fällen ist die Forderung des Kommanditisten iSd § 172 Abs 3 UGB (nur) zum Teil gerechtfertigt. Der Anspruch lässt sich gedanklich aufteilen: Ein Teil der Forderung ist durch eine Gegenleistung gerechtfertigt; der Rest ist iSd § 172 Abs 3 UGB auf eine (verdeckte) Einlagenrückgewähr gerichtet. Eine Auszahlung (bloß) des durch eine Gegenleistung gerechtfertigten Anteils an der Forderung ließe die Haftung des Kommanditisten noch nicht wieder aufleben. In der Höhe, in der der Kommanditist tatsächlich eine Gegenleistung an die Gesellschaft erbracht hatte, ist er deshalb mE grundsätzlich auch zur Anmeldung seiner Forderung in der Gesellschaftsinsolvenz berechtigt. Die Anmeldung einer Insolvenzforderung setzt freilich voraus, dass diese Forderung auch tatsächlich durchsetzbar besteht. Eine drittvertragliche Forderung des Kommanditisten könnte zB durch den Insolvenzverwalter anfechtbar sein (zB wegen *laesio enormis*, nach den Anfechtungstatbeständen oder auch § 879 Abs 3 UGB). Diesfalls würde der Kommanditist über überhaupt keine durchsetzbare Forderung gegen die KG verfügen, unabhängig von § 172 Abs 3 UGB.

> **Beispiel (Fortsetzung):** Der Kommanditist hat ein Grundstück mit Wert 1.000 an die Gesellschaft verkauft und übergeben. Die Gesellschaft hat den vereinbarten Kaufpreis nicht bezahlt und ist in Insolvenz gefallen. Der Kommanditist ist mE berechtigt, seine Kaufpreisforderung in Höhe von bis zu 1.000 zur Insolvenz anzumelden.

Soweit der Kommanditist ein Absonderungsrecht besitzt, ist dabei auch ohne weiteres mit § 172 Abs 3 UGB vereinbar, dass der Kommanditist den durch eine Gegenleistung gerechtfertigten, „haftungsneutralen" Teil seines Anspruchs in der Gesellschaftsinsolvenz zur Gänze ausbezahlt erhält.[492]

Zur Berechnung des haftungsneutralen Anteils an einem Anspruch gilt dabei folgende Regel: Die Forderung des Kommanditisten ist in jener Höhe „haftungsneutral", in der der Wert der Gesamtforderung den mit einer tatsächlichen Auszahlung bedingten Haftungsanspruch gem § 171 Abs 2 UGB übersteigt.

> **Beispiel:**[493] Ein Kommanditist mit einer Haftsumme von € 500.000 hat an die Gesellschaft keine Einlage geleistet, aber in Höhe von insgesamt € 700.000 Gesellschaftsgläubiger befriedigt. Dadurch wurde der Kommanditist im Außenverhältnis von seiner Haftung frei (s zur Haftungsbefreiung aufgrund Gläubigerbefriedigung im Einzelnen unten IV. [258]). Im Innenverhältnis berechtigt die Gläubigerbefriedigung den Kommanditisten zum Regress gegen die Gesellschaft (unten IV.D. [265]).

---

492 Ähnl *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 24; *Tschierschke* 23 ff mit Hinweis auf OLG Breslau JW 1931, 807.

493 Nach *Armbruster* 114, s auch dort 126 f.

Würde die Gesellschaft die vollen € 700.000 an den Kommanditisten ausbezahlen, würde seine Außenhaftung freilich erneut in Höhe der Haftsumme von € 500.000 aufleben. In Höhe der Wertdifferenz von € 200.000, in der der Kommanditist *nicht* schon gem § 171 Abs 1 UGB zur Gläubigerbefriedigung verpflichtet war, ist er aber mE zur Anmeldung seines Regressanspruchs als Insolvenzforderung berechtigt.[494]

iv.2. Ausgeschiedener Kommanditist

Der ausgeschiedene Kommanditist haftet gem § 160 Abs 1 UGB nur für die im Zeitpunkt seines Ausscheidens bereits begründeten Verbindlichkeiten weiter (Haftung gegenüber den Altgläubigern, vgl § 174 UGB). Gegenüber den nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft hinzugetretenen Neugläubigern trifft den ausgeschiedenen Kommanditisten dagegen keine Haftung.[495] Der Insolvenzverwalter kann die ungedeckte Haftsumme des ausgeschiedenen Kommanditisten gem § 171 Abs 2 UGB deshalb auch nur einfordern, soweit dies zur Befriedigung von Altgläubigern erforderlich ist.[496] Leistet der ausgeschiedene Kommanditist gem § 171 Abs 2 UGB an den Insolvenzverwalter, ist daraus eine Sondermasse zu bilden, aus der ausschließlich Altgläubiger zu befriedigen sind.[497] Ist die Befriedigung sämtlicher Altforderungen bereits anderweitig sichergestellt, kann der Insolvenzverwalter Rechte aus § 171 Abs 2 UGB gegen die Altkommanditisten dagegen nicht mehr geltend machen.

Eine Rückgewähr der Einlage an den ausgeschiedenen Kommanditisten hat deshalb zwar grundsätzlich ein Aufleben von dessen Haftung (gegenüber den Altgläubigern) zur Folge. Zu einem Anspruch des Insolvenzverwalters gem § 171 Abs 2 UGB führt die Einlagenrückgewähr aber nur, soweit die Befriedigung sämtlicher Altgläubiger in der Gesellschaftsinsolvenz noch nicht anderweitig sichergestellt ist. Eine Rückgewähr der Einlage an den ausgeschiedenen Kommanditisten führt daher *nicht* in allen Fällen auch zu einem Haftungsanspruch des Insolvenzverwalters gegen ebendiesen Kommanditisten. Aus

---

494 *Armbruster* aaO.

495 BGH II ZR 2/57 BGHZ 27, 51.

496 BGH II ZR 78/89 BGHZ 109, 334 (344); RG 12.2.1902, I 333/01 RGZ 51, 33 (38); vgl OGH 6 Ob 622/85 SZ 60/150; auch OLG Karlsruhe 19 U 209/04 NJOZ 2006, 4508 (4510); s noch die Nw sogleich unter Fn 499 ff.

497 BGH ebd; *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (430); *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1039); *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 82; ausf *Unger*, KTS 1960, 33; *Michel*, KTS 1991, 67 (77 f); vgl zur Verteilung einer „negativen Sondermasse" *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 112; der von *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (71 f) vorgeschlagene Verteilungsmodus (rechnerischer Ausgleich der Mehrverteilung aus der Sondermasse an Altgläubiger bei der Verteilung der Konkursmasse zugunsten der Neugläubiger) ist entgegen *Häsemeyer* mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht begründbar (vgl die Kritik bei *Michel*, KTS 1991, 67 [78 f] sowie *A. Meyer*, Übertragung 218 f).

diesem Grund kann der ausgeschiedene Kommanditist mE auch seine auf eine (offene oder verdeckte) Einlagenrückgewähr gerichteten Forderungen als Insolvenzforderungen anmelden, soweit nur eine volle Befriedigung aller Altgläubiger sichergestellt bleibt, denen der Kommanditist haftet.[498]

Einzelfälle: Eine Anmeldung der Forderung des ausgeschiedenen Kommanditisten als Insolvenzforderung ist dementsprechend zunächst zulässig, wenn keine Altgläubiger mehr vorhanden sind[499] oder soweit ihre Ansprüche der Höhe nach die Haftsumme(n) des (der) ausgeschiedenen Kommanditisten nicht erreichen. Dasselbe gilt nach zutreffender Ansicht des BGH, wenn es sich bei den Altgläubigern ausschließlich um bevorrangte Gläubiger handelt, die voraussichtlich zur Gänze aus der Insolvenzmasse befriedigt werden können.[500] Befriedigt der ausgeschiedene Kommanditist Gesellschaftsgläubiger oder leistet er gem § 171 Abs 2 UGB an den Insolvenzverwalter, so erwirbt er einen Regressanspruch gegen die Gesellschaft;[501] ist die volle Befriedigung aller Altgläubiger (gegebenenfalls nach Befriedigung durch den Kommanditisten gem § 171 Abs 2 UGB) sichergestellt, kann der Kommanditist mE auch seinen Regressanspruch gegen die Gesellschaft in der Insolvenz anmelden.[502] Soweit im Zeitpunkt der Forderungsanmeldung Unklarheit besteht, ob eine Leistung des Kommanditisten zur Befriedigung der Altgläubiger erforderlich sein wird, kommt mE zunächst § 16 IO über bedingte Forderungen zur Anwendung.

> **Beispiel:** A ist ehemaliger Kommanditist einer insolventen KG. Seine Haftsumme beträgt 1.000, Einlage hat A keine geleistet. Zur Insolvenz wurden Altverbindlichkeiten in Höhe von insgesamt 700 angemeldet, für die A noch gem § 160 UGB eine Haftung trifft. Der Insolvenzverwalter kann von A dementsprechend nur eine Leistung von 700 gem § 171 Abs 2 UGB verlangen. Zahlt A die 700, so erlangt er dadurch einen Regressanspruch gegen die Gesellschaft gem § 1358 ABGB. Weil die vollständige Befriedigung aller Altgläubiger bereits sichergestellt ist, ist A mE auch zur Anmeldung seiner Regressforderung gegen die Gesellschaft als Insolvenzforderung berechtigt.

---

498 Insofern haftet der ausgeschiedene Kommanditist zwar *nach* den Altgläubigern, aber *neben* den Neugläubigern: OGH 8 Ob 16/94 SZ 68/28; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 83; vgl *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1039); *Armbruster* 114 ff.

499 OGH 12.9.1996, 8 Ob 2035/96i; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 172 Rz 14; vgl BGH II ZR 83/57 NJW 1958, 1139; auch *Armbruster* 113 f; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 77.

500 BGH II ZR 124/61 BGHZ 39, 319; *Horn* in *Heymann*, HGB II[2] § 171 Rz 37; vgl auch BGH II ZR 2/57 BGHZ 27, 51; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 83; s zur Beweislast *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 96.

501 Für Leistungen in der Gesellschaftsinsolvenz strittig: s die Nw unten Fn 847 – 850.

502 OGH 8 Ob 16/94 SZ 68/28; ausf *Tschierschke* 62 ff; *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 119; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 84; *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB[36] § 171 Rz 14; vgl *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1039); aA unter Berufung auf §68 dKO BGH II ZR 2/57 BGHZ 27, 51. Vgl auch unten bei und in Fn 846 ff.

iv.3. Sonstige Ausnahmen?

Sieht man von den beiden soeben angesprochenen Fallgruppen ab, führt grundsätzlich jede Gesellschaftsleistung an einen Kommanditisten, die sachlich nicht gerechtfertigt ist und daher den Tatbestand von § 172 Abs 3 UGB erfüllt, in der Gesellschaftsinsolvenz auch zu einem Haftungsanspruch gegen den Kommanditisten gem § 171 Abs 2 UGB. Dies hat wie erörtert wiederum die Nachrangigkeit der Forderung in der Gesellschaftsinsolvenz zur Folge.

Dass die Erfüllung einer Forderung des Kommanditisten nicht nur den Tatbestand des § 172 Abs 3 UGB erfüllt, sondern auch einen Anspruch des Insolvenzverwalters gem § 171 Abs 2 UGB zur Folge hätte, soll für zwei Fallgruppen noch näher dargelegt werden.

Die erste Fallgruppe betrifft Fälle, in denen der Wert der Forderung des Kommanditisten dessen Haftsumme der Höhe nach übersteigt.

> **Beispiel:** Ein Kommanditist mit Haftsumme 100 hat auch eine Einlage in dieser Höhe geleistet. Die KG errichtet zugunsten des Kommanditisten einen Schenkungsvertrag über Waren im Wert von 500 in Form eines Notariatsakts. In der Folge fällt die Gesellschaft in Insolvenz.

Ob bzw in welcher Höhe eine Gesellschaftsleistung in solchen Fällen einen Haftungsanspruch gegen den Kommanditisten zur Folge hat, ist strittig. Fraglich ist nämlich, ob die Außenhaftung des Kommanditisten durch Leistungen der Gesellschaft iSd § 172 Abs 3 UGB auch über den Betrag der Haftsumme hinaus ansteigen kann. ME ist dies zu bejahen (s dazu im Einzelnen oben I.F. [37]). Nach hier vertretener Ansicht erhöht also grundsätzlich jede sachlich nicht gerechtfertigte Leistung der Gesellschaft (bzw deren Insolvenzmasse) an den Kommanditisten mit ihrem tatsächlichen Wert den Haftungsanspruch des Insolvenzverwalters gem § 171 Abs 2 UGB. Auch soweit eine Forderung des Kommanditisten dessen Haftsumme der Höhe übersteigt, müsste der Kommanditist eine von der Gesellschaft empfangene Leistung daher in der Gesellschaftsinsolvenz sogleich an den Insolvenzverwalter zurückstellen. Auch in diesem Fall hätte der Insolvenzverwalter daher ein Leistungsverlangen des Kommanditisten mE zumindest wegen Rechtsmissbräuchlichkeit zu verweigern.

> **Beispiel (Fortsetzung):** Würde der Kommanditist eine Leistung der versprochenen Waren im Wert von 500 erreichen, würde seine Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern mE um 500 aufleben – nicht bloß in Höhe der Haftsumme von 100. Der Insolvenzverwalter über das KG-Vermögen könnte vom Kommanditisten dementsprechend auch gem § 171 Abs 2 UGB eine Zahlung von 500 verlangen. Der Insolvenzverwalter ist aber mE gehalten, diesen Umstand schon dem ursprünglichen

Leistungsverlangen des Kommanditisten einredeweise entgegen zu halten. Im Ergebnis kann der Kommanditist daher mE keine Leistung aus der Insolvenzmasse durchsetzen.

Die zweite Fallgruppe, bei der sich ein näherer Blick lohnt, betrifft Fälle, in denen der Kommanditist zunächst eine Pflichteinlage geleistet hatte, deren Wert die Haftsumme übersteigt. Grundsätzlich bildet in solchen Fällen der die Haftsumme übersteigende Teil der Pflichteinlage einen „Polster", der nachfolgende Entnahmen des Kommanditisten iSd § 172 Abs 3 UGB rechtfertigen kann.[503] Nach der (von der deutschen hM geteilten) Ansicht des BGH kann eine die Haftsumme übersteigende Einlage allerdings nur dann ohne Aufleben der Außenhaftung entnommen werden, wenn die Einlage in der Zwischenzeit nicht durch Gesellschaftsverluste aufgezehrt worden ist.[504] In den Worten *Kollers*[505]: *„Die die Haftsumme übersteigende Pflichteinlage bildet […] für haftungsunschädliche Rückzahlungen eine Art Polster, [aber nur wenn] dieses Polster nicht bereits durch Verluste verbraucht worden ist".*[506] In der Gesellschaftsinsolvenz wird aber in praktisch allen Fällen auch eine rechnerische Überschuldung der Gesellschaft vorliegen,[507] das heißt das Eigenkapital der Gesellschaft wird negativ sein. Bilanziell sind in der Gesellschaftsinsolvenz daher auch

---

503 S zur grundsätzlichen Anerkennung der haftungsneutralen Rückzahlung einer Einlage, soweit sie die Haftsumme übersteigt OGH 3 Ob 276/01m SZ 2002/29; *Huber*, ZGR 1988, 1 (13 f); *A. Meyer*, Übertragung 110; *Zacher* 120 ff; *Potsch* 202 f; *Duursma-Kepplinger* in *Duursma* ea, Hdb GesR Rz 1336; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 172 Rz 15; *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 2/856; *Krejci*, GesR I 366; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 172 Rz 10; *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 79; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 51; *Kindler*, JuS 2006, 865 (867); aA noch *K. Schmidt*, Einlage 80.

504 BGH II ZR 105/07 BB 2008, 1356 [zust *Kessler*] = EWiR 2008, 437 [abl *Lieder*]; BGH II ZR 95/06 NZG 2007, 822 (823); zust *Böttcher/Kautzsch*, NZG 2008, 583 (584); *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR[2] §§ 171, 172 HGB Rz 48; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2957 ff; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 55, 57; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 22; *C. Nowotny*, RdW 2009, 326 (327 f); *Potsch* 205 ff, insb 210 ff stellt nicht auf eine bilanzielle Betrachtung ab, sondern auf den *Verkehrswert* des Kapitalanteils des Kommanditisten im Zeitpunkt der Ausschüttung; aA (die Haftsumme übersteigende Pflichteinlage jederzeit haftungsneutral rückzahlbar, auch nachdem sie bilanziell durch Verluste aufgezehrt worden ist) mit beachtlichen Argumenten *Bayer/Lieder*, ZIP 2008, 809 (810 ff); vgl auch *Lieder*, EWiR 2008, 437 (438); *Duursma-Kepplinger* in *Duursma ea*, Hdb GesR Rz 1336 iVm Fn 463 dort. Zur GmbH hat der BGH dagegen entschieden, dass Sachwerte, die einer GmbH von ihren Gesellschaftern überlassen worden sind, nachträglich als Sacheinlage „eingebracht" werden können, wenn sie im Zeitpunkt des Kapitalerhöhungsbeschlusses noch *gegenständlich* (nicht bilanziell!) im Gesellschaftsvermögen vorhanden sind: BGH II ZR 121/02 NZG 2004, 910. Bei der GmbH stellt der BGH also auf eine körperliche Betrachtung ab, bei der KG dagegen auf eine bilanzielle. Was die österreichische Rechtslage anbelangt, erscheint zweifelhaft, ob diese Differenzierung durch rechtliche Unterschiede zwischen GmbHG und UGB gerechtfertigt werden kann.

505 *Koller* in FS Heinsius (1991) 357 (365); vgl auch *dens* in *Koller/Roth/Morck*, HGB[7] §§ 171, 172 Rz 22; übereinstimmend *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 22.

506 BFH IV R 35/07 NZG 2008, 718 (719) referiert dies als *„soweit ersichtlich [einhellige] Meinung im handelsrechtlichen Schrifttum"*, um sich diese Ansicht anschließend auch zu eigen zu machen: Es komme darauf an, ob die „Summe aller Kapitalkonten" die Haftsumme bei der Entnahme unterschreitet; ebenso *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 172 Rz 4; ähnl auch *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 172 Rz 5; *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 64; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 22.

507 Vgl *Huber*, ZGR 1988, 1 (35 f); vgl zum Insolvenzgrund der Überschuldung § 67 IO.

grundsätzlich alle von den Gesellschaftern geleisteten Einlagen durch Verluste aufgezehrt.[508] Eine trotzdem erfolgte Rückzahlung muss in der Gesellschaftsinsolvenz daher ebenfalls einen gegenläufigen Haftungsanspruch des Insolvenzverwalters gem § 171 Abs 2 UGB zur Folge haben. Der Kommanditist ist daher auch nicht zur Anmeldung seiner Forderung auf Rückzahlung einer die Haftsumme übersteigenden Pflichteinlage in der Gesellschaftsinsolvenz berechtigt. Zum selben Ergebnis gelangt (mit abweichender Begründung) auch der BGH, und mit ihm die hM: Demnach bilden gesellschaftsrechtliche Beiträge von Kommanditisten, die den Charakter von Eigenkapital haben, den Grundstock der Haftungsmasse und müssen zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger zur Verfügung stehen; daraus leitet der BGH ab, dass Leistungen, die ein Kommanditist ursprünglich als Einlage bzw zumindest als „gesellschaftsrechtlichen Beitrag mit Eigenkapitalcharakter" an die KG geleistet hatte, in der Gesellschaftsinsolvenz nicht zurückgewährt werden dürfen – auch soweit sie die Haftsumme übersteigen.[509]

v. Zwischenergebnis

Leistungen der KG bzw ihrer Insolvenzmasse an den Kommanditisten, die den Tatbestand der Einlagenrückgewähr erfüllen, haben gem § 172 Abs 3 UGB grundsätzlich ein Aufleben der Außenhaftung des Kommanditisten zur Folge. Die daraus resultierende Haftung des Kommanditisten ist in der Gesellschaftsinsolvenz gem § 171 Abs 2 UGB ausschließlich vom Insolvenzverwalter geltend zu machen. Die Auszahlung der auf eine Einlagenrückgewähr gerichteten Forderung des Kommanditisten hätte also grundsätzlich einen gegenläufigen Haftungsanspruch gem § 171 Abs 2 UGB zur Folge. Soweit man mit dem OGH von einer Gläubiger- und Schuldneridentität bei beiden Ansprüchen ausgeht, hat der Insolvenzverwalter anstelle einer Leistung an den Kommanditisten die Forderung des Kommanditisten mit dem (mit der Auszahlung bedingten) Haftungsanspruch gem § 171 Abs 2 UGB aufzurechnen. Soweit man ausgehend von der hM zu § 171 Abs 2 UGB eine Gegenseitigkeit der beiden Ansprüche iSd § 1438 ABGB verneint, ist ein Zahlungsbegehren des Kommanditisten in der Gesellschaftsinsolvenz immerhin rechtsmissbräuchlich. Aus beiden Ansichten folgt iE: Soweit durch eine Leistung aus der Insolvenzmasse die Außenhaftung des Kommanditisten gem § 172 Abs 3 UGB aufleben würde, ist die zugrundeliegende Forderung in der Gesellschaftsinsolvenz nicht durchsetzbar.

---

508 *Huber* aaO.

509 BGH II ZR 28/84 BGHZ 93, 159 (164); vgl BGH II ZR 238/87 BGHZ 104, 33.

Forderungen, deren Auszahlung den Tatbestand der (offenen oder verdeckten) Einlagenrückgewähr gem § 172 Abs 3 UGB erfüllen würde, können in der Gesellschaftsinsolvenz deshalb grundsätzlich nicht durchgesetzt werden. Dies gilt grundsätzlich selbst für besicherte Forderungen. Anderes gilt nur, soweit eine Leistung der Gesellschaft *keinen* Haftungsanspruch gem § 171 Abs 2 UGB bewirken würde. Das kann zunächst der Fall sein, wenn eine Forderung des Kommanditisten nicht in voller Höhe ein Aufleben der Kommanditistenhaftung zur Folge hätte, weil die Gesellschaftsleistung durch eine minderwertige Gegenleistung des Kommanditisten wenigstens teilweise gerechtfertigt war. Eine Rückgewähr der Einlage ist in der Gesellschaftsinsolvenz außerdem an einen ausgeschiedenen Kommanditisten zulässig, soweit eine vollständige Befriedigung aller Altgläubiger anderweitig sichergestellt bleibt.

e. Teleologische Interpretation (Fortsetzung und Synthese)

Vor dem Exkurs wurde dargelegt, unter welchen Umständen durch die Begründung einer Forderung des Kommanditisten gegen die KG der den Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehende Haftungsfonds geschmälert wird: Ausgeführt wurde, dass den Gesellschaftsgläubigern vor tatsächlicher Leistung nur dann schon durch die Forderungsbegründung ein Nachteil droht, wenn die Forderung in der Gesellschaftsinsolvenz als gewöhnliche Insolvenzforderung (oder gar als bevorrangte Forderung) geltend gemacht werden kann. Daraus wurde der Schluss gezogen, dass die Begründung einer Forderung des Kommanditisten gegen die Gesellschaft gem § 172 Abs 3 UGB genau dann zum Aufleben der Außenhaftung des Kommanditisten führen muss, wenn die Forderung in der Gesellschaftsinsolvenz nicht nach-, sondern gleichrangig als Insolvenzforderung geltend gemacht werden kann.

Wie im anschließenden Exkurs zu zeigen versucht wurde, folgt mE aber alleine aus dem Umstand, *dass* eine Forderung iSd § 172 Abs 3 UGB auf eine (offene oder verdeckte) Einlagenrückgewähr gerichtet ist, als Rechtsfolge ihre grundsätzliche Hemmung in der Gesellschaftsinsolvenz. Auf eine Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB gerichteten Forderungen sind damit mE im Ergebnis grundsätzlich nachrangig.

ME ist damit auch zweckadäquat dafür Sorge getragen, dass der Kommanditist mit seinen materiell auf eine Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 2 UGB gerichteten Forderungen

nicht zulasten der Gesellschaftsgläubiger am Gesellschaftsvermögen partizipieren kann.[510] Im Hinblick auf den Gläubigerschutz ist es daher mE grundsätzlich nicht erforderlich, dass die Haftung des Kommanditisten bereits auflebt, sobald er gegen die Gesellschaft einen Anspruch auf eine (offene oder verdeckte) Einlagenrückgewähr erwirbt, sondern erst sobald die Gesellschaft tatsächlich an ihn leistet.[511]

f. Sonstige Argumente gegen eine Haftungsschädlichkeit von Forderungen des Kommanditisten gegen die KG

i. Wortlaut

Auch der Wortlaut von § 172 Abs 3 UGB („zurückgezahlt") legt nahe, dass es zum Aufleben der Haftung des Kommanditisten nur kommt, soweit die Einlage tatsächlich zurück gewährt wurde – nicht schon soweit bloß versprochen wurde, sie zurück zu gewähren.[512]

ii. Systematische Interpretation

Zum selben Ergebnis führte im HGB auch eine Betrachtung des variablen Kapitalanteils. Denn der variable Kapitalanteil wurde grundsätzlich erst durch eine tatsächliche Entnahme vermindert – nicht etwa schon durch das bloße Bestehen eines Entnahmerechts.[513] Dies spricht dafür, dass das bloße Bestehen eines Entnahmerechts nach der Vorstellung des HGB-Gesetzgebers (bis zu dessen Ausübung) auch im Außenverhältnis noch nicht zum Aufleben der Außenhaftung des Kommanditisten führen sollte. Bei der Umstellung auf feste Kapitalanteile durch das HaRÄG besaß der Gesetzgeber im Hinblick auf den Tatbestand der Einlagenrückgewähr im Außenverhältnis keinen auf eine Veränderung der bestehenden Rechtslage gerichteten Willen,[514] sodass der Befund zum HGB mE nach wie vor einschlägig ist. Der Wortlaut und die variablen Kapitalanteile des HGB sprechen deshalb mE grundsätzlich dafür, dass die Haftung des Kommanditisten erst auflebt,

---

510 Vgl *Wiedemann*, GesR II 811: Das Erfordernis eines Rangrücktritts und einer Einschränkung der Kündigungsmöglichkeit bei Umwandlung des Abfindungsanspruchs in ein Darlehen sei zweifelhaft, weil die Haftung des Kommanditisten mit jeder Abfindungszahlung ohnehin auflebe.

511 Vgl BGH II ZR 16/81 NJW 1982, 2253 [*K. Schmidt*].

512 Vgl *K. Schmidt*, Einlage 72; auch *Harrer*, wbl 1992, 10 (17).

513 Das ergab sich aus § 120 Abs 2, § 122 Abs 1 HGB, wonach unbeschränkt haftende Gesellschafter dispositiv ein gewinnunabhängiges Entnahmerecht in Höhe von 4% ihres variablen Kapitalanteils hatten – zu einer Reduzierung des Kapitalanteils sollte es freilich nur kommen, soweit das Entnahmerecht auch tatsächlich ausgeübt wurde (vgl dazu *H. Torggler* in *Straube*, HGB I[3] § 120 Rz 11).

514 Vgl ErlRV HaRÄG 47.

sobald er von einem Recht auf Rückgewähr der Einlage iSd § 172 Abs 3 UGB auch tatsächlich Gebrauch macht.

iii. Keine Nachschusspflicht

Gegen die These, dass bereits die Begründung eines auf eine Einlagenrückgewähr gerichteten Anspruchs die Haftung des Kommanditisten wieder aufleben lässt, spricht mE auch, dass dem Kommanditisten ansonsten eine „doppelte Haftung" drohen würde.[515] Denn sobald die Haftung des Kommanditisten gem § 172 Abs 3 UGB auflebt, können ihn die Gesellschaftsgläubiger zur Haftung heranziehen. Leistet der Kommanditist nun an einen Gesellschaftsgläubiger, hat er *de facto* zweifach eigenes Vermögen aufgebracht: durch die ursprüngliche Leistung einer Einlage sowie durch die Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern.

Der Ausgleich für diese doppelte Leistung besteht nun grundsätzlich in jener Forderung des Kommanditisten gegen die Gesellschaft, deren Begründung die Außenhaftung des Kommanditisten aufleben hat lassen. Ist die Gesellschaft aber zahlungsunfähig (das ist auch der Fall, in dem eine Inanspruchnahme des Kommanditisten durch die Gesellschaftsgläubiger wahrscheinlich ist), ist die Forderung des Kommanditisten weitgehend wertlos. Im Ergebnis war der Kommanditist daher gezwungen, zweifach einen der Haftsumme entsprechenden Betrag an die Gesellschaft zu leisten, ohne reelle Aussicht auf eine gleichwertige Ersatzleistung seitens der Gesellschaft.

> **Beispiel:** Ein Kommanditist hat eine Bareinlage von 100 geleistet, seine Haftsumme beträgt ebenfalls 100. Die Gesellschaft errichtet nun zugunsten des Kommanditisten einen Schenkungsvertrag über 100 in Form eines Notariatsakts. Noch bevor die geschenkte Sache übergeben wird, fällt die Gesellschaft in Insolvenz. Würde die Haftung des Kommanditisten bereits aufleben, sobald dieser eine sachlich nicht gerechtfertigte Forderung gegen die Gesellschaft erwirbt, würde der Kommanditist nun wieder in Höhe von 100 haften und müsste daher nochmals 100 an den Insolvenzverwalter leisten.

Eine „doppelte", über die Haftsumme hinausgehende Pflicht des Kommanditisten zur Aufbringung von Kapital zugunsten von Gesellschaft und Gesellschaftsgläubigern lässt sich mit dem Telos der §§ 171 f UGB aber nicht begründen, denn diese Bestimmung soll Risiko und Haftung des Kommanditisten im Außenverhältnis gerade mit der Haftsumme

---

[515] Vgl *Huber*, ZGR 1988, 1 (25); *Gursky*, DB 1978, 1261 (1264), der dieses Problem auch allgemein als Problem der Risikokumulierung formuliert hat; vgl auch *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2876.

beschränken.[516] Den Kommanditisten zur Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern zu zwingen, obwohl er die von ihm geleistete Einlage tatsächlich gar nicht von der Gesellschaft zurück erhalten hatte, widerspräche deshalb mE dem Normzweck der §§ 171 f UGB.[517] Auch diese Überlegung spricht dagegen, die Haftung des Kommanditisten aufleben zu lassen, bevor er noch eine tatsächliche Leistung von der Gesellschaft erhalten hat.

Dass eine „Doppelhaftung" des Kommanditisten in der hier geschilderten Konstellation problematisch wäre, entspricht grundsätzlich auch der Ansicht jener Autoren[518], nach deren Meinung die Haftung des Kommanditisten grundsätzlich bereits mit der Forderungsbegründung auflebt. Diese Autoren möchten das Problem aber lösen, indem sie dem Kommanditisten eine Aufrechnung seiner Forderung gegen die Gesellschaft mit „der Einlage" erlauben, um einer Befriedigung herandringender Gesellschaftsgläubiger zu entgehen. Wirkung dieser Aufrechnung wäre, dass der Kommanditisten erneut von seiner Außenhaftung frei wird, und zwar mit dem Nennwert der aufgerechneten Forderung (nicht bloß mit dem von der Vermögenslage der Gesellschaft abhängigen wirtschaftlichen Forderungswert).[519]

> **Beispiel (Fortsetzung):** Ein Kommanditist hat eine Bareinlage von 100 geleistet, seine Haftsumme beträgt ebenfalls 100. Die Gesellschaft errichtet nun zugunsten des Kommanditisten einen Schenkungsvertrag über 100 in Form eines Notariatsakts. Noch bevor die geschenkte Sache übergeben wird, fällt die Gesellschaft in Insolvenz. Nach Ansicht mancher Autoren wäre der Kommanditist nun berechtigt, seine Forderung aus dem Schenkungsvertrag mit seiner Einlage aufzurechnen. Dadurch würde der Kommanditist erneut in Höhe des Nennwerts seiner Forderung von 100 von seiner Außenhaftung frei.

Damit wird iE ein verträgliches Ergebnis erzielt. Wesentliche Konsequenz dieser Ansicht ist, dass der Kommanditist seine Forderung gegen die Gesellschaft aufgeben muss, um die Haftungsbefreiung wiederherzustellen. Nach hier vertretener Ansicht ist dieser Umweg freilich zum Gläubigerschutz nicht erforderlich, weil die Forderung des Kommanditisten in der Gesellschaftsinsolvenz ohnehin nachrangig ist (soeben II.E.3.e. [155]). Die besseren Argumente sprechen deshalb mE dafür, die Haftung des

---

516 *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 172 Rz 14; vgl auch *Fischer*, LM § 171 HGB Nr 5 (zu BGH II ZR 162/62) unter 4; s auch oben Fn 118 f mwN.

517 Vgl *Gursky*, DB 1978, 1261 (1264).

518 S zum Meinungsstand oben II.E.3.b. [134].

519 *K. Schmidt* Einlage 72 ff; *ders* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 60, 73, 111; *ders*, GesR[4] § 54 III 2 a.aa; *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR[2] §§ 171, 172 HGB Rz 52; vgl *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 145; aA *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 52.

Kommanditisten vor einer tatsächlichen Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen gar nicht erst aufleben zu lassen.

g. Zusammenfassung und Thesen

Fragestellung dieses Abschnitts war, ob die Haftung des Kommanditisten gem § 172 Abs 3 UGB schon auflebt, sobald der Kommanditist eine sachlich nicht gerechtfertigte Forderung gegen die Gesellschaft erwirbt – oder ob es zur Haftungsrechtsfolge erst im Zeitpunkt der tatsächlichen Leistung durch die Gesellschaft kommt.

Zunächst spricht der Gesetzeswortlaut dafür, dass die Haftung des Kommanditisten erst mit der tatsächlichen Leistung auflebt – nicht schon mit Forderungsbegründung (oben II.E.3.f.i. [156]). Auch der Vergleich mit den variablen Kapitalanteilen des HGB unterstützt dieses Ergebnis (oben II.E.3.f.ii. [156]).

Auch zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger ist ein Aufleben der Haftung des Kommanditisten im Zeitpunkt der Anspruchsbegründung mE nicht erforderlich. Dies ergibt sich daraus, dass der Kommanditist seine, auf eine Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB gerichteten Forderungen in der Gesellschaftsinsolvenz nicht geltend machen kann; ein gegenteiliges Verlangen wäre zumindest rechtsmissbräuchlich, weil der Insolvenzverwalter die Leistung gem § 171 Abs 2 UGB sogleich zurückzufordern berechtigt wäre (oben II.E.3.d. [139]).

Schließlich soll § 171 Abs 1 UGB die Haftung des Kommanditisten im Außenverhältnis mit der Haftsumme begrenzen; ein Aufleben der Außenhaftung schon mit Forderungsbegründung würde aber dazu führen, dass der Kommanditist zu einer doppelten Leistung des Betrags der Haftsumme verpflichtet wäre. Denn er müsste gegebenenfalls Gläubiger befriedigen, bevor er seine Einlage von der Gesellschaft tatsächlich zurückerhalten hat. Eine solche Rechtsfolge lässt sich mit dem Normzweck von § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB mE nicht rechtfertigen.

Auch sonstige Gründe, die für ein Aufleben der Außenhaftung des Kommanditisten bereits im Zeitpunkt der Anspruchsbegründung sprechen, sind nicht ersichtlich. Es gilt daher mE:

- Der Tatbestand der Einlagenrückgewähr gem § 172 Abs 3 UGB setzt eine tatsächliche Leistung voraus.

- Das bloße Bestehen einer Forderung des Kommanditisten gegen die Gesellschaft erfüllt den Tatbestand der Einlagenrückgewähr dagegen grundsätzlich noch nicht, und zwar auch nicht bei Fälligkeit der Forderung oder wenn die Gesellschaft für die Forderung des Kommanditisten ein Pfandrecht bestellt hat.

4. Obligatorische Nutzungsüberlassung – Einlagen *quoad sortem* und *quoad usum*

a. Problemstellung

Viel diskutiert wurde in der Literatur die Frage, inwieweit Gesellschafter durch die Einbringung von Einlagen *quoad sortem* bzw *quoad usum* auch eine haftungsbefreiende Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB leisten können. Bei einer Einlage *quoad sortem* ist die Gesellschaft berechtigt, wie ein Eigentümer mit der Einlage zu verfahren – allerdings nur auf schuldrechtlicher Grundlage; der einbringende Gesellschafter bleibt treuhänderischer Eigentümer der eingebrachten Sache.[520] Die Einbringung *quoad usum* unterscheidet sich davon insofern, als die Gesellschaft hier auch im Innenverhältnis nicht die Stellung eines (wirtschaftlichen) Eigentümers erlangt; sie erlangt lediglich ein Nutzungsrecht an der eingebrachten Sache.[521] An den ausscheidenden Gesellschafter sind *quoad usum* eingebrachte Einlagen im Zweifel zurückzustellen (§ 137 Abs 1, § 149 Abs 2 UGB). Hat der Kommanditist eine Einlage *quoad sortem* geleistet und scheidet er aus der KG aus, ist dagegen strittig, ob er im Rahmen der Auseinandersetzung das dingliche Eigentum an der Einlage an die Gesellschaft zu übertragen hat, oder aber die Einlage gegen Ersatz des Werts der Einlage im Zeitpunkt des Ausscheidens von der Gesellschaft zurück erhält.[522] In diesem Abschnitt gilt es die Frage zu erörtern, inwieweit Einlagen *quoad sortem* und *quoad usum* im Außenverhältnis auch haftungsbefreiende Einlagen sind.

b. Meinungsstand

Die Frage der Berücksichtigungsfähigkeit von Einlagen *quoad sortem* und *quoad usum* als Gegenstand einer haftungsbefreienden Einlage wurde vom BGH grundsätzlich

---

520 Vgl zur Begriffsabgrenzung *U. Torggler/H. Torggler* in WK UGB I[4] § 109 Rz 17 ff; *König*, ZIK 1996, 73 f.

521 Vgl *U. Torggler/H. Torggler* ebd.

522 S dazu mwN *Potsch* 147 f.

bejaht,[523] ist aber im Schrifttum höchst strittig.[524] Soweit die grundsätzliche Eignung dieser Einlagenformen für § 171 Abs 1 UGB bejaht wird, sind solche Einlagen nach überwiegender Ansicht mit dem Barwert der voraussichtlichen Nutzungsdauer zu bewerten[525]. Ist eine Mindestnutzungsdauer *ex ante* nicht feststellbar, wird eine Haftungsbefreiung des Kommanditisten dann – insofern folgerichtig – mangels eines feststellbaren Werts der Einlage abgelehnt.[526]

c. Nutzungsüberlassung mit ex ante *gesicherter (Mindest-)Nutzungsdauer*

Nutzungsrechte sind mE unter mehreren Voraussetzungen als haftungsbefreiende Einlage tauglich.

i. Werthaltigkeit des Nutzungsrechts für die Gesellschaft

Vorauszusetzen ist zunächst, dass das Nutzungsrecht für die Gesellschaft konkret nützlich war, das heißt über einen „Ertragswert" für das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen verfügt hat (oben II.D. [49]). Soweit nicht ausnahmsweise eine Weiterveräußerung des Nutzungsrechts zulässig und erfolgsversprechend war, wird die Nutzungsüberlassung für die Gesellschaft in der Regel nur werthaltig sein, soweit die Gesellschaft auch einen Eigenbedarf an der zur Nutzung überlassenen Sache hatte.[527] „Eigenbedarf" liegt vor, wenn ein sorgfältiger Geschäftsleiter eine gleichartige Sache mangels Einbringung durch den Kommanditisten selbst am Markt beschafft hätte. Die Gesellschaft erspart sich bei Eigenbedarf durch die Nutzungsüberlassung grundsätzlich jenen Aufwand, der beim Erwerb eines gleichwertigen Nutzungsrechts am freien Markt entstanden wäre.

Soll bereits die erstmalige Einbringung des Nutzungsrechts den Kommanditisten von seiner Außenhaftung befreien, muss der Wert des Nutzungsrechts auch zu diesem Zeitpunkt

---

523 S für Einlagen *quoad sortem* BGH II ZR 230/75 NJW 1977, 1820; für Einlagen *quoad usum* BGH II ZR 359/98 BB 2000. Weitere Nw oben Fn 197.

524 Dafür zB *Döllerer* in FS Fleck 35; dagegen zB *K. Schmidt*, ZHR 154 (1990) 237; weitere Nw oben Fn 197.

525 *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 161 Rz 19; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2858, 2900; *Bork*, ZHR 154 (1990) 205 (213 f); vgl *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 55; aus dem Kapitalgesellschaftsrecht BGH II ZR 359/98 BB 2000, 1643; BGH II ZR 121/02 NZG 2004, 910; aA (Haftungsbefreiung *pro rata temporis*) *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 55.

526 *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 161 Rz 19; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 14; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2858; *Bork*, ZHR 154 (1990) 205 (222 f), s aber auch dort Seite 215 und dazu oben Fn 470; vgl auch BGH II ZR 359/98 BB 2000, 1643 zum dAktG: konkret bestimmbare Mindestdauer; ebenso zur GmbH BGH II ZR 121/02 NZG 2004, 910.

527 Vgl *Döllerer* in FS Fleck 35 (41 f).

bereits feststellbar gewesen sein. Das setzt voraus, dass zumindest eine Mindestnutzungsdauer vereinbart worden ist. In diesem Fall kann der Wert des Nutzungsrechts mit seinem kapitalisierten Barwert veranschlagt werden. Das heißt, dass der Nutzen der Gesellschaft – insbesondere aus den ersparten Aufwendungen für die Miete eines vergleichbaren Objekts – über die feststehende Nutzungsdauer geschätzt und periodenbezogen abgezinst wird. Dies folgt aus der Annahme, dass sich der Wert von Sacheinlagen iSd § 171 Abs 1 UGB erstens allgemein nach deren Ertragswert für die Gesellschaft richtet (oben II.D.6.c. [70]); und dass zweitens Ertragswerte mithilfe der Kapitalwertrechnung geschätzt werden können, bei der der die mit dem zu bewertenden Ereignis kausal verknüpften, zukünftigen Zahlungsströme geschätzt und abgezinst werden (oben II.D.7.b. [89]).

> **Beispiel:** Der Kommanditist bringt eine Liegenschaft (Marktwert der Liegenschaft: 250.000) *quoad usum* in die Gesellschaft ein. Die Gesellschaft erspart sich dadurch monatlich Aufwendungen in Höhe von 1.000, die sie andernfalls für die Miete einer geeigneten Betriebsliegenschaft hätte aufwenden müssen. Angenommen, die Nutzungsüberlassung ist auf 10 Jahre befristet. In diesem Zeitraum erspart sich die Gesellschaft durch die Nutzungsüberlassung in Summe eigenen Aufwand in Höhe von insgesamt 120.000 (1.000 monatliche Miete * 12 Monate * 10 Jahre). Der Barwert von Aufwendungen, die erst in der Zukunft entstanden wären, ist allerdings abzuzinsen (vgl dazu oben II.D.7.b.i. [89]), sodass das Nutzungsrecht nur einen geringeren Barwert als 120.000 aufweist. Realistischer wäre zB ein Barwert von 90.000. Der Kommanditist würde in diesem Fall mit der Übergabe der Liegenschaft an die Gesellschaft mE in Höhe von 90.000 von seiner Außenhaftung frei; übt die Gesellschaft das Nutzungsrecht in der Folge tatsächlich 10 Jahre lang aus und stellt die Liegenschaft anschließend an den Kommanditisten zurück, würde es zu keiner weiteren Veränderung an der Höhe der haftungsbefreienden Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB kommen. Der Kommanditist bliebe diesfalls in Höhe von 90.000 von seiner Außenhaftung frei.

Stand eine Mindestnutzungsdauer im Einbringungszeitpunkt noch nicht fest, kann die erstmalige Einbringung des Nutzungsrechts den Kommanditisten mangels feststellbarer, damit verbundener Vermehrung des Gesellschaftsvermögens dagegen noch nicht von seiner Außenhaftung befreien – in solchen Fällen kommt lediglich eine Haftungsbefreiung *pro rata temporis* in Frage, soweit der Kommanditist der Gesellschaft die Sache in der Folge tatsächlich zur Nutzung überlassen hat: s dazu unten II.E.4.e. [169].

Soweit die Gesellschaft an der zur Nutzung überlassenen Sache Eigenbedarf hatte, spielt es mE auch keine Rolle, dass *quoad sortem* bzw *quoad usum* überlassene Einlagen

exekutiv nur schwer verwertbar sind.[528] Denn erstens ist eine Befreiung des Kommanditisten von seiner Außenhaftung aus Gläubigersicht schon gerechtfertigt, wenn er der Gesellschaft bloß eigene Aufwendungen erspart hat – hier, soweit er der Gesellschaft eine Sache zur Nutzung überlassen hat, an der die Gesellschaft Eigenbedarf hatte. Denn werden der Gesellschaft eigene Aufwendungen erspart, so wird dadurch ein Abfluss von Mitteln aus der Gesellschaftskassa verhindert. Mittelbar führt die Ersparnis von Aufwendungen insofern zu einer relativen Vermehrung des Kassenbestands der Gesellschaft, und damit auch zu einer Vermehrung des den Gläubigern insgesamt zur Verfügung stehenden, exekutionsfähigen Haftungsfonds der Gesellschaft. Zweitens kommt es für § 171 Abs 1 UGB mE schon im Allgemeinen nicht auf den Liquidations- bzw Einzelveräußerungswert einer Einlage an, sondern auf deren Ertragswert für die Gesellschaft (oben II.D. [49]). Dieselben Gründe, die schon im Allgemeinen gegen ein Abstellen auf Einzelveräußerungs- bzw Liquidationswert bei der Bewertung iSd § 171 Abs 1 UGB sprechen, sprechen auch dagegen, obligatorische Nutzungsrechte aufgrund ihrer schweren exekutiven Verwertbarkeit schon grundsätzlich als haftungsbefreiende Einlage auszuschließen. Insbesondere leuchtet es nicht ein, warum es dem Kommanditisten erlaubt sein soll, im Rahmen eines Drittvertrags haftungsneutral ein (angemessenes) Einmalentgelt für eine Nutzungsüberlassung einzunehmen – der Kommanditist dasselbe Nutzungsrecht aber nicht als haftungsbefreiende Einlage einbringen können soll. Im Übrigen sollen die Argumente für ein Abstellen auf den Ertragswert bei der Bewertung von Sacheinlagen an dieser Stelle nicht wiederholt werden, stattdessen sei auf die obigen Ausführungen unter II.D.6.c. [70] verwiesen.

> **Beispiel (Variante):** Ein Kommanditist leistet eine Bareinlage von 90.000. Kurze Zeit später schließt er mit der Gesellschaft einen drittüblichen Vertrag ab, wonach er eine Liegenschaft für 10 Jahre an die Gesellschaft verpachtet. Anstatt eines periodischen Pachtzinses wird (ungewöhnlicher-, aber zulässigerweise) vereinbart, dass die Gesellschaft sofort angemessene 90.000 an den Kommanditisten leistet. Weil das Geschäft drittüblich ist, lebt die Außenhaftung des Kommanditisten nicht auf: Er bleibt (aufgrund seiner ursprünglichen Bareinlage) von seiner Außenhaftung frei. Nichts anderes kann gelten, wenn der Vorgang „abgekürzt" wird, indem der Kommanditist unmittelbar das Nutzungsrecht an der Liegenschaft als Einlage einbringt: Auch dieses ist mit seinem Wert für die Gesellschaft von 90.000 haftungsbefreiend auf die Einlage des Kommanditisten anzurechnen. Zu fordern ist lediglich, dass die Gesellschaft bei der Einlage des Nutzungsrechts über eine entsprechende rechtliche Stellung verfügt wie bei der Pacht; s dazu noch im Folgenden.

---

[528] Insofern konsequent aA *Ekkenga*, ZHR 161 (1997) 599 (621 f); s ausf zur exekutiven Verwertung von Einlagen *quoad sortem* im deutschen Recht *Ullrich*, NJW 1974, 1486 (1490 f).

Ein gewisses Argument dafür, dass Einlagen *quoad sortem* bzw *quoad usum* grundsätzlich tauglicher Gegenstand einer haftungsbefreienden Einlage sein können, ergibt sich auch aus dem (mittlerweile aufgehobenen) Art 7 Nr 2 Abs 2 EVHGB. Diese Norm regelte bis zum HaRÄG[529], welche Einlagen im Zweifel *quoad dominium* ins Gesellschaftsvermögen übergehen sollen: Gem Satz 1 *leg cit* sollten vertretbare sowie verbrauche Sachen im Zweifel ins Gesamthandeigentum der Gesellschafter übergehen; gem Satz 2 *leg cit* galten „weder vertretbare noch verbrauchbare" Sachen ebenfalls als *quoad dominium* eingebracht, wenn sie nach einer Schätzung einzubringen waren, die nicht bloß für die Gewinnverteilung bestimmt war. *E contrario* sollten alle in Art 7 *leg cit* nicht ausdrücklich erwähnten Sachen im Zweifel im Eigentum des einbringenden Gesellschafters verbleiben.[530] Aus Art 7 *leg cit* ging also hervor, dass der historische Gesetzgeber durchaus mit Einlagen bloß zur Nutzung gerechnet hatte (vgl auch die Vorgängerbestimmung in Art 91 AHGB). Auch § 137 Abs 1 bzw § 149 Abs 2 UGB nehmen unmittelbar auf der Gesellschaft bloß zur Nutzung überlassene Gegenstände Bezug. In den Materialien – sei es zum HGB 1897 oder zum HaRÄG – fehlt nun aber jeder Hinweis darauf, dass Einlagen *quoad usum* oder *quoad sortem* den Kommanditisten *nicht* von seiner Außenhaftung befreien sollten. Wenn der Gesetzgeber an der Tauglichkeit von Leistungen *quoad sortem* bzw *quoad usum* zur Haftungsbefreiung Zweifel gehabt hätte, wäre angesichts der Tatsache, dass sich der Gesetzgeber mit solchen Einlagen an anderer Stelle sehr wohl auseinandergesetzt hat, ein entsprechender Hinweis in den Materialien aber mE durchaus zu erwarten gewesen. Die erwähnten Bestimmungen bieten, in Verbindung mit dem diesbezüglichen Schweigen des Gesetzgebers im Rahmen von §§ 171 ff UGB, deshalb ein gewisses, wenn auch relativ schwaches Indiz dafür, dass Einlagen *quoad sortem* und *quoad usum* für den historischen Gesetzgeber als Gegenstand einer haftungsbefreienden Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB grundsätzlich geeignet waren.

ii. Weitere Voraussetzungen für die Haftungsbefreiung

Sieht man von der Werthaltigkeit *ex ante* des Nutzungsrechts für die Gesellschaft ab – welche weiteren Anforderungen sind iSd § 171 Abs 1 UGB an ein Nutzungsrecht zu stellen, damit dessen Einbringung den Kommanditisten von seiner Außenhaftung befreit?

---

529 S zur Aufhebung (jetzt: § 1180 Abs 1 ABGB) durch das HaRÄG *Krejci* in RK UGB § 109 Rz 5 f.

530 Vgl dazu Reichstagsvorlage HGB 1897, 81 f.

Wie bei allen haftungsbefreienden Einlagen (II.E.2. [117]) ist auch bei der Einlage eines Nutzungsrechts für eine Haftungsbefreiung gem § 171 Abs 1 UGB zunächst erforderlich, dass die Einlage außerhalb der Auseinandersetzung[531] einem Zugriff durch den Kommanditisten und dessen Privatgläubigern entzogen ist[532] und dass das Nutzungsrecht in der Doppelinsolvenz von KG und Kommanditist im Massevermögen der KG verbleibt. Die Gesellschaft muss ihr Nutzungsrecht auch dem Kommanditisten und seinen Rechtsnachfolgern gegenüber verteidigen können[533] – insbesondere wenn der Kommanditist das Eigentum an der Sache auf einen Dritten übertragen hat[534].

In der Gesellschaftsinsolvenz lässt sich ein Schutz der Gesellschaftsgläubiger vor einer Rückstellung der zur Nutzung überlassenen Sache (vor Ablauf der vereinbarten Nutzungsdauer) mE bereits als Rechtsfolge aus § 172 Abs 3 iVm § 171 Abs 2 UGB ableiten.[535] Denn in allen Fällen, in denen die Einbringung eines Nutzungsrechts den Kommanditisten zunächst mit dessen Barwert von seiner Außenhaftung befreit hatte, hat eine Rückstellung der Sache vor Ablauf der vereinbarten Nutzungsdauer gem § 172 Abs 3 UGB als Einlagenrückgewähr das Aufleben der Haftung des Kommanditisten zur Folge. Die Höhe, in der die Haftung des Kommanditisten gem § 172 Abs 3 UGB auflebt, ergibt sich diesfalls grundsätzlich aus dem Restwert des Nutzungsrechts mit der verbleibenden, ursprünglich vereinbarten Nutzungsdauer. Der Insolvenzverwalter wäre daher jedenfalls nach tatsächlicher Rückstellung der zur Nutzung überlassenen Sache berechtigt, stattdessen gem § 171 Abs 2 UGB eine entsprechende, dem Restwert des zurückgestellten Nutzungsrechts entsprechende Geldsumme vom Kommanditisten zu fordern (s dazu schon oben II.E.3.d. [139]).[536]

---

531 Vgl oben bei Fn 417. Wenn der Kommanditist selbst in Insolvenz fällt, ist eine Auseinandersetzung inklusive einer damit verbundenen Rückgewähr aller (verbliebenen) Einlagen an den Kommanditisten als gesetzlicher Normalfall vorgesehen (§ 131 Abs 1 Z 5 UGB iVm § 137 Abs 1 UGB); vgl zum Schicksal von Einlagen *quoad sortem* in der Insolvenz eines Gesellschafters OGH 3 Ob 348/97s ZIK 2000, 24; *König*, ZIK 1996, 73; auch *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 55; *Döllerer* in FS Fleck 35 (44).

532 Vgl *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 137 f: „eigentumsähnlicher" Schutz erforderlich; *K. Schmidt*, ZHR 154 (1990) 237 (242); *Knobbe-Keuk*, ZGR 1980, 214 (221); *Döllerer* in FS Fleck 35 (42 ff); *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2858.

533 Vgl dazu näher ausgehend von der deutschen Rechtslage *Döllerer* in FS Fleck 35 (42 ff); *Bork*, ZHR 154 (1990) 205 (216 ff, 222); die genannten Autoren vertreten allerdings die Ansicht, dass das Risiko einer Veräußerung der Sache durch den Gesellschafter bloß einzupreisen sei.

534 Vgl *Pauli* 49.

535 Vgl zur Frage, inwieweit dem Kommanditisten in der Gesellschaftsinsolvenz ein Aussonderungsanspruch für seine *quoad usum* oder *quoad sortem* eingebrachten Einlagen zukommt, *Schulyok* in *Konecny/Schubert* § 44 KO Rz 1 ff; *Bork*, ZHR 154 (1990) 205 (230)

536 Vgl *Ullrich*, NJW 1974, 1486 (1491): Wahlrecht des Kommanditisten, sein *quoad sortem* eingebrachtes Grundstück auszusondern, dann aber auch erneut in Höhe der Haftsumme gem § 171 Abs 2 UGB an den Insolvenzverwalter zu leisten.

Beispiel (Fortsetzung): Durch Einbringung eines auf 10 Jahre befristeten Nutzungsrechts wurde der Kommanditist in Höhe von 90.000 von seiner Außenhaftung frei. Nach 5 Jahren fällt die Gesellschaft in Insolvenz; der Kommanditist ist im Innenverhältnis gem § 131 Z 3 iVm § 149 Abs 2 UGB zur Rückforderung der Sache berechtigt und verfügt daher insolvenzrechtlich über ein Aussonderungsrecht. Mit Rückgabe der Sache würde die Gesellschaft aber einen Vermögensnachteil in Höhe des verbleibenden Restwerts des Nutzungsrechts erleiden; der Barwert eines 5-jährigen Nutzungsrechts beträgt angenommen 50.000. Mit erfolgreicher Aussonderung müsste die Haftung des Kommanditisten daher in Höhe von 50.000 wieder aufleben, der Insolvenzverwalter wäre also (nach Aussonderung) zur Einforderung dieses Betrags vom Kommanditisten gem § 171 Abs 2 UGB berechtigt.

Der Insolvenzverwalter ist darüber hinaus aber mE überhaupt zur Verweigerung der Rückgabe einer zur Nutzung überlassenen Sache berechtigt, wenn und weil die Rückgabe zu einer Unterdeckung der Haftsumme des Kommanditisten führen würde. Denn soweit die haftungsbefreiende Einlage nicht durch Gesellschaftsverluste aufgezehrt wurde, soll sie nach der gesetzlichen Wertung in der Gesellschaftsinsolvenz gerade zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger zur Verfügung stehen.[537] Dementsprechend wurde oben (II.E.3.d. [139]) vertreten, dass Forderungen des Kommanditisten, deren Auszahlung zum Aufleben der Haftung des Kommanditisten führen würde, in der Gesellschaftsinsolvenz grundsätzlich nachrangig sind. Zur Aussonderung von Nutzungsrechten, die als haftungsbefreiende Einlage geleistet wurden, ist der Kommanditist in der Gesellschaftsinsolvenz deshalb mE nur berechtigt, wenn der Kommanditist spätestens gleichzeitig durch eine alternative Geldleistung für eine volle Deckung seiner Haftsumme sorgt. Der Kommanditist ist zur Aussonderung eines als haftungsbefreiende Einlage eingebrachten Nutzungsrechts in der Gesellschaftsinsolvenz also mE nur Zug um Zug gegen Barleistung jenes Betrags berechtigt, mit dem die Haftung des Kommanditisten durch die Aussonderung aufleben würde.[538]

Beispiel (Fortsetzung): Der Kommanditist verlangt Aussonderung seiner zur Nutzung überlassenen Einlage; durch die Aussonderung würde die Haftung des Kommanditisten aber in Höhe von 50.000 aufleben. Nach hier vertretener Auffassung hat der Insolvenzverwalter die Aussonderung zu verweigern, solange der Kommanditist sich nicht zur Zug um Zug-Leistung eines Geldbetrags von 50.000 an die Gesellschaft bzw den Insolvenzverwalter bereithält.

Nimmt der Kommanditist sein Recht zur Aussonderung seiner zur Nutzung überlassenen Sache Zug um Zug nicht wahr, ist mE außerdem eine Befristung dieses Rechts erforderlich, um dem Insolvenzverwalter die rechtzeitige Verwertung des Nutzungsrechts zu ermöglichen, zB durch den Verkauf des Nutzungsrechts an Dritte. Denkbar ist für die Befristung eine Anknüpfung an § 21 Abs 2

---

537 Vgl auch OGH 12.9.1996, 8 Ob 2035/96i; RIS-Justiz RS0062045; BGH II ZR 28/84 BGHZ 93, 159 (164); *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (331 f); *dens*, Einlage 75; *Armbruster* 112; *Bork*, ZHR 154 (1990) 205 (212).

538 Vgl *Bork*, ZHR 154 (1990) 205 (215, 229 f) zu § 83 GmbHG; vgl auch *Ullrich*, NJW 1974, 1486 (1491).

IO zum Eintrittsrecht in schwebend unwirksame Geschäfte. Vorzugswürdig ist es aber wohl, § 120 Abs 2 IO zur Verwertung bei Absonderungsrechten analog heranzuziehen.

Weiters gilt eine haftungsbefreiende Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB mE immer nur insoweit als geleistet, als der Wert der Einlage von der Gesellschaft ohne weiteres positives Mitwirken des Kommanditisten selbständig realisiert werden kann (oben II.E.2.d. [131]). Für Fälle der Nutzungsüberlassung ergibt sich daraus, dass eine Haftungsbefreiung schon mit Einbringung einer Sache zur Nutzung nur zulässig ist, wenn die Gesellschaft grundsätzlich eine Stellung erlangt hat, bei der der Gesellschaft der weitere Ertrag aus dem Vermögensgegenstand gesichert ist.[539] Zur Sicherstellung der (weiteren) Nutzung durch die Gesellschaft darf insbesondere eine aktive Handlung des Kommanditisten nicht länger notwendig sein.[540] Das ist bei einer Einbringung *quoad usum* oder *quoad sortem* grundsätzlich der Fall, soweit die Gesellschaft die Sache nicht nur inne hat[541], sondern ihr Nutzungsrecht auch gegen Eingriffe Dritter selbständig verteidigen kann, das heißt auf die Mitwirkung des Kommanditisten nicht länger angewiesen ist. Schon der Besitzschutz gem § 339 ABGB dürfte dafür grundsätzlich ausreichend sein.

iii. Zwischenergebnis

Zusammenfassend sind Einlagen *quoad sortem* bzw *quoad usum* mit *ex ante* bekannter Nutzungsdauer als Gegenstand einer haftungsbefreienden Einlage grundsätzlich geeignet, soweit die Gesellschaft auch Eigenbedarf an der zur Nutzung überlassenen Sache hatte. Haftungsbefreiend wirkt der Barwert der zukünftig erwarteten Erträge über die vorgesehene Nutzungsdauer. Bei Eigenbedarf entspricht der Wert der Nutzungsüberlassung grundsätzlich dem Barwert der ersparten Aufwendungen, die für die Beschaffung einer gleichartigen Sache am Markt angefallen wären. Weiters ist eine Haftungsbefreiung im Zeitpunkt des Beginns der Nutzungsüberlassung nur zulässig, wenn die Gesellschaft ihr Nutzungsrecht auch gegenüber dem Kommanditisten sowie gegenüber Dritten selbständig verteidigen kann. In der Gesellschaftsinsolvenz sorgt schon § 171 Abs 2 iVm § 172 Abs 3 UGB für einen entsprechenden Schutz vor Begehrlichkeiten des Kommanditisten, weil sich

---

539 Vgl *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 54.

540 Verfügt die Gesellschaft bei einer *quoad sortem* eingebrachten Sache beispielsweise über keine eigene Verfügungs- oder Vertretungsbefugnis, die zum Verkauf ermächtigt, kann der durch einen Sachverkauf voraussichtlich realisierbare Wert mE auch nicht bei der Bewertung des Nutzungsrechts angesetzt werden (vgl dazu noch unten II.E.4.e. [169]).

541 *Döllerer* in FS Fleck 35 (40); vgl *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2859.

schon aus diesen Bestimmungen die grundsätzliche Unzulässigkeit einer Einlagenrückgewähr in der Gesellschaftsinsolvenz ergibt.

d. Einlage von unbefristeten Nutzungsrechten ohne Kündigungsmöglichkeit

Ist die voraussichtliche Nutzungsdauer im Zeitpunkt der Sacheinbringung unbekannt, sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden. Soweit der Kommanditist zur jederzeitigen Kündigung der Nutzungsüberlassung berechtigt ist, entspricht die Stellung der Gesellschaft materiell lediglich ihrer Stellung im Fall einer Bittleihe. S zu diesem Fall sogleich unter e. [169]. In diesem Abschnitt geht es hingegen um Fälle, in denen der Kommanditist *nicht* zur einseitigen Kündigung des Nutzungsrechts berechtigt ist, und die Gesellschaft insbesondere das Nutzungsrecht in der Gesellschaftsinsolvenz auch selbst verwerten zu berechtigt ist (insb durch eine Weitergabe des Nutzungsrechts an Dritte).

Es geht damit um echt unbefristete Nutzungsrechte, bei denen die Sachnutzung für die Gesellschaft auf Dauer gesichert ist. In solchen Fällen kann bei der Bewertung der zur Nutzung überlassenen Einlage mE auch eine unendliche Nutzungsdauer unterstellt werden. Im Übrigen gilt das zu befristeten Nutzungsrechten Gesagte (soeben c. [161]) sinngemäß.

Durch die zur Bewertung des Nutzungsrechts iSd § 171 Abs 1 UGB erforderliche Abzinsung erst zukünftig erwarteter Erträge besitzen auch ewige Nutzungsrechte nur einen endlichen Barwert. Weit in der Zukunft liegende Nutzungen fließen dabei nur mehr mit vergleichsweise geringen Beträgen in den Barwert des Nutzungsrechts ein. Der Barwert eines unendlichen Nutzungsrechts lässt sich mit der Formel für die Ermittlung des Barwerts ewiger Renten ermitteln: K = r/p, wobei K den Barwert der Rente, r die Höhe der wiederkehrenden Rente und p den Diskontierungszinssatz bezeichnet.[542] Der Nutzungswert kann bei „ewiger" Nutzungsdauer dem Marktwert einer Sache oftmals nahekommen.[543]

> **Beispiel (Fortsetzung):** Das Nutzungsrecht an einer Liegenschaft, das für die Gesellschaft einen Wert von 1.000 pro Monat aufweist, wurde der Gesellschaft auf unbefristete Zeit eingeräumt. *Ex ante* ist diesfalls davon auszugehen, dass die Gesellschaft das Nutzungsrecht auch „bis in alle Ewigkeit" ausüben kann. Bei der Bewertung ist also zu unterstellen, dass der Wert der Liegenschaft einer ewigen Rente von 1.000 pro Monat entspricht. Mithilfe der Formel für ewige Renten lässt sich dann der Barwert des Nutzungsrechts ermitteln. Die jährliche Rente beträgt im Beispiel 12.000. Bei einem

542 Vgl https://de.wikipedia.org/wiki/Ewige_Rente (abgerufen am 28.8.2016).
543 Vgl auch *Knobbe-Keuk*, ZGR 1980, 214 (221 f).

jährlichen Diskontierungszinssatz von 5% ergibt sich daraus ein Barwert des Nutzungsrechts von 240.000 (12.000/5%).

Wird die zur Nutzung überlassene Sache – trotz der Vereinbarung einer unbefristeten Überlassung – später an die Gesellschaft zurückgestellt, so wird dadurch eine Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB verwirklicht, weil der Gesellschaft ein als Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB eingebrachtes Nutzungsrecht vorzeitig entzogen wird. Der Wert der Einlagenrückgewähr ist im Zeitpunkt der Rückgabe der Sache zu beurteilen und auch auf diesen Zeitpunkt abzuzinsen; mit der Rückgabe des Nutzungsrechts verliert die Gesellschaft aber ein unbefristetes Nutzungsrecht, dessen Wert einer ewigen Rente entspricht. Der Wert einer ewigen Rente ist aber vom Bewertungszeitpunkt unabhängig, weil jeweils unendlich viele, zukünftige Zahlungen anzunehmen sind. Die Haftung des Kommanditisten lebt deshalb mit der Rückgewähr eines unbefristeten Nutzungsrechts mE grundsätzlich in derselben Höhe wieder auf, mit der seine Haftung durch die ursprüngliche Einbringung des Nutzungsrechts untergegangen war. Insofern ähnelt die Rechtslage der Situation bei einer Einlage *quoad dominium*, die später wieder an den Kommanditisten zurückgestellt wird.

Beispiel (Fortsetzung): Nach Ablauf von 10 Jahren wird das Nutzungsverhältnis einvernehmlich beendet. Soweit der Wert des Nutzungsrechts für die Gesellschaft keinen zwischenzeitigen Veränderungen unterworfen ist (zB: Veränderung des allgemeinen Mietzinsniveaus), weist es für die Gesellschaft nach wie vor einen kapitalisierten Barwert von 240.000 auf. Mit Rückgabe des Nutzungsrechts lebt die Haftung des Kommanditisten daher auch erneut in Höhe von 240.000 auf.

e. *Einlage von Nutzungsrechten mit jederzeitiger Kündigungsmöglichkeit durch den Kommanditisten* (prekarium)

Wurde keine Mindestnutzungsdauer vereinbart, und ist der Kommanditist außerdem zur jederzeitigen Kündigung der Nutzungsüberlassung berechtigt, so entspricht die Stellung der Gesellschaft materiell lediglich ihrer Stellung im Fall einer Bittleihe. Diesfalls steht eine (Mindest-)Nutzungsdauer *ex ante* nicht fest, sodass ein solches Nutzungsrecht *ex ante* (im Zeitpunkt der Einbringung) auch über keinen feststellbaren Wert verfügt.

Soweit eine (Mindest-)Nutzungsdauer *ex ante* nicht feststeht, scheidet *im Kapitalgesellschaftsrecht* eine Einbringung dieses Nutzungsrechts als Sacheinlage grundsätzlich aus. Denn bei AG und GmbH ist gesetzlich vorgeschrieben, dass Sacheinlagen *sofort* bei Gesellschaftsgründung bzw bei einer Kapitalerhöhung zur Gänze zu leisten sind (vgl § 28a Abs 2 AktG). Für diesen Zeitpunkt muss daher auch der Wert von Sacheinlagen

bestimmt werden. Im Kapitalgesellschaftsrecht steht man daher vor der Entscheidung, Nutzungsrechte entweder überhaupt nicht als taugliche Einlage anzuerkennen, oder aber ihre Befristung notwendigerweise bereits im Zeitpunkt der Einlagenleistung einzupreisen.[544] Nutzungsrechte ohne gesicherte Nutzungsdauer verfügen im Zeitpunkt ihrer erstmaligen Einbringung aber über keinen feststellbaren Mindestnutzungswert und scheiden daher bei AG und GmbH auch als Gegenstand einer Sacheinlage aus.

Insofern unterscheidet sich Rechtslage im UGB von GmbHG und AktG. Das UGB stellt es den Gesellschaftern nämlich frei, ob und in welchem Zeitpunkt diese eine Einlage leisten.[545] Nun verfügt ein Nutzungsrecht ohne *ex ante* vereinbarte Mindestnutzungsdauer zwar im Zeitpunkt seiner erstmaligen Einbringung noch über keinen feststellbaren Gesamtnutzungswert. Im Nachhinein steht die tatsächliche bisherige Nutzungsdauer aber sehr wohl fest, sodass der Wert der Nutzungsüberlassung zumindest *ex post* auch feststellbar ist. Mit der erstmaligen *Übergabe* der zur Nutzung überlassenen Sache wendet der Kommanditist der Gesellschaft insofern zwar – soweit keine festgeschriebene Mindestnutzungsdauer vereinbart wurde – keinen feststellbaren Vermögenswert zu; sehr wohl aber mit der zeitlich fortdauernden tatsächlichen *Überlassung* der Sache. Wie bei einer unentgeltlichen Leihe oder anderen Dauerleistung (oben II.E.2.b.iii. [124]) kommt es bei Einlagen *quoad usum* ohne *ex ante* feststellbare Mindestnutzungsdauer daher mE zu einer allmählichen, mit der fortlaufenden Dauer der tatsächlichen Nutzungsüberlassung sukzessiv steigenden Haftungsbefreiung des Kommanditisten (Haftungsbefreiung *pro rata temporis*[546]).[547]

> **Beispiel (Variante):** Der Kommanditist bringt eine Liegenschaft (Marktwert der Liegenschaft: 250.000) *quoad usum* in die Gesellschaft ein. Eine Mindestnutzungsdauer wurde nicht vereinbart. Die Gesellschaft erspart sich durch die Nutzungsüberlassung monatlich Aufwendungen in Höhe von 1.000, die sie andernfalls für die Miete einer geeigneten Betriebsliegenschaft hätte aufwenden müssen. Insofern wendet der Kommanditist der Gesellschaft monatlich Vermögen im Wert von 1.000 zu. Der Kommanditist wird mE mit Ablauf jedes Monats in Höhe der tatsächlich ersparten Mietkosten von 1.000 von seiner Außenhaftung frei. Nach einem Jahr gilt also eine haftungsbefreiende Einlage von 12.000 als geleistet, nach 10 Jahren eine haftungsbefreiende Einlage von 120.000. Stellt die

---

544 Vgl *Döllerer* in FS Fleck 35 (48).

545 Die Lehre neigt in dieser Frage allerdings mitunter zu einer Übertragung kapitalgesellschaftsrechtlicher Überlegungen auf die KG: vgl zB *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 14.

546 Zutreffend *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 55.

547 Vgl *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 55: Einlagenleistung nur im Umfang ersparter Aufwendungen über den Zeitraum der Nutzung, wenn das Nutzungsrecht nicht hinreichend rechtlich abgesichert ist; iE auch *v. Falkenhausen*, DStR 1992, 186 (188); vgl auch die Problemstellung bei *Döllerer* in FS Fleck 35 (39 f). IE ähnl *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 137 f: Kommanditist könne bei drittvertraglicher Gestaltung seinen Entgeltanspruch allmählich mit seiner Einlage aufrechnen.

Gesellschaft die Liegenschaft danach an den Kommanditisten zurück, bleibt der Kommanditist mit dem Wert der bisher überlassenen Nutzung von 120.000 von seiner Außenhaftung frei.

Für die Bewertung des Gesellschaftsvorteils gelten dabei grundsätzlich dieselben Prinzipien wie bei der Nutzungsüberlassung mit *ex ante* feststehender Nutzungsdauer: die Nutzungsüberlassung wird für die Gesellschaft nur werthaltig sein, soweit die Gesellschaft grundsätzlich auch Eigenbedarf an der Sache hatte. Soweit Eigenbedarf bestand, liegt der Gesellschaftsvorteil bei marktgängigen Leistungen regelmäßig in der ersparten Leihgebühr. Anders als bei der Nutzungsüberlassung mit feststehender Nutzungsdauer kommt es aber nicht auf den Barwert der Nutzungsüberlassung im Einbringungszeitpunkt an, sodass eine Abzinsung des Werts der Nutzung auf den Einbringungszeitpunkt entbehrlich ist. Über sehr lange Zeiträume kann der kumulierte Nutzungswert – und damit die Höhe der *pro rata temporis* insgesamt geleisteten Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB – den vollen (Bar-)Wert der Sache deshalb auch erreichen oder übersteigen.[548] ME spricht rechtlich nichts dagegen, dass in diesem Fall auch die haftungsbefreiende Einlage des Kommanditisten über den (Bar-)Marktwert der zur Nutzung überlassenen Sache hinaus ansteigt. Denn der zu vergleichende Fall ist die Miete, Leihe oder Pacht einer entsprechenden Sache von Dritten. Die periodischen Kosten eines solchen Geschäfts würden den tatsächlichen Wert der überlassenen Sache aber ebenfalls auf Dauer übersteigen. Diese Kosten wurden der Gesellschaft durch die Nutzungsüberlassung durch den Kommanditisten erspart. Auch wenn der Kommanditist die periodischen Mietkosten udgl durch laufende Zuschüsse an die Gesellschaft abgedeckt hätte, wäre seine dadurch bar geleistete Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB nicht mit dem Verkaufswert des Mietobjekts begrenzt gewesen.

Beispiel (Fortsetzung): Der Marktwert der ohne Mindestnutzungsdauer überlassenen Liegenschaft beträgt 250.000, für die Miete eines vergleichbaren Objekts wären Kosten von monatlich 1.000 entstanden. Der Kommanditist wird durch die Nutzungsüberlassung monatlich in Höhe von 1.000 von seiner Außenhaftung frei, solange die Liegenschaft der Gesellschaft tatsächlich zur Verfügung steht. Nach Ablauf von 250 Monaten (bzw ca 21 Jahren) hat der Kommanditist so eine haftungsbefreiende Einlage von 250.000 geleistet, die dem Verkaufswert der Liegenschaft entspricht. Wird die Nutzungsüberlassung fortgesetzt, erhöht sich die haftungsbefreiende Einlage des Kommanditisten iSd § 171 Abs 1 UGB aber weiterhin monatlich um 1.000.

Verändert sich der Wert des Nutzungsrechts für die Gesellschaft im Laufe der Nutzungsüberlassung, so hängt die richtige Berücksichtigung dieser Wertveränderung

[548] Bei einem Diskontierungszinssatz von jährlich 5% dauert es beispielsweise 20 Jahre, bis die Summe der einzelnen Zahlungen aus einer Rente den Barwert dieser Rente erreicht.

maßgeblich vom anzuwendenden Bewertungszeitpunkt ab. Die haftungsbefreiende Einlage ist dabei nach der hM gem § 171 Abs 1 UGB im jeweiligen Leistungszeitpunkt zu bewerten (s näher unten II.F.3.a. [177]). Leistet der Kommanditist eine Einlage, indem er der Gesellschaft kontinuierlich als Dauerleistung ein Nutzungsrecht überlässt, so sind spätere Wertveränderungen dementsprechend mE auch (nur) bei der Bewertung der jeweils nachfolgenden Nutzungen zu berücksichtigen.

> **Beispiel (Fortsetzung):** Der Wert des Nutzungsrechts an der Liegenschaft beträgt für die Gesellschaft zunächst monatlich 1.000. Der Kommanditist wird daher zunächst in Höhe von 1.000 pro Monat von seiner Außenhaftung frei, nach Ablauf eines Jahres beträgt seine Haftungsbefreiung also 12.000. Nach einem Jahr steigen die Mietpreise für vergleichbare Objekte sprungartig um 30%, sodass sich der Wert des Nutzungsrechts für die Gesellschaft auch um 30% auf 1.300 pro Monat erhöht. Ab diesem Zeitpunkt wird der Kommanditist daher auch in Höhe von zusätzlich 1.300 pro Monat von seiner Außenhaftung frei.

f. Zwischenergebnis

Die Nutzungsüberlassung ist grundsätzlich tauglicher Gegenstand der haftungsbefreienden Einlage.

Soweit eine Mindestdauer der Nutzungsüberlassung *ex ante* feststeht, und die Gesellschaft ihr Nutzungsrecht über diesen Zeitraum auch selbständig gegen den Kommanditisten und gegen Dritte verteidigen kann, wird der Kommanditist mit dem Barwert des Nutzungsrechts von seiner Außenhaftung frei. Zur Bewertung sind diesfalls die *ex ante* erwarteten Erträge der Gesellschaft aus dem Nutzungsrecht abzuzinsen. Soweit die Gesellschaft Eigenbedarf an der zur Nutzung überlassenen Sache hatte, entspricht der Wert des Nutzungsrechts grundsätzlich dem Barwert jener Aufwendungen, die bei der Beschaffung einer gleichartigen Sache am Markt entstanden wären. In der Gesellschaftsinsolvenz kann der Kommanditist eine zur Nutzung überlassene Einlage, die ihn mit dem Barwert der antizipierten Nutzung von seiner Außenhaftung befreit hatte, nur Zug um Zug gegen Zahlung des Restwerts des Nutzungsrechts aus dem Gesellschaftsvermögen aussondern. Denn in dieser Höhe würde die Außenhaftung des Kommanditisten mit der Rückstellung der zur Nutzung überlassenen Sache vor Ablauf der vereinbarten Nutzungsdauer gem § 172 Abs 3 UGB aufleben, sodass der Insolvenzverwalter sogleich zur Forderung eines entsprechenden Betrags gem § 171 Abs 2 UGB berechtigt wäre.

Dementsprechend sind auch unbefristete Nutzungsrechte ohne Kündigungsmöglichkeit durch den Kommanditisten tauglicher Gegenstand einer

haftungsbefreienden Einlage. Der Wert des Nutzungsrechts ist diesfalls mittels der Formel für ewige Renten ermittelbar. Wird die Nutzungsüberlassung dennoch beendet und die überlassene Sache an den Kommanditisten zurückgestellt, lebt seine Haftung erneut auf; zur Bewertung des Restwerts des zurückgestellten Nutzungsrechts ist ebenfalls die Formel für ewige Renten anzuwenden, sodass die Haftung des Kommanditisten regelmäßig in derselben Höhe wieder aufleben wird, in der die Haftung mit der ursprünglichen Einbringung des Nutzungsrechts zunächst untergegangen war.

Ist eine Nutzungsüberlassung jederzeit durch den Kommanditisten kündbar, verfügt dieses Nutzungsrecht grundsätzlich über keinen *ex ante* feststellbaren Wert. Eine schon anfängliche Haftungsbefreiung des Kommanditisten mit dem Barwert des Nutzungsrechts scheidet diesfalls aus. Stattdessen wird der Kommanditist mit fortschreitender tatsächlicher Dauer der Nutzungsüberlassung *pro rata temporis* von seiner Außenhaftung frei, weil und soweit die Gesellschaft aus der bisherigen Nutzung der Sache tatsächlich einen Nutzen gezogen hat. In der Beendigung der Nutzungsüberlassung ist diesfalls keine Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB zu erblicken.

5. Zwischenergebnis

Für die Frage, ob eine Einlage geleistet wurde, sind bloße schuldrechtliche Verpflichtungen zwischen Kommanditist und Gesellschaft grundsätzlich unbeachtlich. Durch die Begründung einer schuldrechtlichen Forderung zwischen Kommanditist und Gesellschaft wird im Allgemeinen eine Vermögensverschiebung iSd § 171 Abs 1 UGB, § 172 Abs 3 UGB allenfalls angelegt, aber in der Regel nicht vollendet[549].

Im Einzelnen gilt:

- Der Kommanditist kann eine Forderung gegen sich selbst grundsätzlich nicht als haftungsbefreiende Einlage einbringen. Dahinter steht als allgemeiner Grundsatz, dass als Sacheinlage iSd § 171 Abs 1 UGB nur Vermögenswerte infrage kommen, deren Wert vom Insolvenzrisiko des Kommanditisten unabhängig ist und die in der Doppelinsolvenz von KG und Kommanditist den Gläubigern der KG zur Verfügung stehen. Dies ist grundsätzlich der Fall, soweit für die Realisierung des Werts der Einlage ein positives Mitwirken des Kommanditisten nicht mehr

[549] Vollendet werden kann eine Vermögensverschiebung unter Umständen aber durch den Verzicht (Aufrechnung, einvernehmliche Aufhebung etc) auf einen Anspruch (s unten V.D.2. [278.])

erforderlich ist. Ausreichend besicherte Forderungen gegen den Kommanditisten sind daher durchaus als haftungsbefreiende Einlage zulässig, ebenso Forderungen gegen Dritte.

- Dementsprechend können auch *quoad sortem* bzw *quoad usum* überlassene Einlagen Gegenstand einer haftungsbefreienden Einlagenleistung sein. Soweit eine Mindestdauer der Nutzungsüberlassung *ex ante* feststeht, und die Gesellschaft ihr Nutzungsrecht über diesen Zeitraum auch selbständig gegen den Kommanditisten und gegen Dritte verteidigen kann, wird der Kommanditist mit dem Barwert des Nutzungsrechts von seiner Außenhaftung frei. Ist eine Nutzungsüberlassung jederzeit durch den Kommanditisten kündbar, verfügt dieses Nutzungsrecht dagegen grundsätzlich über keinen *ex ante* feststellbaren Wert. Diesfalls wird der Kommanditist mit fortschreitender tatsächlicher Dauer der Nutzungsüberlassung *pro rata temporis* von seiner Außenhaftung frei.
- Forderungen des Kommanditisten gegen die Gesellschaft, mit deren Auszahlung ein Aufleben der Außenhaftung des Kommanditisten verbunden wäre, sind in der Gesellschaftsinsolvenz gem § 171 Abs 2 iVm § 172 Abs 3 UGB grundsätzlich nicht durchsetzbar. Denn der Insolvenzverwalter wäre diesfalls berechtigt, einen an den Kommanditisten ausbezahlten Betrag sogleich gem § 171 Abs 2 UGB zurückzufordern. Ein trotzdem erfolgtes Leistungsverlangen des Kommanditisten würde sich grundsätzlich als rechtsmissbräuchlich darstellen. Das gilt sogar dann, wenn der Kommanditist in der Gesellschaftsinsolvenz ein Recht auf Absonderung besitzt. Auf eine (offene oder verdeckte) Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB gerichtete Forderungen des Kommanditisten sind in der Gesellschaftsinsolvenz daher effektiv nachrangig.
- Aus diesem Grund lässt auch die Begründung bzw das Entstehen einer auf eine (offene oder verdeckte) Einlagenrückgewähr gerichteten Forderung des Kommanditisten gegen die Gesellschaft die Außenhaftung des Kommanditisten iSd § 172 Abs 3 UGB noch unberührt. Denn aus der effektiven Nachrangigkeit solcher Forderungen in der Gesellschaftsinsolvenz folgt auch, dass solche Forderungen bis zu ihrer tatsächlichen Erfüllung den den übrigen Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehenden Haftungsfonds unberührt lassen. Es genügt daher zum Gläubigerschutz, wenn die Haftung des

Kommanditisten (erst) auflebt, sobald und soweit er von der Gesellschaft tatsächlich eine Leistung erhalten hat.

F. Bewertungszeitpunkt

1. Grundlagen & Problemstellung

Der Bewertungszeitpunkt grenzt den der Bewertung zugrunde zu legenden Sachverhalt zeitlich ab. Oben (II.D.7.b.ii. [93]) wurde die These aufgestellt, dass der Bewertung neben den Informationen, über die die Gesellschaft verfügt hat oder verfügen hätte müssen, auch das Wissen des Kommanditisten selbst zugrunde zu legen ist. Der Bewertungszeitpunkt bestimmt, für welchen Zeitpunkt die verfügbaren Informationen zu determinieren sind.

Im Grundsatz und im Zweifel sind Leistungen auch im Zeitpunkt ihrer Leistung zu bewerten. Bewertungs- und Leistungszeitpunkt können aber auch auseinander fallen.

> **Beispiel:** Eine KG schließt mit ihrem Kommanditisten einen Kaufvertrag über Goldbarren zum aktuellen Marktwert von 10.000 ab; Lieferungs- und Zahlungstermin sei in einem Monat. Wenn der Marktwert zwischen Vertragsabschluss und -abwicklung auf 8.000 sinkt, erleidet die Gesellschaft im Zeitpunkt der tatsächlichen Vertragsabwicklung einen Nettovermögensnachteil in Höhe von 2.000. Wenn der *Bewertungszeitpunkt* für diesen Vorgang iSd § 172 Abs 3 UGB auch der Zeitpunkt der Vertragsabwicklung wäre, müsste die Haftung des Kommanditisten daher um 2.000 aufleben. Bei Vertragsabschluss war der Wert von Leistung und Gegenleistung aber noch ausgeglichen. Ob die Haftung des Kommanditisten in Höhe des Wertmissverhältnisses im Zeitpunkt der Vertragsabwicklung auflebt, hängt also davon ab, für welchen Zeitpunkt der Wert der Goldbarren zu bestimmen ist.

Die hM vertritt nun im Grundsatz ganz zu Recht, dass es bei der Abwicklung von Drittverträgen nicht auf den Leistungswert im tatsächlichen Leistungszeitpunkt ankommt, sondern auf den Wert im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses:[550] Wenn das Geschäft *ex ante* im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Vermögensinteresse der Gesellschaft lag, soll die spätere, vertragskonforme Abwicklung auch bei ungünstiger Wertentwicklung keine Einlagenrückgewähr verwirklichen. Denn andernfalls würden wirtschaftlich durchaus erwünschte, betagte Drittgeschäfte zwischen der KG und ihren Kommanditisten praktisch übermäßig erschwert. Die Gesellschaft soll aber gerade ihr nützliche Geschäfte mit

[550] S die Nw oben Fn 236 ff, für das Kapitalgesellschaftsrecht oben Fn 256 ff.

Kommanditisten so wie mit gesellschaftsfremden Dritten abschließen können[551] – auch wenn Leistungs- und Vertragsabschlusszeitpunkt auseinander fallen. Daher ist der Bewertungszeitpunkt für die Prüfung von Drittverträgen auf ein Wertmissverhältnis grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

Dieser Abschnitt soll näher erörtern, unter welchen allgemeinen Bedingungen der Bewertungszeitpunkt vor den Zeitpunkt der tatsächlichen Leistung zu ziehen ist. In Frage kommt dies wohl nur, wenn wenigstens schon im Innenverhältnis von einem entsprechenden Übergang des Risikos für Wertveränderungen auszugehen ist (wie durch den Abschluss eines Drittvertrags). Nur soweit eine entsprechende Risikoüberwälzung im Innenverhältnis rechtswirksam vereinbart wurde, wird anschließend geprüft, ob die Risikoüberwälzung im Innenverhältnis auch eine Vorverlegung des Bewertungszeitpunkts (vor den tatsächlichen Leistungszeitpunkt) im Außenverhältnis rechtfertigt.

2. Wirksamkeit einer Risikoüberwälzung im Innenverhältnis

Die Frage nach einer im Außenverhältnis anzuerkennenden Risikoüberwälzung stellt sich eigentlich nur, soweit überhaupt im Innenverhältnis Risiko wirksam zwischen Kommanditist und Gesellschaft umverteilt wurde. Erste Tatbestandsvoraussetzung für die Vorverlegung des Bewertungszeitpunkts vor den Zeitpunkt der tatsächlichen, zu bewertenden Leistung soll daher die rechtswirksame (Neu-)Zuweisung eines Risikos im Innenverhältnis zwischen Kommanditist und Gesellschaft sein. Die Wirksamkeit der Risikoüberwälzung ist im Innenverhältnis dabei nach allgemeinem Recht zu beurteilen. Insbesondere geht mit Abschluss eines Kaufvertrags das Risiko einer Wertveränderung am Kaufgegenstand auf den Käufer über. Stehen der Gesellschaft und/oder dem Kommanditisten Rechtsbehelfe gesellschaftsrechtlichen (zB: Verstoß gegen Treuepflicht) oder allgemein zivilrechtlichen Ursprungs (zB: §§ 871, 879 ABGB) gegen die Wirksamkeit des Vertrags offen, liegt insoweit schon im Innenverhältnis gar keine wirksame Risikoüberwälzung vor.

Zu einem Risikoübergang im Innenverhältnis kommt es eigentlich auch, wenn Gesellschaft oder Kommanditist einen Vertrag abschließen und sofort erfüllen. In diesem Fall stimmen der Zeitpunkt der Haftungswirksamkeit der jeweiligen Leistung (oben II.E. [116]) und der Zeitpunkt des Risikoübergangs aber überein, sodass die Determinierung des Bewertungszeitpunkts grundsätzlich unproblematisch ist. Die Frage nach einer Vorverlegung

[551] Vgl oben II.D.6.b. [65], insb die Nw in Fn 270.

des Bewertungszeitpunkts stellt sich nur, wenn im Innenverhältnis durch eine Rechtsveränderung zwischen Kommanditist und Gesellschaft Risiko umverteilt wird, *ohne* dass eine gleichzeitig eine haftungswirksame, endgültige Vermögensverschiebung iSd § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB vorliegt (s zu letzterem oben II.E. [116]). Zu einem Auseinanderfallen von Risikoübergang im Innenverhältnis und Leistungszeitpunkt iSd § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB (oben II.E. [116]) kann es insofern mE im Wesentlichen nur kommen, wenn ein auf eine Einlagenleistung bzw -rückgewähr gerichtetes Recht entstanden ist, aber noch nicht durch Erfüllung untergegangen ist. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn Gesellschaft und Kommanditist einen Drittvertrag abgeschlossen haben sowie wenn sozialrechtlich eine Pflicht zur Leistung bzw Rückgewähr der Einlage entstanden ist (zB Vereinbarung der Leistung einer Pflichteinlage; Entstehen des Auseinandersetzungsanspruchs mit dem Ausscheiden aus der Gesellschaft).

3. Wirksamkeit einer Risikoüberwälzung im Außenverhältnis

a. Einlagenleistung

Soweit im Innenverhältnis durch einen Vertragsabschluss Wertrisiken wirksam zwischen Kommanditist und Gesellschaft umverteilt wurden, stellt sich die Frage, ob der Risikoübergang auch im Rahmen der §§ 171 f UGB bei der Wahl des Bewertungszeitpunkts zu berücksichtigen ist. So wird zB durch die Vereinbarung und Bewertung einer (zukünftig zu leistenden) Sacheinlage im Gesellschaftsvertrag das Risiko für eine Änderung des Werts der Sacheinlage im Innenverhältnis vom Kommanditisten auf die Gesellschaft bzw die Mitgesellschafter überwälzt; denn soweit eine entsprechende Vereinbarung vorliegt, richtet sich die Höhe des dem Kommanditisten zuzuteilenden Kapitalanteils nach der gesellschaftsvertraglichen Bewertung der Einlage, nicht nach dem (allenfalls davon abweichenden) Wert der Sache im Einbringungszeitpunkt.

Nach ganz einhelliger Ansicht sind Sacheinlagen im Hinblick auf ihren Wert iSd § 171 Abs 1 UGB aber jedenfalls im Zeitpunkt ihrer tatsächlichen Einbringung[552] zu

[552] Das ist der Leistungszeitpunkt (oben II.E.2. [117]; vgl *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 58). Erbringt der Kommanditist seine Einlage durch Aufrechnung, kommt es nach zutreffender, überwiegender Ansicht auf den wirtschaftlichen Forderungswert im Zeitpunkt der Aufrechnung an: s dazu unten V.D.3. [280], insb die Nw in Fn 871 ff.

bewerten.[553] Das Risiko für den Wert der Einlage soll also im Außenverhältnis zwingend (erst) im Zeitpunkt der tatsächlichen Einlagenleistung auf die Gesellschaft übergehen. Auch wenn der Kommanditist eine Sacheinlage noch vor Eintragung der KG im Firmenbuch an die Vor-KG (vgl § 123 Abs 1 UGB) geleistet hat, wird vertreten, dass es für § 171 Abs 1 UGB auf den Wert der Einlage im Zeitpunkt der Eintragung der KG im Firmenbuch ankommt, in dem die KG als solche erst entsteht.[554] Lediglich *Schall* hat vertreten, dass haftungsbefreiende Einlagen unter Umständen im Zeitpunkt ihrer Vereinbarung zu bewerten wären.[555]

Begründen lässt sich die hM mit dem Gläubigerschutz: Zugunsten der Gesellschaftsgläubiger soll sichergestellt werden, dass die haftungsbefreiende Einlage zumindest im Zeitpunkt ihrer Erbringung ein vollwertiges Surrogat für die untergehende Haftung des Kommanditisten darstellt.[556] Es ist auch zu bedenken, dass sich der Kommanditist der Pflicht zur Leistung seiner versprochenen Einlage durch Kündigung der Gesellschaft entziehen kann (§ 132 UGB; vgl auch § 137 Abs 1 UGB). Deshalb ist durchaus fraglich, ob mit der Vereinbarung einer zukünftig zu leistenden Sacheinlage das Risiko für spätere Wertveränderungen an der bedungenen Einlage wirklich schon endgültig auf die Gesellschaft übergegangen ist. Ohne rechtswirksamen Übergang des Wertrisikos im *Innenverhältnis* kommt eine Vorverlegung des Bewertungszeitpunkts im *Außenverhältnis* mE aber schon grundsätzlich nicht in Betracht (soeben II.F.2. [176]). Auch § 132 UGB stützt insofern die hM, wonach die geleistete Einlage gem § 171 Abs 1 UGB stets im Zeitpunkt ihrer tatsächlichen Einbringung zu bewerten ist.

---

553 OGH 2 Ob 517/88 GesRZ 1989, 38 [zust *Ostheim*]; BGH II ZR 269/84 BGHZ 95, 188 (195); *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 46; *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 54; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2899; *Peters*, RNotZ 2002, 425 (432); *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 171 Rz 11; *Kalss* in *Bertl ea*, PersGes 45 (62); *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 16; *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 171 Rz 8; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 21; *Wünsch*, GesRZ 1978, 51 (54); *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 9; *J. Meyer* 156; *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR[2] §§ 171, 172 HGB Rz 40; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 32 f; *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 2/852; vgl für das Aktienrecht *Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 150 Rz 87 mwN.

554 *Bergmann*, RdW 2008, 382, 384; *Wünsch*, GesRZ 1978, 51 (54); vgl zu dem Problem auch *Neubauer/Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 21.

555 *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 58: § 446 BGB analog. *Schall* vertritt darüber hinaus, dass auch nachträgliche Wertaufholungen der geleisteten Einlage die Haftung des Kommanditisten verringern sollen, nachträgliche Wertminderungen des eingebrachten Gegenstands die Haftung des Kommanditisten aber nicht erhöhen! Eine solche doppelte Benachteiligung der Gesellschaftsgläubiger widerspricht mE dem Gleichbehandlungsgrundsatz.

556 Vgl *Kalss* in *Bertl ea*, PersGes 45 (62); auch *Saßenrath*, BB 1990, 1209 (1210) sowie die Nw oben Fn 109.

Beispiel: Der Kommanditist hat sich gesellschaftsvertraglich verpflichtet, eine Liegenschaft (Marktwert: 1.000) binnen zwei Jahren als Einlage *quoad dominium* einzubringen. Als auf dem Grundstück unerwartet Erdöl gefunden wird, steigt der Wert des Grundstücks auf 10.000. Anstatt sein Grundstück wie vereinbart als Sacheinlage in die Gesellschaft einzubringen, kündigt der Kommanditist daraufhin gem § 132 Abs 1 UGB die KG auf.

b. Einlagenrückgewähr

i. ***Ex ante* angemessene Drittgeschäfte**

Eine Vorverlegung des Bewertungszeitpunkts kommt damit nur mehr für die Bewertung einer allfälligen Einlagenrückgewähr in Frage. Grundfall ist der Abschluss eines Drittgeschäfts zwischen Kommanditist und Gesellschaft, das *ex ante* im Gesellschaftsinteresse lag. Hier ist eine Bewertung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht nur zur Erleichterung von drittüblichen Geschäften zwischen Kommanditist und Gesellschaft wünschenswert, sondern verursacht auch im Hinblick auf den Gläubigerschutz die geringsten Probleme. Denn den Gesellschaftsgläubigern droht durch den Abschluss von Drittgeschäften mit dem Kommanditisten, die für die Gesellschaft *ex ante* nützlich waren, kein Risiko, das die Gläubiger einer unternehmerisch tätigen KG nicht ohnehin schon aufgrund von Geschäften der KG mit gesellschaftsfremden Dritten in Kauf nehmen müssen.[557]

Der hM[558] ist daher darin zuzustimmen, dass durch *ex ante* zumindest ausgeglichene Drittgeschäfte keine Einlagenrückgewähr verwirklicht werden kann. Bewertungszeitpunkt ist insofern also der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. War ein Drittvertrag im Abschlusszeitpunkt ausgeglichen, kommt es auf die spätere Wertentwicklung nicht mehr an.

Das kann sich zugunsten des Kommanditisten auswirken, aber auch zu seinen Lasten: Bei vereinbarungskonformer Abwicklung eines ursprünglich ausgeglichenen Vertrags ist dem Kommanditisten grundsätzlich insgesamt weder eine Vermehrung noch eine Verminderung des Gesellschaftsvermögens zuzurechnen. Insbesondere kann sich der Kommanditist die bloße vertragskonforme Erfüllung eines ursprünglich ausgeglichenen Vertrags auch dann nicht als „werthaltige Einlagenleistung" zurechnen lassen, wenn sich der Vertragswert für die Gesellschaft nach Vertragsabschluss positiv verändert hat.

---

557 Vgl oben II.D.6.b. [65], insb die Nw in Fn 270.

558 S die Nw oben Fn 236 ff, 340; für das Kapitalgesellschaftsrecht *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 52 Rz 29; *Karollus* in *Leitner*, Handbuch[2] 65; s zu AG und GmbH auch die Nw oben Fn 256 ff.

Beispiel: Eine KG schließt mit ihrem Kommanditisten einen Kaufvertrag über Goldbarren zum aktuellen Marktwert von 10.000 ab; Lieferungs- und Zahlungstermin sei in einem Monat. Auch wenn der Goldpreis nach Vertragsabschluss auf 15.000 gestiegen wäre, könnte der Kommanditist selbst mit Zustimmung der Gesellschaft[559] keine Haftungsbefreiung in Höhe von 5.000 geltend machen, obwohl die Gesellschaft aus dem Geschäft einen Vorteil von 5.000 erlangt. Denn bereits mit Vertragsabschluss ist das Risiko für zukünftige Wertschwankungen insofern auf die Gesellschaft übergegangen.

Wird ein Vertrag zwischen Gesellschaft und KG hingegen nachträglich durch übereinstimmende Willenserklärungen angepasst (die Parteien einigen sich beispielsweise auf eine Vertragsaufhebung), kommt es für die Beurteilung gem § 172 Abs 3 UGB darauf an, ob sich das Wertverhältnis der ausbedungenen Leistungen zwischen Vertragsabschluss und Vertragsaufhebung wesentlich verändert hat: Hat sich das Wertverhältnis zugunsten der Gesellschaft entwickelt, wird mit der Aufhebung des Vertrags wirtschaftlich eine Wertsteigerung von der Gesellschaft zum Kommanditisten verlagert, die nach der vertraglichen Vereinbarung der Gesellschaft hätte zukommen müssen; die Vertragsaufhebung ist iHd Wertdifferenz zwischen Vertragsabschluss und -aufhebung mE als Vermögensverschiebung zulasten der Gesellschaft und damit auch als Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB aufzufassen.

Beispiel: Kommanditist und Gesellschaft vereinbaren, dass die Gesellschaft dem Kommanditisten in genau einem Jahr 1t Getreide um 100 abkauft. Der vereinbarte Preis entspricht auch dem Marktpreis für entsprechende Termingeschäfte. Das Geschäft war also *ex ante* ausgeglichen; auch wenn der Preis in der Folge verfallen sollte, würde die Haftung des Kommanditisten bei einer vertragsgemäßen Abwicklung des Geschäfts nicht aufleben.

Stattdessen kommt es zu einer unerwarteten, starken Preissteigerung; der Marktpreis für 1t Getreide beträgt im Zeitpunkt der vereinbarten Leistung 300 statt 100! Kommanditist und Gesellschaft vereinbaren daraufhin die Aufhebung des Kaufvertrags. Durch die Vertragsaufhebung entsteht der Gesellschaft ein relativer Nachteil von 200; insofern wendet die Gesellschaft dem Kommanditisten mit der freiwilligen Zustimmung zur Vertragsaufhebung 200 zu. In dieser Höhe lebt die Haftung des Kommanditisten im Zeitpunkt der Vertragsaufhebung auf.

Entsprechendes gilt für die Ausübung (bzw auch die Nichtausübung!) vertraglicher Gestaltungsrechte. Verfügt die Gesellschaft beispielsweise über das Recht zur Kündigung eines (ursprünglich drittvergleichsfähigen) Dauerschuldverhältnisses mit dem Kommanditisten, und nimmt sie das Kündigungsrecht nicht wahr, obwohl das

[559] Unten III. [210].

Vertragsverhältnis nicht länger im Gesellschaftsinteresse liegt, so kann auch durch die Fortführung des Dauerschuldverhältnisses eine Einlagenrückgewähr verwirklicht werden.[560]

> **Beispiel:** Eine KG ist Mieterin einer Liegenschaft von ihrem Kommanditisten. Vereinbart wurde ein angemessener Mietzins von 100 pro Monat. Die Gesellschaft kann das Mietverhältnis jederzeit kündigen. Nach zwei Jahren haben sich die Verhältnisse am Immobilienmarkt derart verändert, dass der marktübliche Mietzins nur noch 50 beträgt. Angenommen, der Gesellschaft würden durch die Kündigung und Anmietung eines alternativen Mietobjekts keine substantiellen Einmalkosten entstehen. Ein sorgfältiger Komplementär würde in diesem Fall den mit dem Kommanditisten vereinbarten Mietzins nachverhandeln, und mangels Einigung den Mietvertrag kündigen. Zahlt die Gesellschaft stattdessen den ursprünglich vereinbarten Mietzins weiter, so ist darin (nach Ablauf einer angemessenen Frist, die ein sorgfältiger Geschäftsleiter für den Wechsel des Mietobjekts benötigen würde), eine verdeckte Einlagenrückgewähr in Höhe von 50 pro Monat zu sehen.

ii. *Ex ante* zu Lasten der Gesellschaft unausgeglichene Drittgeschäfte

ii.1. Übernahme unvertretbarer Risiken

Schwieriger zu beurteilen ist die Festlegung des Bewertungszeitpunkts bei Drittverträgen, die von Anfang an zulasten der Gesellschaft ein Missverhältnis aufgewiesen haben. Das Interesse des Kommanditisten spricht auch in diesem Fall wohl für eine außenwirksame Fixierung des Bewertungszeitpunkts mit dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Zu erörtern ist, ob dies aber auch mit dem Gläubigerschutz vereinbar ist.

Grundsätzlich kann ein Drittgeschäft aus zwei Gründen dem Gesellschaftsinteresse widersprechen. Zum einen ist denkbar, dass zwischen vereinbarter Leistung und Gegenleistung aus Gesellschaftssicht ein „bloßes“ Gefälle zu ihren Lasten besteht, das durch eine Anpassung des vereinbarten Entgelts ausgeglichen hätte werden können. Andererseits sind aber auch Fälle denkbar, in denen die Gesellschaft existenzbedrohende Rechtspflichten eingegangen ist, zu deren Übernahme *diese* Gesellschaft *ex ante* unabhängig vom vereinbarten Entgelt nicht in der Lage gewesen ist.

> **Beispiel:** Eine Gesellschaft mit einer Bilanzsumme von 10.000 versichert das Brandrisiko für die private Villa ihres Kommanditisten. Sollte das Haus tatsächlich abbrennen, würde ein Schaden von bis zu 200.000 entstehen. Das versicherte Risiko ist für die KG also grundsätzlich existenzbedrohlich, wenn es nicht durch den Abschluss einer Rückversicherung odgl kontrolliert werden kann.

---

[560] *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 52 Rz 29; *Karollus* in *Leitner*, Handbuch[2] 65.

Abzustellen ist mE darauf, ob ein sorgfältiger Komplementär das überwälzte Risiko bei angemessener Vergütung für die Gesellschaft übernommen hätte. Das ist insbesondere dann regelmäßig *nicht* der Fall, wenn bei Eintritt des Risikos eine Gesellschaftsinsolvenz droht.[561] Handhabbar ist die Übernahme eines Risikos hingegen mE schon dann, wenn es durch den Abschluss einer entsprechenden Versicherungspolizze kontrolliert hätte werden können. Schwierige Abgrenzungsprobleme stellen sich auch bei Risiken mit sehr geringer Eintrittswahrscheinlichkeit: War die Übernahme eines existenzgefährdenden Risikos mit sehr geringer Eintrittswahrscheinlichkeit sozialadäquat, so kann die Risikoübernahme möglicherweise auch dem Maßstab eines sorgfältigen Geschäftsleiters entsprechen, weil das Risiko des Totalverlusts jeder unternehmerischen Tätigkeit inhärent ist.[562]

Übernimmt die Gesellschaft vertraglich dennoch ein Risiko, das ein sorgfältiger Komplementär unabhängig vom vereinbarten Entgelt nicht für diese Gesellschaft übernommen hätte, so ist schon fraglich, ob die Risikoübernahme überhaupt im Innenverhältnis zivilrechtlich wirksam war – oder ob das Geschäft von vornherein zB gem § 879 ABGB wegen Sittenwidrigkeit oder aufgrund eines Verstoßes gegen § 159 Abs 5 Z 2 StGB nichtig war.

Jedenfalls ist eine sorgfaltswidrige, die Gesellschaftsexistenz gefährdende Risikoübernahme mE im Rahmen von § 172 Abs 3 UGB nicht anzuerkennen.[563] Das hat zur Folge, dass die Haftung des Kommanditisten gem § 172 Abs 3 UGB auflebt, sobald und soweit das von der Gesellschaft übernommene, unvertretbare Risiko tatsächlich schlagend wird und die Gesellschaft daraus tatsächlich einen Vermögensnachteil erlitten hat, insbesondere durch eine Leistung an den Kommanditisten. Insofern hat der Kommanditist die Gesellschaftsgläubiger gem § 172 Abs 3 UGB schadlos zu halten, wenn ein „unvertretbares", auf die Gesellschaft überwälztes Risiko tatsächlich schlagend wird. Im Sinne der hier erörterten Problematik des Bewertungszeitpunkts bedeutet das nichts anderes, als dass Leistungen aus Verträgen mit dem Kommanditisten, durch die die Gesellschaft zur

561 Vgl *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] § 52 Rz 28.

562 Vgl *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 30 ff mwN.

563 Vgl *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] § 52 Rz 28 mwN: Übernahme existenzgefährdender Risiken erfülle jedenfalls den Tatbestand der Einlagenrückgewähr. Im umgekehrten Fall – wenn also zB der Kommanditist ein Risiko der Gesellschaft versichert, obwohl schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Leistungsfähigkeit des Kommanditisten fraglich erscheinen musste – ist die Fraglichkeit der Leistungsfähigkeit des Kommanditisten mE dagegen (bloß) nach allgemeinen Grundsätzen den Gesellschaftsnutzen (oben II.D.7. [88]) vermindernd bei der Bewertung zu berücksichtigen. „Versichert" ein mittelloser Kommanditist beispielsweise ein Gesellschaftsrisiko, wäre, der geringen Erwartung einer zukünftigen Zahlungsfähigkeit des Kommanditisten entsprechend, also allenfalls ein sehr geringes Entgelt wirtschaftlich gerechtfertigt.

Übernahme eines von ihr nicht vertretbaren Risikos verpflichtet wurde, *nicht* im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu bewerten wären, sondern erst in jenem Zeitpunkt, in dem das fragliche Risiko schlagend wurde. Denn die Haftung des Kommanditisten soll den Gesellschaftsgläubigern gerade im Falle des Eintritts eines die Gesellschaftsexistenz gefährdenden Risikos Sicherheit bieten. Dies wäre nicht länger der Fall, wenn der Kommanditist ein die Gesellschaftsexistenz gefährdendes Risiko auf die Gesellschaft überwälzen könnte, im Falle des Risikoeintritts aber von seiner Außenhaftung frei bliebe.

> **Beispiel (Variante):** Die Gesellschaft versichert das Brandrisiko für das Privathaus ihres Kommanditisten; der Kommanditist bezahlt dafür ein grundsätzlich angemessenes, einmaliges Entgelt von 100. Das Brandrisiko ist für die Gesellschaft aber existenzgefährdend; eine Rückversicherung des Brandrisikos war mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand nicht durchführbar. Der Schadensfall tritt ein. Die Gesellschaft zahlt deshalb 8.000 an den Kommanditisten aus und fällt anschließend in Insolvenz. Weil der Bewertungszeitpunkt in diesem Fall mE *nicht* der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist, kommt es für § 172 Abs 3 UGB hier auf den Wert der tatsächlich aus dem Vertrag erbrachten Leistungen (im Zeitpunkt ihrer Erbringung) an. Haftungsrelevant ist daher grundsätzlich die volle Höhe der von der Gesellschaft erhaltenen Leistung von 8.000, lediglich die als Entgelt zuvor geleisteten 100 sind zu verrechnen. Die Haftung des Kommanditisten lebt daher mE gem § 172 Abs 3 UGB um 7.900 auf. Das gilt nach hier vertretener Ansicht auch dann, wenn die Haftsumme des Kommanditisten geringer als 7.900 sein sollte (oben I.F. [37]). Der Kommanditist hat daher gem § 171 Abs 2 UGB 7.900 an den Insolvenzverwalter zurückzuzahlen, in Konkurrenz dazu bestehen womöglich Ansprüche wegen einer Insolvenzanfechtung der Auszahlung (§§ 27 ff IO). Weitere Forderungen aus dem Versicherungsvertrag (der Brandschaden betrug zB 15.000, der Kommanditist fordert deshalb weitere 7.000 von der Gesellschaft) kann der Kommanditist in der Gesellschaftsinsolvenz nicht durchsetzen. Denn jede weitere Auszahlung würde den Tatbestand des § 172 Abs 3 UGB erfüllen – auf eine (auch verdeckte) Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB gerichtete Forderungen sind in der Gesellschaftsinsolvenz aber grundsätzlich nicht durchsetzbar (oben II.E.3.d. [139]).

> **Beispiel (Variante):** Die Gesellschaft versichert das Brandrisiko für das Privathaus ihres Kommanditisten. Die Risikoübernahme sei in diesem Fall *vertretbar*, der Kommanditist bezahlt als Entgelt einmalig angemessene 100. *Weil* es sich in dieser Variante um ein drittvergleichsfähiges Geschäft handelt, lebt die Haftung des Kommanditisten bei vertragskonformer Abwicklung des Versicherungsgeschäfts in der Folge in keinem Zeitpunkt auf. Auch wenn der Versicherungsfall in der Folge eintreten sollte, und die Gesellschaft dementsprechend 8.000 an den Kommanditisten leistet, lebt die Haftung des Kommanditisten nicht auf. Denn das Brandrisiko wurde laut Sachverhalt schon durch die Bezahlung der 100 angemessen vergütet.

ii.2. Bloßes Leistungsgefälle

In den meisten Fällen widerspricht ein Drittvertrag den Gesellschaftsinteressen aber nicht, weil die Gesellschaft dadurch ein unvertretbares Risiko übernommen hätte; vielmehr war „bloß" das vereinbarte Entgelt unangemessen hoch bzw niedrig. Zu beurteilen sind damit Fälle der Einlagenrückgewähr aufgrund eines „bloßen" Gefälles zwischen vereinbarter Leistung und Gegenleistung. Auch in diesen Fällen lag das abgeschlossene Geschäft nicht im Gesellschaftsinteresse. Ist die Höhe des Leistungsgefälles aber im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu bewerten, oder aber im Zeitpunkt der tatsächlichen Leistung?

Wenn sich die Einlagenrückgewähr „nur" aus einem Gefälle zwischen Leistung und Gegenleistung ergibt, kann das Geschäft gedanklich auch als angemessenes Drittgeschäft aufgefasst werden, verbunden mit einer (verdeckten) Barentnahme im vereinbarten Leistungszeitpunkt.

> **Beispiel:** Eine KG kauft von ihrem Kommanditisten Gold zum Preis von 15.000, Lieferungstermin in einem Monat. Der bei Vertragsabschluss erwartete Marktwert des Golds in einem Monat beträgt aber nur 10.000. *Ex ante* hat das Geschäft für die Gesellschaft deshalb einen negativen Erwartungswert von 5.000. Mit demselben Ergebnis hätten die Parteien stattdessen aber auch zwei verschiedene Vereinbarungen abschließen können: Sie hätten ein angemessenes Entgelt von 10.000 vereinbaren können, und außerdem eine (offene) Rückgewähr der Einlage in Höhe von 5.000, zahlbar in einem Monat. Der Drittvertrag wäre in diesem Fall mE ohne weiteres im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu bewerten gewesen, ohne dass es auf die spätere Wertentwicklung ankäme; bei der vereinbarten Barentnahme würde sich mangels denkbarer wertverändernder Umstände die Frage nach dem Bewertungszeitpunkt erst gar nicht stellen.

Angemessene Drittgeschäfte sind nun grundsätzlich im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu bewerten (soeben II.F.3.b.i. [179]). Für Barentnahmen stellt sich die Frage nach dem Bewertungszeitpunkt nicht, weil der Wert einer Geldverpflichtung für die Gesellschaft als Schuldnerin keinem Wertrisiko unterliegt. Dementsprechend sind mE auch Fälle zu beurteilen, in denen ein Drittgeschäft mit bloßem Wertgefälle vereinbart wurde, in denen also die eigene unternehmerische Tätigkeit der KG im Rahmen eines Drittgeschäfts in einem einzigen Geschäft mit einer (verdeckten) Einlagenrückgewähr verknüpft wurde. Denn die Problematik aus Gläubigersicht liegt in diesen Fällen im Wertgefälle an sich, nicht in der Risikoüberwälzung. Von einer unternehmerisch tätigen KG wird die Übernahme angemessen vergüteten Risikos schließlich geradezu erwartet.[564] Auch ist eine Einlagenrückgewähr im

[564] Vgl oben II.D.6.b [65].

UGB zulässig und hat gem § 172 Abs 3 UGB lediglich das Aufleben der Außenhaftung des Kommanditisten zur Folge. Dass ein Drittgeschäft ein Wertgefälle aufweist, infiziert die die Außenwirksamkeit des vertraglichen Übergangs des Wertrisikos der vereinbarten Leistung bei der KG deshalb mE nicht. Dem Gläubigerschutz genügt es daher, wenn die Haftung des Kommanditisten bloß in Höhe der *ex ante* bestehenden Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung auflebt. Drittverträge, durch die kein von der Gesellschaft unvertretbares (soeben ii.1. [181]) Risiko auf die KG überwälzt wurde, sind daher grundsätzlich im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu bewerten. Ergibt sich dabei ein Wertmissverhältnis zulasten der Gesellschaft, lebt die Außenhaftung des Kommanditisten in Höhe dieses Wertmissverhältnisses im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auf – wie bei jeder Einlagenrückgewähr aber mE erst, sobald der Kommanditist tatsächlich von der Gesellschaft die vertraglich bedungene Leistung erhalten hat (oben II.E.3. [133]).

> **Beispiel (Fortsetzung):** Die Gesellschaft kauft von ihrem Kommanditisten Gold mit Wert 10.000 zum Preis von 15.000. Sobald die Gesellschaft den Kaufpreis leistet, lebt die Haftung des Kommanditisten in Höhe des Wertgefälles *ex ante* wieder auf, das heißt in Höhe von 5.000. Das gilt auch dann, wenn sich der Goldpreis in der Zwischenzeit verändert hat.

Dass es für die Bestimmung des Bewertungszeitpunkts nicht auf die Angemessenheit des Entgelts ankommt, hat auch den Vorteil der Vermeidung schwieriger, Rechtsunsicherheit auslösender Abgrenzungsprobleme. Denn andernfalls müsste bereits eine geringfügige Nachteiligkeit des Geschäfts dazu führen, dass Bewertungszeitpunkt nicht der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, sondern der Zeitpunkt der tatsächlichen Leistung wäre. Im Ergebnis müssten Drittgeschäfte damit zweifach bewertet werden, einmal im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (ob überhaupt ein Wertmissverhältnis vorliegt) und einmal im Leistungszeitpunkt (um die Höhe der Einlagenrückgewähr zu ermitteln).

Gewisse Parallelen zur hier vertretenen Lösung weist auch die vom OGH im Kapitalgesellschaftsrecht vertretene Ansicht zur Teilnichtigkeit von Geschäften auf, die gegen das kapitalgesellschaftsrechtliche Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen. Demnach sei für die Frage, inwieweit solche Geschäfte nichtig sind, auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen.[565] Relevanter „hypothetischer Parteiwille“ kann nach allgemeinen

---

[565] OGH 6 Ob 132/10w GesRZ 2011, 47 [*Rüffler*]; zu Recht abw allerdings *U. Torggler* in *Kalss/U. Torggler*, Einlagenrückgewähr 89 (95 f) mwN, wonach sich die (Teil-)Nichtigkeit richtigerweise nach dem Normzweck der verletzten Norm zu richten hat. Im Gesellschaftsinteresse ist demnach zB ein Kaufvertrag der Gesellschaft nur in Höhe des zu viel vereinbarten Entgelts nichtig; dass die Gesellschaft dann das

Grundsätzen aber nur jener im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sein. Auch iSd hypothetischen Parteiwillens wäre relevanter Bewertungszeitpunkt insofern grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

Zusammenfassend sind daher auch unausgeglichene Drittgeschäfte im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu bewerten, wenn nicht ausnahmsweise ein Risiko auf die Gesellschaft überwälzt worden ist, dessen Übernahme unabhängig von der Vergütung unvertretbar war (oben II.F.3.b.ii.1. [181]). Der Wert von Leistungen ist daher ausgehend vom Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorausschauend in einer *ex ante*-Betrachtung zu schätzen. Der Gesellschaftsnachteil entspricht dabei grundsätzlich der Differenz zum Entgelt, das ein sorgfältiger Geschäftsleiter zumindest verlangt bzw höchstens bezahlt hätte[566]. Die Haftung des Kommanditisten lebt allerdings erst auf, sobald die Gesellschaft tatsächlich aus dem Vertrag eine Leistung erbracht hat (oben II.E. [116]). Bewertungszeitpunkt und Zeitpunkt der Haftungsänderung fallen in diesem Fall also auseinander.

ii.3. Haftungswirksamkeit bedingter Leistungen aus Drittverträgen mit „bloßem" Leistungsgefälle

ii.3.1. Problemstellung

Die Einlage des Kommanditisten gilt erst als zurückgewährt, wenn eine Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen dem Kommanditisten nicht bloß versprochen, sondern endgültig zugewendet wurde (oben II.E. [116]). Zu bewerten ist dieser Vermögenswert im Rahmen der Prüfung auf eine allfällige Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB aber schon im Zeitpunkt der früheren, schuldrechtlichen Entstehung der Verpflichtung, soweit es sich um eine drittvertragliche Forderung handelt (soeben II.F.3.b. [179]).

Die Vorverlegung des Bewertungszeitpunkts ist natürlich nur dann von praktischer Bedeutung, wenn es zwischen Bewertungs- und Haftungszeitpunkt auch zu einer Wertveränderung gekommen ist. Selbst wenn es zu einer Wertveränderung gekommen ist, ergeben sich daraus in der Regel keine besonderen rechtlichen Probleme. Eine nähere Auseinandersetzung ist (bloß) mit jenen Fällen geboten, in denen *erstens* nach dem Bewertungszeitpunkt eine Wertveränderung stattfand und *zweitens ex post* keine tatsächliche

---

Risiko des zufälligen Untergangs der Sache trage, sei wegen der korrespondierenden Chance auf eine Werterhöhung sachgerecht.

566 Vgl oben II.D.6.b. [65].

Leistung erfolgt ist. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn eine Leistung an eine Bedingung geknüpft war, die in der Folge nicht eingetreten ist.

> **Beispiel:** Eine KG versichert das Risiko eines Hagelschadens im landwirtschaftlichen Betrieb ihres Kommanditisten für die aktuelle Saison um 10. Angemessen wäre eine Versicherungsprämie von 40 gewesen. In der Folge kommt es zu keinem Hagelschaden. Soweit auf die Gesellschaft mit Vertragsabschluss nicht ausnahmsweise ein von ihr nicht vertretbares Risiko überwälzt wurde (soeben II.F.3.b.ii.1. [181]), ist der Gesellschaftsnachteil *ex ante* im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu bewerten. Der Gesellschaftsnachteil beträgt hier 30 und ergibt sich aus: (Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Hagelschadens) * (durchschnittliche Schadenshöhe) + Risikozuschlag – vereinbarte Prämie. Fraglich ist, wann der Nachteil der Gesellschaft aus dem Vertrag haftungswirksam wird, wenn die Gesellschaft mangels Schadenseintritts tatsächlich nichts leisten muss.

Notwendige Konsequenz der Bewertung von Drittverträgen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist, dass ein zulasten der Gesellschaft unausgeglichener Drittvertrag, der in der Folge von beiden Seiten vertragskonform abgewickelt wird, die Außenhaftung des Kommanditisten in Höhe des Wertgefälles *ex ante* aufleben lassen muss – die einzige Frage ist, wann. Grundsätzlich werden schuldrechtlich vereinbarte Leistungen zwischen Kommanditist und Gesellschaft mE mit ihrer tatsächlichen Erfüllung haftungswirksam (oben II.E.3. [133]). Fraglich ist, wann eine Vereinbarung mit ihrem *ex ante*-Wert *ex post* haftungswirksam wird, wenn eine Bedingung, an die die vertragliche Leistung geknüpft war, tatsächlich nicht eintritt.

ii.3.2. Stellungnahme

Nach hier vertretener Ansicht ist für die Haftungswirksamkeit einer Leistung entscheidend, welche Vor- und Nachteile die Gesellschaft ohne Mitwirkung des Kommanditisten selbständig realisieren konnte (oben II.E. [116]). Insbesondere lebt die Haftung des Kommanditisten mE auf, sobald die Gesellschaft die Verwirklichung eines Vermögensnachteils nicht mehr eigenständig abwenden kann. Überträgt man diesen Ansatz sinngemäß auf hiesiges Problem, muss es darauf ankommen, wann ein Risiko nicht bloß schuldrechtlich vom Kommanditisten auf die Gesellschaft (bzw von der Gesellschaft auf den Kommanditisten) überwälzt wurde, sondern auch endgültig von der Gesellschaft (bzw dem Kommanditisten) getragen wurde. Das ist mE auch der Fall, wenn eine Realisierung des überwälzten Risikos endgültig ausscheidet, weil eine auflösende Leistungsbedingung eingetreten bzw der Eintritt einer aufschiebenden Bedingung endgültig ausgeschlossen ist. Denn in diesem Zeitpunkt sind Gesellschaft bzw Kommanditist all ihrer Verpflichtungen aus der Risikoübernahme endgültig nachgekommen.

These: Bei Drittverträgen, die im Zeitpunkt ihres Abschlusses ein Wertmissverhältnis zulasten der Gesellschaft aufweisen, lebt die Außenhaftung des Kommanditisten in Höhe dieses Wertmissverhältnisses grundsätzlich auf, sobald die Gesellschaft die vertraglich bedungene Leistung an den Kommanditisten erbracht hat. War die Gesellschaftsleistung bedingt, lebt die Haftung des Kommanditisten auch auf, sobald und soweit ein Bedingungseintritt in der Folge faktisch ausscheidet. Das ist insbesondere der Fall, wenn eine auflösende Bedingung eingetreten oder der Eintritt einer aufschiebenden Bedingung endgültig ausgeschlossen ist.

> **Beispiel (Fortsetzung):** Eine KG versichert das Risiko eines Hagelschadens im landwirtschaftlichen Betrieb ihres Kommanditisten für die aktuelle Saison um 10. Angemessen wäre eine Versicherungsprämie von 40 gewesen. In der Folge kommt es zu keinem Hagelschaden. Spätestens mit Ende des versicherten Zeitraums steht endgültig fest, dass es zum Versicherungsfall nicht (mehr) kommen wird. Zu diesem Zeitpunkt hat die Gesellschaft das Risiko für einen Hagelschaden im Betrieb des Kommanditisten endgültig selbst getragen. Die Haftung des Kommanditisten lebt daher mE mit Ablauf der Versicherungsperiode auf. Die Höhe der Haftungsrechtsfolge ergibt sich dann aus der Differenz zwischen vereinbartem und angemessenen Entgelt. Hier lebt die Haftung des Kommanditisten also gem § 172 Abs 3 UGB grundsätzlich um 30 auf.

4. Zwischenergebnis

Vermögensverschiebungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter sind grundsätzlich in jenem Zeitpunkt zu bewerten, in dem sie tatsächlich iSd §§ 171 f UGB eingetreten sind (s dazu oben II.E. [116]).

(Nur) im Hinblick auf die Prüfung der Einlagenrückgewähr ist für die Bewertung unter zwei Voraussetzungen nicht der Zeitpunkt der tatsächlichen Vermögensverschiebung entscheidend, sondern jener des Risikoübergangs im Innenverhältnis: Für die Vorverlegung des Bewertungszeitpunkts erforderlich ist *erstens*, dass Risiken im Innenverhältnis zivilrechtlich wirksam zwischen Kommanditist und Gesellschaft umverteilt wurden, ohne dass gleichzeitig schon eine „Leistung" iSd § 172 Abs 3 UGB vorlag. Das ist namentlich beim Abschluss eines Drittvertrags der Fall, der aufschiebend bedingte oder befristete Leistungsvereinbarungen enthält. *Zweitens* muss eine Vorverlegung des Bewertungszeitpunkts auch mit dem Gläubigerschutz vereinbar sein. Eine Vorverlegung des Bewertungszeitpunkts wäre mit dem Gläubigerschutz unvereinbar, soweit die Gesellschaft ein unvertretbares, weil existenzgefährdendes Risiko übernommen hat. Weist ein Geschäft dagegen ein „bloßes" Leistungsgefälle zulasten der Gesellschaft auf, ist die Nachteiligkeit des

Geschäfts zwar bei der Bewertung zu berücksichtigen; relevanter Bewertungszeitpunkt ist aber auch in diesem Fall der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

G. Fälle mit Drittbezug

1. Einleitung

Ausgehend von den bisher aufgestellten Thesen zu Bewertungsmaßstab (oben II.D. [49]), Zeitpunkt der Einlagenleistung bzw -rückgewähr (oben II.E. [116]) und Bewertungszeitpunkt (oben II.F. [175]) soll in diesem Abschnitt folgender Frage nachgegangen werden: Unter welchen Umständen wird durch Leistungen von bzw an Dritte die haftungsbefreiende Einlage geleistet bzw zurückgewährt?

2. Mittelbare Einlagenrückgewähr

a. Leistungen der Gesellschaft an einen Dritten

i. Überblick

Der mit einer Leistung der Gesellschaft an einen Dritten verbundene Gesellschaftsnachteil (oben II.D. [49])[567] ist dem Kommanditisten mE als Einlagenrückgewähr zuzurechnen[568], wenn der Kommanditist entweder aus der Gesellschaftsleistung an den Dritten selbst einen Vorteil zieht[569] oder aber die Gesellschaftsleistung in Kenntnis des Gesellschaftsnachteils veranlasst hat[570]:

---

567 Kein Gesellschaftsnachteil liegt insbesondere vor, wenn die Leistung der Gesellschaft im Rahmen eines Rechtsgeschäfts erfolgt ist, das *ex ante* im Gesellschaftsinteresse lag.

568 Vgl im Grundsatz auch *Schall/Warmer* in *Heidel/Schall*, HGB § 172 Rz 27; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 36; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 172 Rz 25.

569 Vgl *Canaris* in FS R. Fischer 31 (36 iVm 57): Leistung „für Rechnung" des Kommanditisten Einlagenrückgewähr; ebenso *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 172 Rz 30; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 172 Rz 25; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 172 Rz 5; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 172 Rz 16; *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 856: Zuwendungen an Dritte „zugunsten" des Kommanditisten haftungsschädlich.

570 Vgl *Schall/Warmer* in *Heidel/Schall*, HGB § 172 Rz 27: zurechenbare Anweisung haftungsbegründend; *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 70: Einlagenrückgewähr durch Leistung „auf Weisung für Rechnung" des Kommanditisten.

ii. Eigener Vorteil des Kommanditisten

ii.1. Grundsatz

Der Nachteil der Gesellschaft aus einer Leistung der KG an einen Dritten ist dem Kommanditisten mE zunächst insoweit zuzurechnen, als der Kommanditist aus der Leistung an den Dritten einen persönlichen Vorteil gezogen hat.

> **Beispiel:** Eine KG befriedigt private Schulden ihres Kommanditisten A gegenüber dem Dritten C durch eine Zahlung von 500. A wird dadurch grundsätzlich in Höhe von 500 bereichert, die KG erleidet einen Vermögensnachteil in derselben Höhe. Durch die Zahlung lebt die Haftung des Kommanditisten für Gesellschaftsverbindlichkeiten gem § 172 Abs 3 UGB iHv 500 auf.

Denn nach dem Gesetzeswortlaut ist der Tatbestand der Einlagenrückgewähr erfüllt, wenn die „Einlage eines Kommanditisten zurückgezahlt" worden ist (§ 172 Abs 3 UGB). Nach gesicherter Auffassung erfüllt aber nicht bloß die körperliche Rückgewähr der ursprünglich geleisteten Einlage den Tatbestand der Einlagenrückgewähr. Vielmehr erfüllt grundsätzlich *jede* tatsächliche Vermögensverschiebung von der Gesellschaft an den Kommanditisten den Tatbestand der Einlagenrückgewähr.[571] Eine Vermögensverschiebung liegt im Ergebnis auch vor, wenn durch eine Gesellschaftsleistung an Dritte der Kommanditist (mittelbar) bereichert und die Gesellschaft (unmittelbar) entreichert wurde. Tatbestandsmerkmale sind insofern das Zusammentreffen eines Gesellschaftsnachteils und eines Vorteils des Kommanditisten durch eine Leistung der Gesellschaft an Dritte.

Ein persönliches Mitwirken des Kommanditisten an der Vermögensverschiebung ist dabei mE nicht erforderlich. Denn soweit der Kommanditist durch eine Gesellschaftshandlung bereichert wurde, kann er sich über ein Aufleben seiner Außenhaftung nur schwerlich beklagen. Gleichzeitig rechtfertigt der zugunsten des Kommanditisten eingetretene Gesellschaftsnachteil im Hinblick auf den Gläubigerschutz auch dann ein Aufleben der Außenhaftung, wenn der Kommanditist an der Vermögensverschiebung nicht selbst mitgewirkt hat, ihm der Vorteil aber „in den Schoß gefallen" ist.

Auch ob die Gesellschaft *causa societatis* tätig geworden ist, also bei der Leistung an den Dritten gerade in der Absicht gehandelt hat, ihrem Kommanditisten mittelbar Vermögen zuzuwenden, ist mE grundsätzlich irrelevant.[572] Denn wie erwähnt rechtfertigt jede tatsächliche Vermögensverschiebung von der Gesellschaft zum Kommanditisten ein

---

[571] Oben Fn 152.
[572] Str, s die Nw oben Fn 152.

Aufleben seiner Außenhaftung, unabhängig von der Parteienabsicht. Praktische Konsequenz davon ist, dass den Gläubigern im Prozess der naturgemäß schwierig zu erbringende Beweis über die Absicht des Komplementärs im Leistungszeitpunkt erspart wird. Dass es dadurch zur Zurechnung von Leistungen kommt, bei denen *keine* Leistungsabsicht *causa societatis* vorlag, ist allenfalls in Ausnahmefällen zu erwarten. Denn der Gläubiger hat immer noch zu beweisen, dass die Gesellschaft durch die Leistung an den Dritten überhaupt einen vermögenswerten Nachteil erlitten hat (oben II.D.6.c.iv. [75]). Wie schon bei der Bewertung von unmittelbaren Leistungen an den Gesellschafter (oben II.D. [49]) liegt aber gar kein Gesellschaftsnachteil vor, wenn die Gesellschaft im Rahmen eines drittvergleichsfähigen Verkehrsgeschäfts an den Dritten geleistet hat. Nur bei Gesellschaftsleistungen, für die die Gesellschaft gar kein Entgelt verlangt hat oder bei denen das Entgelt so niedrig war, dass es ein sorgfältiger, am Gesellschaftswohl orienterter Komplementär das Geschäft unter keinen Umständen abgeschlossen hätte, liegt daher überhaupt ein feststellbarer Gesellschaftsnachteil vor. Liegt in diesem Sinne aber ein Gesellschaftsgeschäft mit Dritten vor, das erkennbar dem Gesellschaftsinteresse widersprach, und wurde durch das Geschäft der Kommanditist selbst bereichert, ist doch in aller Regel davon auszugehen, dass die Gesellschaft das Geschäft mit dem Dritten auch *causa societatis* im Interesse des Kommanditisten abgeschlossen hatte.

Zusammenfassend ist der Nachteil der Gesellschaft aus einer Leistung der KG an einen Dritten dem Kommanditisten daher mE zunächst insoweit zuzurechnen, als der Kommanditist aus der Leistung an den Dritten einen persönlichen Vorteil gezogen hat. Auf die Parteienabsicht kommt es insoweit nicht an.

ii.2. Begrenzung des zuzurechnenden Gesellschaftsnachteils mit dem Vorteil des Kommanditisten

Gesetzt den Fall, der Kommanditist wurde durch eine Leistung der Gesellschaft an einen Dritten zwar bereichert. Die Höhe der dem Kommanditisten zuteil gewordenen Bereicherung bleibt aber hinter den Kosten zurück, die der Gesellschaft durch die Leistung entstanden sind. Die Gesellschaft wollte die Leistung *causa societatis* im Interesse des Kommanditisten erbringen, der Kommanditist selbst hatte von der Leistung aber keine Kenntnis. In welcher Höhe lebt die Außenhaftung des Kommanditisten durch die Leistung der Gesellschaft an den Dritten auf? Nur in Höhe des dem Kommanditisten zuteil gewordenen Vorteils oder in Höhe des gesamten Nachteils für die Gesellschaft?

Beispiel (Variante): Kommanditist A schuldet C 500; er befindet sich aber in fortgeschrittenen Verhandlungen über einen Schuldenerlass, wonach C voraussichtlich die Bezahlung eines Betrags von lediglich 200 akzeptieren dürfte, die restlichen 300 würde C dem A erlassen. Dem Komplementär ist dies unbekannt, namens der KG befriedigt er die volle Forderung von 500 für den Kommanditisten. Der Kommanditist erfährt von der Zahlung erst im Nachhinein. Der Vorteil des Kommanditisten aus dem Handeln der Gesellschaft beträgt hier lediglich 200.

KG-Leistungen an Dritte sind dem Kommanditisten mE grundsätzlich nur in der Höhe als Einlagenrückgewähr zuzurechnen, in der der Kommanditist durch die Leistung auch tatsächlich selbst bereichert worden ist. Anderes gilt mE nur, wenn der Kommanditist die Gesellschaftsleistung selbst veranlasst hat (unten iii. [193]). Denn der Gesetzgeber wollte das vom Kommanditisten zu riskierende Kapital im Außenverhältnis grundsätzlich mit der Haftsumme begrenzen – ungeachtet des späteren geschäftlichen (Miss-)Erfolgs der KG.[573] Diese Wertung hat insbesondere in § 172 Abs 3 S 2 UGB den Niederschlag gefunden, dass Kommanditisten für allfällige Gesellschaftsverluste gegenüber den Gesellschaftsgläubigern (ausgenommen mit ihren späteren Gewinnanteilen) grundsätzlich keine Verantwortung trifft. Den Kommanditisten trifft gem § 172 Abs 3 UGB deshalb grundsätzlich auch für „schlechtes" Wirtschaften durch den Komplementär keine Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Handlungen der Gesellschaft, durch die zwar Gesellschaftsvermögen aufgebraucht wird, an denen der Kommanditist aber nicht mitgewirkt hat und die auch in keinem tatsächlichen vermögenswerten Vorteil für den Kommanditisten resultieren, sind diesem daher mE auch nicht als Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB zurechenbar. Das gilt mE selbst dann, wenn die Gesellschaft subjektiv in der Absicht gehandelt hat, dem Kommanditisten Vermögen zuzuwenden. Wird Vermögen durch eine Handlung der Gesellschaft insofern nicht (wenn auch mittelbar) tatsächlich zu einem Kommanditisten verschoben, sondern weg von Gesellschaft und Kommanditist an Dritte übertragen, ist dies dem Kommanditisten, der selbst nicht mitgewirkt hat, daher mE nicht zuzurechnen. Durch Gesellschaftsleistungen an Dritte, die der Kommanditist nicht selbst veranlasst hat, lebt die Außenhaftung des Kommanditisten daher allenfalls in Höhe des Vorteils auf, den der Kommanditist selbst aus der Leistung zieht.

These: Die Höhe einer Einlagenrückgewähr durch vom Kommanditisten nicht veranlasste Leistungen der Gesellschaft an Dritte ist daher doppelt gedeckelt mit dem

573 Oben bei und in Fn 118 mN.

Nachteil der Gesellschaft aus der Leistung bzw dem zugrundeliegenden Drittgeschäft und dem mittelbaren Vorteil des Kommanditisten.

> **Beispiel (Fortsetzung):** In der Variante leistet die KG 500 an den Dritten C. Obwohl der Gesellschaftsnachteil aus der Leistung also 500 beträgt, gilt iSd § 172 Abs 3 UGB nur eine Einlage in Höhe des tatsächlichen Vorteils des Kommanditisten als zurückgewährt. Denn der Kommanditist hatte die Zahlung nicht veranlasst. Alleine dass die KG im (vermeintlichen) Interesse des Kommanditisten eine Leistung an einen Dritten vorgenommen hat, vermag den Tatbestand der Einlagenrückgewähr gem § 172 Abs 3 UGB nicht zu erfüllen. Der Vorteil des Kommanditisten beträgt aber nur 200, weil C auch eine Leistung in dieser Höhe an Zahlungs statt akzeptiert hätte. Die Haftung des Kommanditisten A lebt daher gem § 172 Abs 3 UGB auch nur in Höhe von 200 wieder auf.

ii.3. Bewertung des Vorteils des Kommanditisten

Für die Bewertung des Vorteils des Kommanditisten gilt das oben für die Bewertung von Vor- und Nachteilen der KG Gesagte (II.D. [49]) entsprechend: Die Bewertung ist demnach insbesondere *ex ante* und nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen unter Einbeziehung unsicherer Vor- und Nachteile vorzunehmen, um den Ertragswert des dem Kommanditisten zugewendeten Vorteils aus dessen persönlicher Perspektive zu ermitteln. Relevanter Bewertungszeitpunkt ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Gesellschaftsleistung an den Dritten, bei drittgeschäftlichen Leistungen wohl der Zeitpunkt, in dem sich die Gesellschaft zur Leistung gegenüber dem Dritten verpflichtet hatte.[574] Die Beweislast dafür, dass der Kommanditist durch die Leistung an den Dritten selbst einen (mittelbaren) vermögenswerten Vorteil erlangt hat, trifft – genauso wie für den Beweis über die Höhe des Gesellschaftsnachteils – grundsätzlich den Gläubiger bzw den Insolvenzverwalter.[575]

iii. Veranlassung der Gesellschaftsleistung durch den Kommanditisten

iii.1. Tatbestand

Gesellschaftsleistungen an Dritte sind dem Kommanditisten mE grundsätzlich auch dann als Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB zuzurechnen, wenn der Kommanditist die Leistung selbst qualifiziert veranlasst hat.[576] „Qualifiziert veranlasste" Leistungen der KG an Dritte sind dem Kommanditisten also auch dann als Einlagenrückgewähr zuzurechnen, wenn dieser aus der Leistung selbst keinen konkreten, geldwerten Nutzen gezogen hat – oder

574 S zur Determinierung des Bewertungszeitpunkts im Allgemeinen oben II.F. [175].
575 S zur Beweislast bei der Einlagenrückgewähr oben II.D.6.c.iv. [75].
576 Vgl *Michel*, ZGR 1993, 118 (129 f).

wenn ein solcher Vorteil zumindest nicht mehr nachweisbar ist. Von einer qualifizierten Veranlassung ist auszugehen, wenn der Kommanditist die Gesellschaftsleistung erstens durch eigenes Handeln absichtlich veranlasst hat – in Frage kommen insbesondere das Handeln als Gesellschaftervertreter sowie das Anstiften des Komplementärs zu einer entsprechenden Vertretungshandlung.[577] Zweitens ist für eine Zurechnung als Einlagenrückgewähr mE erforderlich, dass der Kommanditist auch subjektiv wusste, dass das Gesellschaftsvermögen durch die Leistung der Gesellschaft an Dritte bei wirtschaftlicher Betrachtung aus Sicht eines sorgfältigen Unternehmers (oben II.D. [49]) beeinträchtigt wird.

> **Beispiel:** Dem Kommanditisten liegt das Schicksal des örtlichen Zoos sehr am Herzen. Er überzeugt den Komplementär deshalb, aus dem Gesellschaftsvermögen 1.000 an den Zoo zu spenden; ein sorgfältiger Geschäftsleiter hätte höchstens 20 gespendet. Durch die Spende entsteht ein feststellbarer Gesellschaftsnachteil (s zur Bewertung oben II.D. [49]), möglicherweise in Höhe der gesamten Differenz von 980. Dieser Nachteil ist dem Kommanditisten mE auch zurechenbar, weil er die Spende veranlasst hatte; auf sein Betreiben wurden Gesellschaftsmittel für gesellschaftsfremde Zwecke aufgebraucht. Es ist auch davon auszugehen, dass der Kommanditist die Nachteiligkeit der Spende für die Gesellschaft kannte – und dass der Kommanditist auch nicht davon ausgehen durfte, dass die Spende betrieblich gerechtfertigt wäre. Die Außenhaftung des Kommanditisten lebt deshalb in Höhe von 980 auf.

iii.2. Herleitung

Ausgangspunkt der Begründung ist, dass § 172 Abs 3 UGB als Gegenstück zu § 171 Abs 1 UGB konzipiert ist (oben I.E.3.b. [34]): Eine Haftungsbefreiung des Kommanditisten ist teleologisch nur gerechtfertigt, solange die geleistete Einlage auch dem Gesellschaftszweck zur Verfügung steht oder zumindest dafür aufgeopfert wurde. Weder das eine noch das andere ist der Fall, wenn das Gesellschaftsvermögen von den Gesellschaftern ohne sachliche Rechtfertigung an Dritte ausgekehrt worden ist. Wertungsmäßig macht es auch keinen Unterschied, ob die Gesellschaft die Einlage an den Kommanditisten zurückgewährt, oder ob sie die Einlage auf seine Veranlassung hin an einen gesellschaftsfremden Dritten weiterleitet.[578] In beiden Fällen ist der Abfluss aus dem Gesellschaftsvermögen dem Kommanditisten zuzurechnen. Die „Verschleuderung" von Gesellschaftsvermögen an Dritte müssen sich die dafür verantwortlichen Kommanditisten deshalb mE als Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB zurechnen lassen.

---

577 AA jedenfalls im Aktienrecht unter Berufung auf die Weisungsfreiheit des Vorstands (§ 117 Abs 1 dAktG bzw § 100 Abs 1 AktG) *Canaris* in FS R. Fischer 31 (39).

578 Vgl *Canaris* in FS R. Fischer 31 (39 iVm 57): Einlagenrückgewähr, wenn sich die Leistung im Verhältnis Gesellschafter – Dritter als Zuwendung des Gesellschafters an den Dritten darstellt.

Weil in dieser Fallkonstellation in der Regel der Kommanditist selbst keinen persönlichen, vermögenswerten Vorteil aus der Gesellschaftsleistung zieht, sind an die Zurechnung der Gesellschaftsleistung an den Kommanditisten freilich erhöhte Anforderungen zu stellen:

Erforderlich ist mE zunächst, dass der Kommanditist die Gesellschaftsleistung absichtlich veranlasst hat, sei es durch eigenes Vertretungshandeln namens der Gesellschaft oder durch Einflussnahme auf die Gesellschaftsvertreter. Bloße Kausalität des Kommanditistenhandelns ist in (zugegebenermaßen relativ ausgerissenen) Sonderfällen nicht ausreichend:[579]

> **Beispiel:** Eine KG betreibt ausgedehnte Geschäftsbeziehungen mit der A GmbH. Der Komplementär hat angekündigt, diese Geschäftsbeziehungen abzubrechen, sollte sich der von ihm ungeliebte Kommanditist X an der A GmbH beteiligen. X erwirbt trotzdem Gesellschaftsanteile an der A GmbH, der Komplementär macht daraufhin seine Drohung wahr. Der KG entsteht durch den Abbruch der Geschäftsbeziehungen mit der A GmbH ein unwiederbringlicher, vermögenswerter Nachteil von 100. Die Handlung von X, sich an der A GmbH zu beteiligen, war insofern kausal dafür, dass die KG eigenes Vermögen im Wert von 100 „vernichtet" hat. Es kann aber wohl keine Rede davon sein, dass der Kommanditist den Abbruch der Geschäftsbeziehungen mit der A GmbH im eigenen Interesse veranlasst hatte; denn diese (unvernünftige) Reaktion des Komplementärs lag gerade nicht im Interesse des Kommanditisten.

Zweitens ist mE entscheidend, dass der Kommanditist vorwerfbar entgegen dem Gesellschaftsinteresse tätig geworden ist.[580] Nicht erforderlich ist, dass der Kommanditist in eigenem Vermögensinteresse gehandelt hat; ausreichend ist mE vielmehr, dass der Kommanditist bewusst dem Gesellschaftsinteresse zuwider tätig geworden ist. Denn schon dann muss sich der Kommanditist vorhalten lassen, bewusst den den Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehenden Haftungsfonds vermindert zu haben. Eine Zurechnung aufgrund „Veranlassung" setzt mE also voraus, dass der Kommanditist die Nachteiligkeit der fraglichen Leistung für die Gesellschaft auch kannte.

Hat die Gesellschaft also beispielsweise auf Veranlassung ihres Kommanditisten hin ein Verkehrsgeschäft mit einem Dritten abgeschlossen, kommt es mE darauf an, ob der

---

579 Vgl dazu den strafrechtlichen Tatbestand der objektiven Zurechnung der Tätigkeit eines unmittelbaren Täters zum Bestimmungstäter (§ 12 StGB), die gewisse Parallelen aufweist. Hier wie dort geht es um die Zurechnung von Handlungen Dritter (hier der Gesellschaft, dort des unmittelbaren Täters) zu einem Kommanditisten (§ 172 Abs 3 UGB) bzw Bestimmungstäter (§ 12 StGB), der die fragliche Handlung kausal verursacht hat. Auch im Strafrecht ist in Sonderfällen bloße Kausalität nicht ausreichend: *Fabrizy* in WK StGB^2 § 12 Rz 45.

580 Vgl *Canaris* in FS R. Fischer 31 (39 f).

Kommanditist wusste, dass das Geschäft dem Gesellschaftsinteresse widersprach. Soweit zwischen Leistung und Gegenleistung schon nach Marktwerten ein Wertmissverhältnis bestand, ist zu vermuten, dass der Kommanditist dieses Wertmissverhältnis auch gekannt hat.

iv. Einzelfälle

iv.1. Allgemeines

Von einem (für die Zurechnung mE ausreichenden) eigenen Vorteil des Kommanditisten ist regelmäßig auszugehen, wenn die Gesellschaft eine Verbindlichkeit des Kommanditisten gegenüber dem Dritten erfüllt[581] oder für eine Verbindlichkeit des Kommanditisten eine Sicherheit bestellt hat (s zu letzterem sogleich iv.3. [200]). Wendet die Gesellschaft Vermögen dagegen einem Angehörigen eines Kommanditisten zu[582], ist von einem eigenen Vorteil des Kommanditisten nicht ohne weiteres auszugehen. Bei einer Zuwendung an Angehörige des Kommanditisten ist aber sicherlich ihre (für eine Zurechnung mE ebenfalls ausreichende) Veranlassung durch den Kommanditisten indiziert[583]. Auch bei einer Zuwendung an den Treugeber eines treuhänderischen Kommanditisten[584] oder an die Konzernmutter einer Kommanditistin[585] wird im Regelfall eine Veranlassung der Leistung

---

581 Vgl BAG 3 AZR 304/80 NJW 1983, 1869 *(obiter);* ausf diff *Potsch* 191 ff; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 172 Rz 5; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 172 Rz 19; *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB[36] § 172 Rz 6; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 172 Rz 9; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 172 Rz 30; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2976; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 59; *Berg*, JuS 1974, 685 (691); *Cebulla*, DStR 2000, 1917 (1921): Leistung an Dritten „auf Rechnung des Kommanditisten" als Einlagenrückgewähr; vgl zu dem Fall, dass eine GmbH & Co KG für einen Kommanditisten, der gleichzeitig Gesellschafter der Komplementär-GmbH ist, dessen Einlagepflicht gegenüber der Komplementär-GmbH erfüllt, OGH 6 Ob 185/13v SZ 2014/82 Rz 16.1.

582 Eine Einlagenrückgewähr bejahen in solchen Fällen anscheinend ohne weitere Zurechnungsvoraussetzungen *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2977; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 59; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 23. Nach *Canaris* in FS R. Fischer 31 (38 ff iVm 57) ist es ausreichend, wenn die Zuwendung mit Zutun oder Billigung des Gesellschafters erfolgt ist; *Canaris* begründet dies mit Hinweis auf § 89 Abs 3 dAktG als „typisierten Umgehungstatbestand"; diesem zust *Kirsch* 163 ff.

583 Ähnl *Potsch* 189 f: Zuwendungen an nahe Angehörige erfüllen nur dann *nicht* den Tatbestand der Einlagenrückgewähr, wenn die Leistung „ohne Zutun und Billigung" des Kommanditisten erfolgt ist.

584 Ähnl wie hier *Potsch* 197; eine Einlagenrückgewähr bei Leistungen an „Hintermänner" allgemein bejahend *Canaris* in FS R. Fischer 31 (40 f iVm 57); für Leistungen an den Treugeber allgemein bejahend BGH II ZR 250/78 BGHZ 76, 127; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 36; *Kirsch* 157 ff. S zur Haftung des *Treugebers* BGH II ZR 271/08 EWiR 2011, 387 [*Wertenbruch*] (kein unmittelbarer Anspruch KG gegen Treugeber); vgl auch OGH 8 Ob 16/94 SZ 68/28; BGH II ZR 216/09 EWiR 2011, 567 [zust *Gehling*] zur Abtretung des Freistellungsanspruchs des Treuhänder-Kommanditisten gegen den Treugeber an die KG; s dazu auch BGH II ZR 271/08 WM 2011, 897; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 120; *Zinger*, BB 2014, 458 mwN; eine Außenhaftung des mittelbaren Kommanditisten bejahend wohl *Schäfer*, ZHR 177 (2013) 619; vgl für einen Überblick *Schürnbrand*, Publikumspersonengesellschaften in Rechtsprechung und Literatur, ZGR 2014, 256.

585 Vgl *Schall/Warmer* in *Heidel/Schall*, HGB § 172 Rz 27.

durch den Kommanditisten gegeben sein.[586] Leistet die KG an den Treugeber eines treuhändischen Kommanditisten, ist dies dem Treuhänder-Kommanditisten mE insbesondere dann als Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB zuzurechnen, wenn die Gesellschaft dadurch eine Leistungsverpflichtung des Treuhänders gegenüber dem Treugeber erfüllt.[587] Denn der treuhändische Kommanditist wird diesfalls durch die Leistung der Gesellschaft von einer eigenen Verpflichtung gegenüber dem Treugeber befreit und insofern selbst bereichert. Auch wenn die Gesellschaft zur Leistung an den Treugeber gesellschaftsvertraglich verpflichtet war, ist die Gesellschaftsleistung mE dem Treuhänder-Kommanditisten zurechenbar; denn diesfalls hatte der Treuhänder die Leistung der KG an den Treugeber mit seiner Zustimmung zum Gesellschaftsvertrag grundsätzlich zurechenbar veranlasst.[588] S zu Leistungen an mit dem Kommanditisten verbundene Gesellschaften sogleich unter iv. [196].

Verspricht ein Dritter (bloß), aufgrund einer Gesellschaftsleistung selbst an den Kommanditisten zu leisten, so ist dies dem Kommanditisten, soweit er die Gesellschaftsleistung nicht veranlasst hat, mE erst zurechenbar, sobald der Dritte tatsächlich an den Kommanditisten leistet.[589] Einschlägige Fälle betreffen insbesondere Sachverhalte, in denen eine KG einen Dritten mit der Erbringung von Leistungen an ihren Kommanditisten beauftragt hat. Die Haftung des Kommanditisten lebt diesfalls gem § 172 Abs 3 UGB auf, sobald er vom Dritten auf Rechnung der Gesellschaft werthaltige Leistungen empfängt (unten b. [204]).

iv.2. Leistung an eine Gesellschaft, an der der Kommanditist eine Beteiligung hält

Zu einer Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB kann es auch kommen, wenn die KG an eine dritte Gesellschaft leistet, an der ihr Kommanditist eine Beteiligung hält. Über seine Beteiligung partizipiert der Kommanditist in solchen Fällen am Vermögenszuwachs der dritten Gesellschaft. Der Vorteil des Kommanditisten entspricht dabei grundsätzlich seiner Beteiligungsquote an der dritten Gesellschaft.[590] Die Formel für den Vorteil des Kommanditisten lautet grundsätzlich: (Vorteil der dritten Gesellschaft) * (Beteiligungshöhe

---

586 S zur Haftung eines Kommanditisten, wenn die KG seinem Rechtsvorgänger, von dem der Kommanditist den Kapitalanteil übernommen hatte, die Einlage zurückgewährt, *Michel*, ZGR 1993, 118 (126 ff).

587 Vgl soeben Fn 581.

588 AA *Corzelius*, EWiR § 171 HGB 1/09 zu OLG Celle 9 U 105/08.

589 Vgl BGH II ZR 158/65 BGHZ 47, 149; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 33, aber auch dort Rz 36; weitergehend (Einlagenrückgewähr schon mit Leistung der Gesellschaft an den Dritten) *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 70; *Kirsch* 154 f; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 172 Rz 30; *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB[36] § 172 Rz 6; *Adel*, DStR 1994, 1580 (1583).

590 Grundsätzlich auch *Kirsch* 165 f.

des Kommanditisten an der dritten Gesellschaft). In Höhe *dieses* Vorteils ist die Gesellschaftsleistung mE dem Kommanditisten grundsätzlich als Einlagenrückgewähr kraft persönlichen Vorteils (oben ii. [190]) zuzurechnen. (Nur) Wenn der Kommanditist die KG-Leistung selbst in Kenntnis der Nachteiligkeit für die Gesellschaft veranlasst hat (oben iii. [193]), ist ihm mE der darüber hinausgehende, gesamte Gesellschaftsnachteil zurechenbar.

> **Beispiel:** Ein Kommanditist hält eine Beteiligung von 5% an der X GmbH. Die Gesellschaft leistet drittvertraglich 200 an die X GmbH; die Gegenleistung der X GmbH ist bloß 100 wert. Die Gesellschaft wird durch diesen Vertrag also um 100 entreichert, die X GmbH wird um 100 bereichert. Mittelbar wird der Kommanditist durch diesen Vorgang um 5 bereichert (100 * 5%). In dieser Höhe ist die Vermögensverlagerung von der KG auf die X GmbH dem Kommanditisten aufgrund seines persönlichen Vorteils als Einlagenrückgewähr zuzurechnen.

Eine ähnliche Lösung hat *Potsch* vertreten: Demnach ist dem Kommanditisten die Zuwendung an die dritte Gesellschaft grundsätzlich anteilig anhand seiner Beteiligungsquote an der dritten Gesellschaft zuzurechnen. Nur wenn der Kommanditist *auf die KG* beherrschenden Einfluss ausübt, sei die gesamte Leistung an die dritte Gesellschaft dem Kommanditisten zuzurechnen.[591]

Auch nach *Canaris*[592] ist dem Kommanditisten grundsätzlich nur sein anteilsmäßiger Vorteil als Einlagenrückgewähr zurechenbar; *Canaris* macht die Bejahung einer Einlagenrückgewähr aber (kumulativ mit der Beteiligung des Kommanditisten an der dritten Gesellschaft) von einer Veranlassung der Gesellschaftsleistung durch den Kommanditisten abhängig. Nach hier vertretener Ansicht handelt es sich dabei dagegen um *alternative* Zurechnungskriterien.

Der BGH[593] vertritt dagegen, dass Gesellschaftsleistungen an dritte Gesellschaften dem Kommanditisten genau dann (und zur Gänze) zuzurechnen wären, wenn der Kommanditist *auf die dritte Gesellschaft* maßgeblichen Einfluss ausübt.[594] Auch der BGH stellt also im Grundsatz auf die Beteiligungshöhe des Kommanditisten an der dritten Gesellschaft ab. Die binäre Lösung des BGH, wonach Leistungen an dritte Gesellschaften dem Kommanditisten entweder (bei maßgeblicher Beteiligung) zur Gänze zuzurechnen

---

591 *Potsch* 190.

592 *Canaris* in FS R. Fischer 31 (43 f iVm 57).

593 BGH II ZR 99/08 NJW 2009, 2378.

594 Zustimmend die deutsche Lehre: *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 70; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 36; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 59; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2977; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 172 Rz 30; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 172 Rz 25; *Cebulla*, DStR 2000, 1917 (1921); *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 172 Rz 110.

wären, oder aber (mangels maßgeblicher Beteiligung) überhaupt nicht, ist mE aber nur mit Abstrichen sachgerecht. Für die Lösung des BGH spricht grundsätzlich, dass bei (Netto-)Leistungen der KG an eine vom Kommanditisten kontrollierte dritte Gesellschaft im Zweifel wohl zu vermuten ist, dass der Kommanditist die Leistung aufgrund seines wirtschaftlichen Eigeninteresse veranlasst hatte; veranlasste Leistungen sind dem Kommanditisten aber mE grundsätzlich zur Gänze zuzurechnen (oben iii. [193]). Insoweit ähnelt die hier vertretene Ansicht der Lösung des BGH.

Hat der Kommanditist eine Leistung der KG an eine dritte Gesellschaft, an der der Kommanditist eine (auch kontrollierende) Beteiligung hält, aber nachweislich *nicht* veranlasst, ist eine Zurechnung der Gesellschaftsleistung an den Kommanditisten mE auch nur in Höhe des persönlichen Vorteils des Kommanditisten gerechtfertigt. Denn der Kommanditist kann sich zu Recht darauf berufen, dass er seine haftungsbefreiende Einlage zunächst auf die gehörige Art und Weise geleistet hatte, und in der Folge an keiner Rückgewähr seiner Einlage mitgewirkt hat. Deshalb lebt mE schon im Allgemeinen die Außenhaftung des Kommanditisten aufgrund von Gesellschaftsleistungen an Dritte grundsätzlich nur in Höhe des Vorteils auf, den der Kommanditist selbst aus der Leistung gezogen hat; mehr wäre einem Kommanditisten, der an einer Rückzahlung seiner Einlage nicht selbst mitgewirkt hat, mE nicht zumutbar (oben ii.2. [191]). Nun ist aber auch dann, wenn der Kommanditist an der dritten Gesellschaft eine maßgebliche Beteiligung hält, nicht ohne weiteres davon auszugehen, dass der Kommanditist den Gesamtwert der Leistung persönlich vereinnahmen kann; vielmehr entspricht sein (mittelbarer) Vorteil aus der Gesellschaftsleistung im Zweifel eben bloß seiner Beteiligungsquote an der dritten Gesellschaft. Auch eine Leistung der KG an eine dritte Gesellschaft, an der der Kommanditist eine kontrollierende Beteiligung hält, ist dem Kommanditisten daher mE grundsätzlich nur anteilig als Einlagenrückgewähr zuzurechnen, wenn der Kommanditist die Gesellschaftsleistung nicht selbst veranlasst hat. Eine solche Veranlassung ist mE freilich (widerleglich) zu vermuten, wenn die KG an eine dritte Gesellschaft leistet, an der ihr Kommanditist eine maßgebliche Beteiligung hält.

Genauso wenig ist aber zu erwarten, dass ein Kommanditist, der eine geringere, nicht kontrollierende Beteiligung an der dritten Gesellschaft besitzt, *überhaupt nicht* von einer Leistung der KG an die dritte Gesellschaft profitieren würde. Im Zweifel ist viel mehr in allen Fällen davon auszugehen, dass der Kommanditist aus einer Leistung der KG an eine dritte

Gesellschaft, an der er beteiligt ist, einen Nutzen ziehen wird, der seiner Beteiligungsquote an der dritten Gesellschaft entspricht.

Der anteilige Vorteil des Kommanditisten aus einer Leistung der KG an eine dritte Gesellschaft, an der der Kommanditist eine Beteiligung hält, ist dem Kommanditisten daher mE grundsätzlich in allen Fällen als Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB zuzurechnen. Zusätzliche Beweisschwierigkeiten sind auch bei der hier vertretenen Lösung (im Vergleich zur Lösung des BGH) nicht zu erwarten, weil die Beteiligungsquote des Kommanditisten an der dritten Gesellschaft in aller Regel leicht zu ermitteln ist. Lediglich bei einer Zwergbeteiligung (an der dritten Gesellschaft) ist es im Sinne der Rechtseinfachheit vertretbar, von einer Anwendung des § 172 Abs 3 UGB abzusehen.

Zusammenfassend wird durch unausgeglichene (Netto-)Leistungen einer KG an dritte Gesellschaften, an denen der Kommanditist eine Beteiligung hält, grundsätzlich eine Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB verwirklicht. Die Höhe der Einlagenrückgewähr entspricht dem gesamten Gesellschaftsnachteil, wenn der Kommanditist die Gesellschaftsleistung in Kenntnis des Gesellschaftsnachteils veranlasst hat. Hält der Kommanditist an der dritten Gesellschaft eine maßgebliche Beteiligung, ist eine Veranlassung der Leistung durch den Kommanditisten zu vermuten. Im Übrigen entspricht die Höhe der Einlagenrückgewähr dem anteiligen, mittelbaren Vorteil des Kommanditisten entsprechend seiner Beteiligungsquote an der dritten Gesellschaft. Bei Leistungen an Gesellschaften, an denen der Kommanditist lediglich eine Zwergbeteiligung hält, ist es im Sinne der Rechtseinfachheit vertretbar, von einer Anwendung von § 172 Abs 3 UGB überhaupt abzusehen.

iv.3. Einlagenrückgewähr schon durch die Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber einem Dritten?

Eine Einlagenrückgewähr kann grundsätzlich auch dadurch verwirklicht werden, dass die Gesellschaft für eine Verbindlichkeit ihres Kommanditisten gegenüber Dritten eine Sicherheit bestellt oder eine Haftung übernimmt. Dies ist in Rechtsprechung und Literatur grundsätzlich anerkannt.[595] Denn schon durch die Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber Dritten kann das Gesellschaftsvermögen in wirtschaftlicher Sicht beeinträchtigt werden.

[595] BGH II ZR 214/74 NJW 1976, 751 (752); vgl *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 172 Rz 9; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 59; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 33; *Canaris* in FS R. Fischer 31 (46 ff iVm 57); vgl zu § 82 Abs 1 GmbHG OGH 3 Ob 50/13v GES 2013, 389 Rz 5.1.

Außerdem wird der den Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungsfonds dadurch insofern effektiv geschmälert, als sich die Gläubiger die vorhandene Haftungsmasse nun mit einem zusätzlichen Gläubiger teilen müssen.

Damit steht es nur scheinbar in Widerspruch, dass die Begründung einer Verpflichtung der Gesellschaft *gegen den Kommanditisten selbst* die Außenhaftung dieses Kommanditisten nach Ansicht des Verfassers noch nicht wieder aufleben lässt (oben II.E.3. [133]). Denn Forderungen des Kommanditisten gegen die Gesellschaft, durch deren Auszahlung materiell die Einlage an den Kommanditisten iSd § 172 Abs 3 UGB zurückbezahlt würde, sind in der Gesellschaftsinsolvenz grundsätzlich nachrangig (oben II.E.3.d. [139]). Mit Forderungen der Kommanditisten, die auf eine (offene oder verdeckte) Einlagenrückgewähr gerichtet sind, müssen sich die Gesellschaftsgläubiger den Haftungsfonds in der Gesellschaftsinsolvenz deshalb nicht teilen. Dies rechtfertigt es, von einem Aufleben der Außenhaftung des Kommanditisten abzusehen, wenn der Kommanditist eine auf eine Einlagenrückgewähr gerichtete Forderung gegen die Gesellschaft erlangt hat (oben II.E.3.e. [155]).

Ist Anspruchsgläubiger aber nicht der Kommanditist, sondern ein gesellschaftsfremder Dritter, lässt sich eine Nachrangigkeit des Anspruchs des Dritten gegen die Gesellschaft im Allgemeinen nicht mit § 171 Abs 2 iVm § 172 Abs 3 UGB begründen. Hat die KG für eine Verbindlichkeit ihres Kommanditisten gegenüber Dritten also eine Bürgschaft übernommen oder eine sonstige Sicherheit bestellt, kann der Drittgläubiger daher im Allgemeinen durchaus an der Gesellschaftsinsolvenz teilnehmen. Schon die Bürgschaftsübernahme bzw Sicherheitsbestellung vermindert insofern die den übrigen Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehende Haftungsmasse. Denn die übrigen Gläubiger müssen sich das Gesellschaftsvermögen nun mit einem zusätzlichen Konkurrenten teilen, der aufgrund der Bestellung einer Sicherheit vielleicht sogar zur vorrangigen Befriedigung berechtigt ist. Begünstigter der Besicherung ist in der Regel der Kommanditist, weil die Gesellschaft die Besicherung in aller Regel vornimmt, um ihrem Kommanditisten die Kreditaufnahme bzw (bei der Besicherung bereits bestehender Verbindlichkeiten) Zahlungsaufschub oder andere Krediterleichterungen zu ermöglichen. Davon ausgehend muss dann aber bereits die Bürgschaftsübernahme bzw die Bestellung einer sonstigen Sicherheit den Tatbestand der Einlagenrückgewähr gem § 172 Abs 3 UGB erfüllen.

In Literatur und Rechtsprechung ist strittig, ob die Haftung des Kommanditisten aufgrund einer Sicherheitsbestellung bzw Bürgschaftsübernahme durch die Gesellschaft auch

dann auflebt, wenn die Inanspruchnahme der Gesellschaft von vornherein unwahrscheinlich war oder zumindest ein (*ex ante*) vollwertiger Deckungsanspruch gegen den Kommanditisten bestand. Nach einer älteren Entscheidung des BGH[596] lebt die Haftung des Kommanditisten grundsätzlich in Höhe des Nennwerts der bestellten Sicherheit auf. Implizit geht der BGH dabei wohl davon aus, dass mit Berichtigung der besicherten Grundschuld durch den Kommanditisten auch dessen Außenhaftung wieder erlöschen würde. Nach der Gegenansicht kommt es in bilanzieller Betrachtung auf die Wahrscheinlichkeit des Haftungsfalls an: Soweit die Gesellschaft eine Rückstellung wegen drohender Haftungsinanspruchnahme bilden musste, würde die Außenhaftung des Kommanditisten in Höhe der erforderlichen Rückstellung aufleben.[597] Musste die Gesellschaft dagegen keine Rückstellung bilden, weil der Deckungsanspruch gegen den Kommanditisten vollwertig war oder eine Inanspruchnahme der Gesellschaftshaftung unwahrscheinlich war, würde die Außenhaftung des Kommanditisten dagegen nicht aufleben.

ME verdient letztere Ansicht grundsätzlich den Vorzug. Denn bei der Bewertung iSd § 172 Abs 3 UGB kommt es nach Ansicht des Verfassers schon grundsätzlich auf die erwartete Höhe allfälliger, zukünftiger Zahlungsflüsse an (oben II.D. [49], insb II.D.7.b. [89]). Dementsprechend muss es dann auch bei der Bewertung einer von der Gesellschaft übernommenen Haftung, zu welchem Zeitpunkt, in welcher Höhe und mit welcher Wahrscheinlichkeit im Zeitpunkt der Sicherheitsübernahme mit künftigen Leistungsverpflichtungen der Gesellschaft zu rechnen war. Konkret ist der Gesellschaftsnachteil aus der Sicherheitsbestellung *ex ante* von der Wahrscheinlichkeit eines zukünftigen Haftungsfalls abhängig.[598] War eine Inanspruchnahme der Gesellschaft *ex ante* unwahrscheinlich, kann der mit der Sicherheitsübernahme verbundene Gesellschaftsnachteil daher auch vernachlässigbar gering sein. Bei der Bewertung ist aber wohl zu berücksichtigen, ob ein der Finanzlage der Gesellschaft entsprechender Risikozuschlag[599] mit dem Kommanditisten vereinbart worden ist.[600]

---

596 BGH II ZR 214/74 NJW 1976, 751 (752).

597 *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 69; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2994; vgl *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 172 Rz 105 ff.

598 *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 23.

599 Eine gesonderte Berücksichtigung eines Risikozuschlags ist entbehrlich, wenn die Kosten der Risikoübernahme für die Gesellschaft bereits bei der Bestimmung des Diskontierungszinssatzes adäquat berücksichtigt wurden.

600 Vgl *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 69 (Höhe der ersparten Avalprovision); ebenso *Potsch* 196.

Bei der Bewertung des mit der Sicherheitsbestellung verbundenen Gesellschaftsnachteils sind mE auch Regress- und Freistellungsansprüche der KG gegen den Kommanditisten zu berücksichtigen.[601] Es kann nämlich bei wirtschaftlicher Betrachtung keinen Unterschied machen, ob die Gesellschaft im Außenverhältnis Hauptschuldner oder bloßer Bürge ist, solange der Kommanditist nur im Innenverhältnis primär leistungspflichtig ist. Ist der Kommanditist Hauptschuldner, ist die *ex ante* Werthaltigkeit des Anspruchs des Drittgläubigers gegen den Kommanditisten aber bei der Bewertung zu berücksichtigen, weil die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme der Gesellschaft durch den Drittgläubiger davon abhängig ist.[602] Nichts anderes kann dann für den Deckungsanspruch der Gesellschaft gegen den Kommanditisten gelten. Auch ein *ex ante* werthaltiger Deckungsanspruch reduziert also den mit einer Sicherheitsbestellung verbundenen Gesellschaftsnachteil iSd § 172 Abs 3 UGB.[603]

Zusammenfassend gilt daher: Bestellt die Gesellschaft für eine Verbindlichkeit ihres Kommanditisten eine Sicherheit, so lebt die Außenhaftung des Kommanditisten im Zeitpunkt der Sicherheitsbestellung in Höhe des Gesellschaftsnachteils auf. Die Höhe des Gesellschaftsnachteils ergibt sich dabei aus dem *ex ante*, im Zeitpunkt der Sicherheitsübernahme erwartbaren Gesellschaftsnachteil, insbesondere der Höhe der besicherten Verbindlichkeit und der erwarteten Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme der Gesellschaft.

Für die Frage, ob die Haftung des Kommanditisten schon vor Eintritt eines Haftungsfalls auflebt, kann der Nennwert der besicherten Verbindlichkeit daher – entgegen dem BGH[604] – allenfalls im Zweifel ausschlaggebend sein. Den Kommanditisten trifft aber wohl die Beweislast dafür, dass eine Inanspruchnahme der Gesellschaft aus der Haftung *ex ante* unwahrscheinlich war bzw dass der Deckungsanspruch gegen den Kommanditisten vollwertig war.

Entsprechendes gilt, wenn die Gesellschaft einen Kredit besichert hat, mit dem der Kommanditist seine Einlagenleistung finanziert: Der Kommanditist wird nach Einlagenleistung insgesamt nur in jener Höhe haftungsfrei, in der die Gesellschaft unter

---

601 Vgl *Canaris* in FS R. Fischer 31 (57); abw *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 37.
602 Soeben bei Fn 598.
603 *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 69; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2994.
604 BGH II ZR 214/74 NJW 1976, 751 (752).

Berücksichtigung der mit der Kreditbesicherung verbundenen Belastung netto einen tatsächlichen Vorteil erlangt hat.[605]

b. Leistungen eines Dritten an den Kommanditisten

Ausnahmsweise können auch Leistungen Dritter an den Kommanditisten den Tatbestand der Einlagenrückgewähr gem § 172 Abs 3 UGB verwirklichen. Leistet ein Dritter auf Anweisung und auf Rechnung der Gesellschaft an den Kommanditisten, so ist dies genauso eine Einlagenrückgewähr, wie wenn die Gesellschaft die Leistung unmittelbar selbst erbracht hätte.[606] Der bewertungsrelevante Gesellschaftsnachteil (oben II.D. [49]) ergibt sich diesfalls aus der Höhe des Deckungsanspruchs des Dritten gegen die KG.[607] Hat die KG eine Tochtergesellschaft zu einer Leistung an den Kommanditisten angewiesen, so richtet sich der Nachteil der Mutter-KG regelmäßig nach ihrer Beteiligungsquote an der Tochtergesellschaft.[608]

Entsprechendes wie für Leistungen eines Dritten an den Kommanditisten gilt auch für Leistungen durch den Komplementär selbst:[609] Eine Leistung des Komplementärs an den Kommanditisten erfüllt den Tatbestand der Einlagenrückgewähr gem § 172 Abs 3 UGB, soweit die Leistung mittelbar aus dem Gesellschaftsvermögen erfolgt ist.[610] Hat der Komplementär an den Kommanditisten geleistet, und verfügt er für seine Leistung über einen Erstattungsanspruch gegen die Gesellschaft gem § 110 UGB, ist in diesem

---

605 Vgl *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 66; *J. Meyer* 156; auch unten bei Fn 882 f.

606 Vgl *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2972: wirtschaftlicher Vermögensabfluss von der Gesellschaft.

607 Vgl BGH II ZR 158/65 BGHZ 47, 149; *Bälz*, BB 1977, 1481 (1484); *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 172 Rz 16; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 172 Rz 5; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 172 Rz 31; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 33; *H. Westermann* in FS Barz (1974) 81 (85); *Schall/Warmer* in *Heidel/Schall*, HGB § 172 Rz 31; *Steckhan*, DNotZ 1974, 69 (72); auch *E. Hüffer* 47; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 172 Rz 23; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 59; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 23. Wird die Gesellschaft aufgrund ihrer wirtschaftlichen Lage zur Befriedigung des Deckungsanspruchs voraussichtlich nicht zur Gänze in der Lage sein, so ist dies mE wertmindernd zu berücksichtigen (*Strohn* ebd; vgl zur Bewertung von Forderungen gegen die Gesellschaft auch unten V.D.3. [280]).

608 *Kirsch* 152 f; vgl zum umgekehrten Fall (Leistungen einer KG an eine mit dem Kommanditisten verbundene Gesellschaft) oben II.G.2.a.iv. [196].

609 Für eine grundsätzliche Gleichbehandlung von Leistungen des Komplementärs an den Kommanditisten mit allgemeinen Fällen der Leistung eines Dritten an den Kommanditisten auch *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2973.

610 Vgl *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 18: „mittelbare" Verwendung von Gesellschaftsvermögen als Einlagenrückgewähr; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 172 Rz 24; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 172 Rz 31: Leistung „auf Rechnung" der Gesellschaft als Einlagenrückgewähr; *Harrer* 378; *Cebulla*, DStR 2000, 1917 (1921).

Erstattungsanspruch der vermögenswerte Gesellschaftsnachteil zu erblicken.[611] Im Übrigen soll der Empfang von Leistungen aus dem Privatvermögen des Komplementärs nach der Rechtsprechung des BGH sowie nach der hL dagegen grundsätzlich für die Außenhaftung des Kommanditisten unschädlich sein,[612] soweit das Gesellschaftsvermögen durch eine solche Leistung nicht beeinträchtigt wird.[613] Denn Leistungen aus dem Privatvermögen des Komplementärs seien haftungsunschädlich, weil das Privatvermögen des Komplementärs keiner Kapitalbindung unterliege[614]. Nur wenn das KG-Vermögen durch das Ausscheiden aller übrigen Gesellschafter im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den verbliebenen Komplementär übergegangen ist (§ 142 Abs 1 UGB), sollen einseitige Leistungen des verbliebenen Gesellschafters an den Kommanditisten ohne weiteres den Tatbestand von § 172 Abs 3 UGB erfüllen. Denn in diesem Fall sei eine Trennung des Gesellschaftsvermögens vom Privatvermögen des verbliebenen Gesellschafters nicht länger möglich.[615] Nach der vereinzelt gebliebenen Gegenansicht soll dagegen jede einseitige Leistung eines Komplementärs an einen Kommanditisten eine Einlagenrückgewähr darstellen;[616] denn auch durch eine Leistung aus dem privaten Vermögen des Komplementärs werde der den Gesellschaftsgläubigern insgesamt zur Verfügung stehende Haftungsfonds vermindert.[617]

---

611 Vgl BGH II ZR 103/84 NJW 1985, 1776; BGH II ZR 250/78 BGHZ 76, 127; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 172 Rz 24; *Harrer* 378; *Windbichler*, Gesellschaftsrecht[23] § 17 Rz 20; *Cebulla*, DStR 2000, 1917 (1921); auch *E. Hüffer* 47.

612 Vgl BGH II ZR 103/84 NJW 1985, 1776; *Bälz*, BB 1977, 1481 (1485); *Petzoldt*, DNotZ 1975, 529 (534 ff); *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB[36] § 172 Rz 7; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 172 Rz 13; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 172 Rz 31; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 66, § 172 Rz 32; *Harrer* 378; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 172 Rz 5; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 172 Rz 20; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2961 (Leistung bei „gezielter Gläubigerbeeinträchtigung" haftungsschädlich); vgl auch *Konietzko* 115.

613 *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 172 Rz 13; vgl *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 32; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 172 Rz 31.

614 *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB[36] § 172 Rz 7; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 66; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 172 Rz 24; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2961; *H. Westermann* in FS Barz (1974) 81 (85) Fn 12; vgl *Bälz*, BB 1977, 1481 (1485).

615 BGH II ZR 114/71 BGHZ 61, 149; *Potsch* 187 ff.

616 So *Riegger*, BB 1975, 1282 (1284); vgl *Steckhan*, DNotZ 1974, 69 (73); ebenso betreffend die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens durch den Komplementär *Berg*, JuS 1974, 685 (691); vgl auch *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (340 f).

617 Vgl *Riegger*, BB 1975, 1282 (1284); *Steckhan, Berg* jeweils aaO.

3. Mittelbare Einlagenleistung

a. Leistung eines Dritten an die Gesellschaft

Der Kommanditist kann von seiner Haftung mit der Haftsumme auch frei werden, wenn der Komplementär[618] oder ein anderer Dritter für ihn eine Einlage leistet.[619] Ein Kommanditist wird von seiner Außenhaftung auch frei, wenn ein anderer Gesellschafter[620], der eine Einlage an die KG geleistet hatte, diese Einlage auf den Kommanditisten überträgt,[621] insbesondere im Rahmen einer derivativen Anteilsübertragung[622]. In der Literatur ist hierfür der Begriff der „Umbuchung" einer Einlage gebräuchlich.

> **Beispiel:** A ist Kommanditist mit einer Haftsumme von 100 und einer geleisteten haftungsbefreienden Einlage von ebenfalls 100. Mit Zustimmung aller Gesellschafter[623] verkauft er seine Beteiligung an der Gesellschaft an B. Mit Übertragung des Kommanditanteils tritt B in die Stellung von A als Kommanditist ein, A scheidet aus der Gesellschaft aus. B übernimmt damit nicht nur die Haftsumme von 100, sondern auch die von A geleistete haftungsbefreiende Einlage, sodass es zu keiner Haftung von B gegenüber den Gesellschaftsgläubigern kommt. Sollte B die Einlage in der Folge von der

---

618 OLG Hamm 7 U 92/94 NJW-RR 1996, 27; *Petzoldt*, DNotZ 1975, 529 (534 ff); *Zacher* 36 f; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 52; *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 48; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 7; *J. Meyer* 156; *Peters*, RNotZ 2002, 425 (431); vgl BGH II ZR 132/83 NJW 1984, 2290 für die Einlagenleistung im Innenverhältnis; was das Außenverhältnis anbelangt, ließ der BGH die Frage ausdrücklich offen; ebenso wohl BGH II ZR 22/72 WM 1973, 778 (s Seite 780 am Ende); vgl aber auch OGH 27.6.1989, 4 Ob 540, 1517, 1518/89 (§ 1422 ABGB anwendbar); *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (338 f); aA (Einlagenleistung durch Komplementär wirke *nicht* haftungsbefreiend) *Riegger*, BB 1975, 1282 (1284); *Steckhan*, DNotZ 1974, 69 (71 f). Vgl dazu auch oben Fn 612. Die Leistung des Komplementärs darf aber nicht mit einer Belastung des Gesellschaftsvermögens verbunden sein: *Schilling* aaO; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2869; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 52; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 18; vgl BGH II ZR 22/72 WM 1973, 778 (780); *Petzoldt*, DNotZ 1975, 529 (534); vgl dazu auch oben Fn 607.

619 HM, s *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (337 f: § 267 BGB); *ders* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 47 *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 2/851; *Peters*, RNotZ 2002, 425 (430); *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 14; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 6; *Konietzko* 77; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 66; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 18; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2869; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 28; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 51; *Horn* in *Heymann*, HGB II[2] § 171 Rz 19.

620 Auch die Umbuchung der Einlage des Komplementärs auf den Kommanditisten wirkt grundsätzlich haftungsbefreiend: BGH II ZR 22/72 WM 1973, 778 (779); *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 172 Rz 31; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2863; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 18; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 20; *Horn* in *Heymann*, HGB II[2] § 171 Rz 18; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 7; *Fromm* 232 Fn 3; aA *Wünsch*, GesRZ 1978, 51 (54); *Steckhan*, DNotZ 1974, 69 (71 f); wohl auch *Riegger*, BB 1975, 1282 (1284).

621 BGH II ZR 22/72 WM 1973, 778; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 20; *Jabornegg*, GesRZ 1998, 66 (68); *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2863; *Adel*, DStR 1994, 1580 (1582 ff); *Bälz*, BB 1977, 1481 (1484 f).

622 Vgl zur Zulässigkeit einer Anteilsübertragung RIS-Justiz RS0061550.

623 Vgl zur grundsätzlichen Notwendigkeit der Zustimmung aller Mitgesellschafter bei der Anteilsübertragung *Jabornegg*, GesRZ 1998, 66 (68).

Gesellschaft zurückerhalten, lebt die Haftung von B gegenüber den Gesellschaftsgläubigern gem § 172 Abs 3 UGB freilich auf.

Auch A bleibt von seiner Außenhaftung frei, nachdem er seinen Kommanditanteil an B übertragen hat. Dabei sind Fälle der bloßen „Umbuchung" einer Einlage, bei der die Haftung des umbuchenden Gesellschafters gem § 172 Abs 3 UGB auflebt,[624] von Fällen der derivativen Übertragung des gesamten Kommanditanteils mit der Haftsumme zu unterscheiden.[625] Letzteres ist hier der Fall. Gem § 172 Abs 3 S 3 UGB lebt die Außenhaftung von A selbst dann nicht auf, wenn B die Einlage in der Folge von der Gesellschaft zurück erhalten sollte.[626] Bei der Anmeldung von B zum Firmenbuch ist ein Vermerk der Anteilsübertragung erforderlich (eintragungspflichtige Tatsache iSd § 15 Abs 1 UGB);[627] wird der Gesellschafterwechsel ohne entsprechenden Hinweis eingetragen, erweckt das Firmenbuch nämlich den Anschein, dass die Altgläubiger sowohl von A als auch B jeweils eine Leistung in Höhe der Haftsumme verlangen könnten. Wird die Eintragung eines Übertragungsvermerks unterlassen, kommt es deshalb zu einer im Einzelnen komplizierten und strittigen Haftungsverdoppelung kraft Firmenbuchpublizität gem § 15 Abs 1 UGB.[628]

b. Leistung des Kommanditisten an einen Dritten

Auch eine Leistung (bzw ein sonstiges Tätigwerden) des Kommanditisten an (bzw für) einen Dritten kann als Gegenstand einer Sacheinlage vereinbart werden.[629] Bewertungsrelevant ist wie bei allen haftungsbefreienden Einlagenleistungen aber nur der Vorteil, den die KG selbst aus der Leistung des Kommanditisten an den Dritten zieht (oben II.D. [49]).[630]

---

624 Bei einer isolierten Umbuchung einer Einlage, ohne dass gleichzeitig die Kommanditistenstellung als solche übergeht, ist die Umbuchung aufseiten des ursprünglich die Einlage leistenden Kommanditisten dagegen als Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB aufzufassen: vgl ausf *E. Hüffer* 28 ff; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² § 171 Rz 20; *Cebulla*, DStR 2000, 1917 (1920); *Peters*, RNotZ 2002, 425 (431); *Bälz*, BB 1977, 1481 (1483 ff).

625 Vgl *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1040); *Jabornegg*, GesRZ 1998, 66 (68); *Adel*, DStR 1994, 1580 (1584); *E. Hüffer* 38; s auch schon *v. Braunbehrens*, DR 1941, 1134 (1136 ff).

626 Vgl dazu ErlRV HaRÄG 47; dies ist aus Gläubigersicht nicht unproblematisch, vgl dazu ausf *A. Meyer*, Übertragung 113 ff mwN; *Jabornegg*, GesRZ 1998, 66 (69); *Harrer*, wbl 2003, 209; aber auch *Egermann/Winkler*, wbl 2002, 541. Gesetzt den Fall, dass A selbst *keine* Einlage geleistet hatte, würden dagegen sowohl A als auch B in Höhe der Haftsumme haften, wobei die Haftung von A auf die Altverbindlichkeiten bis zum Zeitpunkt seines Ausscheidens aus der Gesellschaft beschränkt wäre. Befriedigen A oder B später Gesellschaftsgläubiger bzw leistet B eine Einlage, würden sowohl A als auch B dadurch von ihrer Außenhaftung frei. Nach *Michel*, KTS 1991, 67 (79 ff) soll in der Gesellschaftsinsolvenz die Haftung von A subsidiär zur Haftung von B sein, sodass der Insolvenzverwalter gem § 171 Abs 2 UGB die Haftsumme primär von B zu fordern hätte.

627 RIS-Justiz RS0061479; RG 30.9.1944, GSE 39/43 WM 1964, 1130 = DNotZ 1944, 195 [*Donner*].

628 S zu dem Problem RIS-Justiz RS0061516; OGH 6 Ob 622/85 SZ 60/150; *Bueren*, ZHR 178 (2014) 715; *E. Hüffer* 51 ff; *Jabornegg*, GesRZ 1998, 66 (72 ff); *Adel*, DStR 1994, 1580 (1583 ff); *Koppensteiner*, GesRZ 1982, 119; *K. Schmidt*, GmbHR 1981, 253; *Huber*, ZGR 1984, 146.

629 *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2879.

630 Vgl *Kirsch* 85; auch *Bälz*, BB 1977, 1481 (1483): Leistung an Dritten „für Rechnung der KG" wirke haftungsbefreiend.

Allgemein anerkannt ist insbesondere die Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers als Gegenstand einer vereinbarten Sacheinlage.[631] Wenn und weil der Kommanditist dadurch gleichzeitig eine Verbindlichkeit befriedigt, für die er gem § 171 Abs 1 UGB persönlich gehaftet hat, wird der Kommanditist in Höhe des Nennwerts der befriedigten Verbindlichkeit von seiner Außenhaftung frei; auf den Wert der Leistung *für die Gesellschaft* kommt es diesfalls ausnahmsweise nicht an.[632] Denn die Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern erschöpft die summenbeschränkte Haftung des Kommanditisten unmittelbar, ohne dass gleichzeitig eine „Einlagenleistung" iSd § 171 Abs 1 UGB zugunsten der KG vorliegen müsste.[633] Nur in der Gesellschaftsinsolvenz befreit die Befriedigung eines individuellen Gesellschaftsgläubigers den Kommanditisten nicht mehr ohne weiteres auch von seiner Außenhaftung.[634] S zur Haftungsbefreiung aufgrund Gläubigerbefriedigung näher unten IV. [258] auch unter Berücksichtigung der Besonderheiten in der Gesellschaftsinsolvenz aufgrund § 171 Abs 2 UGB.

4. Gesellschaft bzw Kommanditist als Leistungsmittler

In den bisher dargestellten Fällen mittelbarer Leistungen wurden der Kommanditist und die Gesellschaft wirtschaftlich be- bzw entreichert. Praktisch relevant sind auch umgekehrte Fallkonstellationen, in denen zwar eine direkte Leistung zwischen Kommanditist und Gesellschaft erfolgt, eine der beiden Parteien aber als bloßer Leistungsmittler auftritt. In solchen Konstellationen scheidet eine Einlagenleistung bzw Einlagenrückgewähr grundsätzlich aus, weil und soweit die Gesellschaft kein eigener Vermögensvor- bzw -nachteil trifft (oben II.D. [49]).

Denkbar ist zB, dass die Gesellschaft eine Leistung an den Kommanditisten bloß auf Rechnung eines Dritten erbringt.[635] Ist der Deckungsanspruch gegen den Dritten vollwertig, erleidet die Gesellschaft durch die eigene Leistung gar keinen Vermögensnachteil, sodass eine Anwendung von § 172 Abs 3 UGB von vornherein ausscheidet.[636] Leistet der Kommanditist auf Rechnung eines Dritten an die Gesellschaft, so ist eine Haftungsbefreiung

---

631 Unten Fn 845.

632 *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 16 wN unten Fn 800 ff.

633 *K. Schmidt*, Einlage 6; wN unten Fn 794 ff.

634 Unten bei und in Fn 819.

635 Vgl zu einer Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen auf Rechnung des Komplementärs *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 172 Rz 31.

636 *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 33; vgl BGH II ZR 139/89 JuS 1991, 155 [*K. Schmidt*]; *Kirsch* 168 ff.

des Kommanditisten hingegen mE grundsätzlich denkbar, obwohl die Leistung wirtschaftlich von einem Dritten stammt. Entscheidend ist, ob die KG durch die Handlung des Kommanditisten einen Vermögensvorteil erlangt hat. Das ist nicht der Fall, wenn der Kommanditist beispielsweise bloß eine (werthaltige) Forderung erfüllt hat, die der Gesellschaft zuvor unmittelbar gegenüber dem Dritten zustand.

III. Leistung „auf die Einlage“

A. Problemstellung

Im vorherigen Abschnitt (oben II. [42]) wurde im Wesentlichen erörtert, dass der Kommanditist von seiner Außenhaftung nur frei werden kann, soweit er der Gesellschaft tatsächlich werthaltiges Vermögen zugewendet hat. Dies ergibt sich schon aus gläubigerschutzrechtlichen Erwägungen. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass auch *jede* werthaltige Vermögenszuwendung den Kommanditisten von seiner Außenhaftung befreit.[637] Nach der überwiegenden Ansicht in der Literatur ist vielmehr nur als Leistung der Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB anzusehen, was der Kommanditist auch *„auf die Einlage“* erbracht hat.[638] Erfolgt die Leistung aus einem anderen Titel (zB als Schenkung oder Darlehen) oder überhaupt rechtsgrundlos, würde der Kommanditist nach der überwiegenden Ansicht also grundsätzlich *nicht* von seiner Außenhaftung frei werden. In diesem Abschnitt soll die Frage erörtert werden, ob den Kommanditisten jede ihm zurechenbare Vermehrung des Gesellschaftsvermögens von seiner Außenhaftung befreit – oder ob nur einer Leistung „auf die Einlage“ haftungsbefreiende Wirkung zukommt. Allgemeiner ausgedrückt: ob der Wille der Gesellschafter in den Tatbestand des § 171 Abs 1 UGB Eingang findet, oder ob der Kommanditist vielleicht sogar gegen den Willen *aller* Gesellschafter (inklusive des betroffenen Kommanditisten selbst!) durch jede werthaltige Leistung von seiner Außenhaftung frei wird. Enthält § 171 Abs 1 UGB insofern ein subjektives Tatbestandsmerkmal?

---

637 Vgl *K. Schmidt*, Anm zu BGH II ZR 16/81 NJW 1982, 2253 (2254).

638 ZB *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I^2 § 171 Rz 19; s zu weiteren Nw sowie zur Gegenansicht sogleich.

B. Meinungsstand

1. Leistung „auf die Einlage“ als Tatbestandsmerkmal des § 171 Abs 1 UGB?

Die wohl überwiegende, aber vielfach bestrittene Ansicht bejaht ein subjektives Tatbestandsmerkmal bei der Einlagenleistung,[639] wenngleich die Definition im Einzelnen unterschiedlich erfolgt. Vielfach heißt es, nur eine Leistung „auf die Einlage“ könne den Kommanditisten von seiner Außenhaftung befreien.[640] Es komme also darauf an, ob die Leistung gesellschaftsvertraglich[641] als „Einlagenleistung“ zu qualifizieren sei bzw ob im Innenverhältnis eine bedungene Einlage bestand, auf die der Kommanditist leisten konnte[642]. Zum HGB wurde die Ansicht vertreten, dass es darauf ankomme, ob die Leistung des Kommanditisten im Innenverhältnis dem variablen Kapitalanteil des Gesellschafters zugeschrieben wird (vgl insb § 167 Abs 2 HGB).[643] Nach der Gegenansicht befreit grundsätzlich jede objektive Vermehrung des Gesellschaftsvermögens durch den

---

639 *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 5; *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 66; *Potsch* 122; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 19; *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 43; *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 46; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 37; *v. Gerkan* in *Röhricht/v. Westphalen*, HGB § 171 Rz 30; *Konietzko* 92, 95; *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (52); *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 38; *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR[2] §§ 171, 172 HGB Rz 30; *Horn* in *Heymann*, HGB II[2] § 171 Rz 12 f; *Kirsch* 17 ff, 23 ff, 34; *Lambrich*, JURA 2007, 88 (92); implizit auch *Wünsch*, GesRZ 1978, 1 (6), 51 (54 ff); s aber auch *dens* in FS Wilburg 477 (487): objektive Wertzuführung alleine entscheidend. S auch die Nw in den folgenden Fn. Dass umgekehrt eine objektiv werthaltige Leistung der KG an den Kommanditisten dessen Haftung auch dann wieder aufleben lässt, wenn sie im Innenverhältnis *nicht* als (offene) Einlagenrückgewähr erfolgt ist, ergibt sich schon aus dem Gebot der objektiven Leistungsbewertung zugunsten der Gesellschaftsgläubiger: oben bei und in Fn 152 mN dort, wobei auch dort strittig ist, ob nur Leistungen *causa societatis* den Tatbestand von § 172 Abs 3 UGB erfüllen können.

640 *Huber*, ZGR 1988, 1 (19 ff); *Hüffer*, ZHR 151 (1987) 396 (412); *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR[2] §§ 171, 172 HGB Rz 29; vgl *Adel*, DStR 1994, 1580 (1582): Leistung müsse „zweckgerichtet auf die Einlage hin“ erbracht werden; s auch die Nw in den folgenden Fn.

641 *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 171 Rz 8; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 38; vgl *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2872, 2874 iVm 2875: „Konnex“ mit „gesellschaftsvertraglich verankerter“ Einlagenleistung; *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 2/851: Vereinbarung „zwischen den Gesellschaftern“ entscheidend.

642 Vgl in diesem Sinne *K. Schmidt*, Einlage 25 f; *Günter* 14 ff; *Kirsch* 17 ff; *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR[2] §§ 171, 172 HGB Rz 6; *Peters*, RNotZ 2002, 425 (430); *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 22; *Lambrich*, JURA 2007, 88 (92); *Schmelz*, DStR 2006, 1704 (1709); auch *Horn* in *Heymann*, HGB II[2] § 171 Rz 13; *J. Meyer* 155, für den allerdings die Einzahlung „als Risikokapital“ (vgl dazu unten Fn 176) entscheidend ist.

643 *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 48; *Potsch* 123; *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 61 unter Betonung der bilanziellen Betrachtung.

Kommanditisten diesen von seiner Außenhaftung – ungeachtet der Qualifizierung der Leistung im Innenverhältnis.[644]

Nach *Knobbe-Keuk, K. Schmidt* und anderen kommt es vor allem auf die Bindung der Leistung „als Einlage im Gesellschaftsvermögen" an.[645] *C. Nowotny* vertritt, dass die fragliche Leistung „mit Zustimmung aller Gesellschafter" erfolgen müsse.[646] Nach *Schilling* reicht es aber auch aus, wenn bloß der leistende Kommanditist und die Gesellschaft die Leistung „als Einlage wollen" bzw „annehmen".[647] Nach *Wiedemann* genügt bereits eine Leistung *causa societatis* zur Haftungsbefreiung[648] – entscheidend wäre also bloß die Absicht des leistenden Kommanditisten selbst.[649]

Umstritten ist auch, inwieweit die *Unterbewertung* einer Sacheinlage im Innenverhältnis für § 171 Abs 1 UGB beachtlich sein soll. Die in der Literatur stark überwiegenden Ansicht spricht sich dafür aus, im Hinblick auf § 171 Abs 1 UGB in jedem Fall auf den wahren Wert der Einlage abzustellen – auch wenn die Einlage im Innenverhältnis unterbewertet wurde.[650] Eine Mindermeinung vertritt das Gegenteil: Der Wert von Einlagen iSd § 171 Abs 1 UGB sei sehr wohl mit ihrem gesellschaftsvertraglich festgeschriebenen Wert gedeckelt.[651] Begründungen und Differenzierungen der

---

644 *Müßigbrodt*, Aufrechnung 17 f; *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB[36] § 172 Rz 4; *Fromm* 219; auch *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 12 f; *Gramlich*, NJW 1967, 1447 (1449 ff); wohl auch *Bergmann*, RdW 2008, 382 (384); eher objektivistisch auch die ältere Rsp: vgl OGH 2 Ob 517/88 GesRZ 1989, 38 (39) [*Ostheim*]; BGH II ZR 124/61 BGHZ 39, 319; auch BGH II ZR 176/80 WM 1982, 5.

645 *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (418, 420 f); *K. Schmidt*, Einlage, 25 f, s auch dort Seiten 5 ff, 72 ff, 119 ff; *ders*, ZGR 1976, 307 (310 ff, 331). *ders*, ZGR 1976, 307 (310 ff, 331); ebenso *Schmelz*, DStR 2006, 1704 (1709); vgl *Koch* 30.

646 *C. Nowotny*, RdW 2009, 326 (328).

647 *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 5: als Einlage vom Kommanditisten „gewollt" und von der Gesellschaft „angenommen"; diesem folgend *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 19; ebenso *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 69: zumindest „konkludenter Konsens" von Kommanditist und Gesellschaft, der Gesellschaft Eigenkapital zuzuführen.

648 *Wiedemann*, GesR II 804; abw noch iSd Verrechnungstheorie *ders* in FS Bärmann 1037 (1047).

649 Vgl auch *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 38: nur der Kommanditist müsse die Leistung dem Haftungsvermögen der KG widmen.

650 Ausf *Zacher* 27 ff; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 171 Rz 11; *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB[36] § 171 Rz 6; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 17, § 172 Rz 15; *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 53; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 37; *v. Gerkan* in *Röhricht/v. Westphalen*, HGB § 171 Rz 46; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 11; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 21, 32; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 14; *Geißler*, GmbHR 2014, 458 (460); *Wiedemann*, GesR II 801, 805; *Horn* in *Heymann*, HGB II[2] § 171 Rz 16; *H. Westermann* in FS Barz (1974) 81 (85); *Müßigbrodt*, Aufrechnung 9; *Felix*, NJW 1973, 491; *Sudhoff*, DB 1973, 2175 (2176); iW auch *Wünsch*, GesRZ 1978, 51 (54 f); *Stölzle*, GesRZ 1980, 204 (204 f); vgl OGH 2 Ob 517/88 GesRZ 1989, 38 (39) [*Ostheim*]; offenlassend *Adel*, DStR 1994, 1580 (1582).

651 *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 171 Rz 8; *Potsch* 143; *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 48a; *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR[2] §§ 171, 172 HGB Rz 30; *Kirsch* 43 f. S auch die Nw in den folgenden Fn.

Mindermeinung sind im Einzelnen unterschiedlich: *Geßler* hat die Außenwirksamkeit einer Unterbewertung einer Einlage damit begründet, dass die Unterbewertung als gewollte Vereinbarung einer höheren Haftung des Kommanditisten aufzufassen wäre – ähnlich wie eine Erhöhung der Haftsumme.[652] Nach *Strohn* kommt es darauf an, ob die Unterbewertung der Einlage als „negative Tilgungsbestimmung" anzusehen ist.[653] Für *Huber* und andere Autoren kommt es im Wesentlichen darauf an, ob die Bewertung der Einlage auch für ihren Bilanzierungsansatz entscheidend sein soll.[654] *Eckert* stellt auf den Betrag ab, der „nach dem Gesellschaftsvertrag auf die Einlage angerechnet wird".[655] *Schilling* vertritt, dass die Richtigkeit einer gesellschaftsvertraglichen Bewertung einer Sacheinlage beweisrechtlich zu vermuten sei – der Kommanditist könne aber den Beweis antreten, dass eine Unterbewertung vorliegt.[656]

Im Ergebnis sind die Unterschiede zwischen den gegenseitigen Strömungen nicht so groß, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag. Denn nach der überwiegenden Ansicht mag grundsätzlich eine „Leistung auf die Einlage" zur Haftungsbefreiung erforderlich sein – auch die meisten Vertreter dieser Ansicht gehen aber davon aus, dass der Kommanditist auch unter bestimmten sonstigen Umständen von seiner Außenhaftung frei würde: Zunächst würde der Kommanditist auch von seiner Außenhaftung frei, wenn er Gesellschaftsgläubiger befriedigt hat – unabhängig davon, ob in der Gläubigerbefriedigung im Innenverhältnis eine „Leistung auf die Einlage" zu erblicken sei (s dazu im Einzelnen unten IV. [258].[657] Zum selben Ergebnis führt die Ansicht von *Schilling*, wonach die Gläubigerbefriedigung im Innenverhältnis grundsätzlich *als* Leistung der Pflichteinlage aufzufassen sei.[658] Weiters sei der Kommanditist berechtigt, eine Geldsumme in Höhe der Differenz zwischen bedungener Pflichteinlage und Haftsumme haftungsbefreiend in die Gesellschaft einzulegen – der Kommanditist könne diesfalls zwar nicht „auf die (Pflicht-)Einlage" leisten, dafür aber „auf die Haftsumme".[659] Schließlich würden auch drittvertragliche Leistungen den

652 *Geßler* in *Schlegelberger*, HGB II[4] § 171 Rz 13; ähnl auch *Kornblum* 216, 256.
653 *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 58.
654 *Huber* 210 ff; diesem folgend *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2902 ff; *Günter* 83 f (Begründung Seite 65 ff); *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 135, 147; vgl *Schulze-Osterloh*, ZGR 1991, 488 (514); auch *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 32; aA *Felix*, NJW 1973, 491: Haftungsbefreiung auch in Höhe der stillen Reserven.
655 *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 171 Rz 8.
656 *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 9, s dort auch Fn 13.
657 S die Nw unten Fn 795 ff.
658 *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 2.
659 *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 42; *Huber*, ZGR 1988, 1 (20); *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 5; *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 113; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*,

Kommanditisten unter Umständen von seiner Außenhaftung befreien: Einerseits könne ein für die Gesellschaft vorteilhaftes Rechtsgeschäft (zB ein Pachtvertrag) als Sacheinlage in die Gesellschaft eingebracht werden;[660] andererseits würde die Überlassung eines „einlagenähnlichen Darlehens", das materiell der Pflichteinlage zuzurechnen sei, den Kommanditisten auch von seiner Außenhaftung befreien.[661]

In folgenden Fällen ist die Frage, ob nur eine Leistung „auf die Einlage" haftungsbefreiend wirkt, tatsächlich strittig und entscheidungsrelevant:

1. Einer Pflichteinlage soll laut Gesellschaftsvertrag ausdrücklich *keine* haftungsbefreiende Wirkung zukommen (negative Tilgungsbestimmung).
2. Die bereits angesprochene Fallgruppe unterbewerteter Pflichteinlagen.
3. Der Kommanditist hat an die Gesellschaft eine objektiv werthaltige Leistung erbracht, die im Innenverhältnis aber nicht als Gegenstand einer „Einlage", sondern als „sonstiger Beitrag" vereinbart worden ist.
4. Der Kommanditist hat der Gesellschaft drittvertraglich Vermögen zugewendet, insbesondere auch durch Schenkungen, ohne dass der Drittvertrag aber als Sacheinlage in die Gesellschaft eingebracht worden wäre. *Potsch* hat diese Fallgruppe nicht ohne Berechtigung als praktischen Kern des Meinungsstreits bezeichnet.[662]
5. Der Kommanditist hat der Gesellschaft rechtsgrundlos Vermögen zugewendet, zB im Rahmen einer Geschäftsführung ohne Auftrag.

HGB[4] § 171 Rz 35; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2883; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 20; *Horn* in *Heymann*, HGB II[2] § 171 Rz 14; vgl *K. Schmidt*, Einlage 8 f; *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR[2] §§ 171, 172 HGB Rz 27; *Müßigbrodt*, Aufrechnung 15; *Neubauer/Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 20; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 161 Rz 16, § 171 Rz 5; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 77; *Leven* 7 f; *V. Kluge/C. Kluge* in *Ensthaler*, HGB[8] § 171 Rz 19; *Weimar*, DStR 1997, 1730; auch Reichstagsvorlage HGB 1897, 111; BGH II ZR 252/03 NZG 2005, 807; ähnl *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 12, s aber auch dort Rz 33; aA *Kirsch* 17 ff; *Lichtenberg* 23 ff; *Konietzko* 93 f; *Schmelz*, DStR 2006, 1704 (1708 f). S auch Reichstagsvorlage HGB 1897, 111.

660 Vgl BGH II ZR 121/02 NZG 2004, 910 zur Einbringung eines Pachtvertrags in eine GmbH; weitere Nw unten Fn 756.

661 BGH II ZR 16/81 NJW 1982, 2253 [*K. Schmidt*]; weitere Nw unten Fn 731 ff.

662 *Potsch* 121.

2. Verhältnis zur Unterscheidung von Verrechnungs- und Vertragstheorie nach *Wiedemann*

1975 hat *Wiedemann* unter dem Titel „Beschränkte und unbeschränkte Kommanditistenhaftung" einen Beitrag in der Festschrift für *Bärmann* veröffentlicht,[663] der die wissenschaftliche Debatte der Kommanditistenhaftung dauerhaft prägen sollte.[664] *Wiedemann* identifizierte damals in der Rechtsprechung und Lehre zu Einzelproblemen der haftungsbefreienden Einlagenleistung bzw -rückgewähr zwei implizite Strömungen, die er in die Vertrags- und die Verrechnungstheorie unterteilte.

Für dieses Kapitel ist *Wiedemanns* Unterscheidung von Vertrags- und Verrechnungstheorie von Relevanz, weil es nur nach der Vertragstheorie, nicht aber nach der Verrechnungstheorie für § 171 Abs 1 UGB darauf ankommt, ob der Kommanditist seine Leistung an die Gesellschaft auch „auf die Einlage" erbracht hat. Die Unterscheidung zwischen Vertrags- und Verrechnungstheorie geht aber über diese Differenzierung hinaus:

Nach der Vertragstheorie in Reinform ist der Tatbestand der „Einlage" in Innen- und Außenverhältnis ident. Nach *Wiedemanns* Definition der Vertragstheorie ist die haftungsbefreiende Einlage im HGB nämlich nichts anderes als der variable Kapitalanteil (vgl §§ 120 ff HGB) des Kommanditisten, zuzüglich reiner Verlustzuweisungen. Wenn aber der variable Kapitalanteil auch die Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern bestimmt, kann auch nur eine Leistung der Pflichteinlage den Kommanditisten von seiner Außenhaftung befreien. Drittgeschäfte könnten mit der haftungsbefreienden Einlage demnach allenfalls im Wege der Aufrechnung (mit der Pflichteinlage) verknüpft werden.[665] Im Sinne der Vertragstheorie schrieb *H. Westermann*[666] noch 1974, eine Differenzierung zwischen Pflichteinlage und Haftsumme sei dem Gesetz

---

663 *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 ff.

664 Vgl insb die folgenden monographischen Erörterungen von Verrechnungs- und Vertragstheorie: *Konietzko* 21 ff, 78 ff; *Müßigbrodt*, Aufrechnung 11 ff; *Fromm* 218 f; vgl auch *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] § 172 Rz 46.

665 *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1041); vgl iSd Vertragstheorie ausf *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410; dieser für die Einlagenrückgewähr folgend *Jud* in *Ruppe/Jud*, Der negative Kapitalanteil des Kommanditisten (1975) 19; ähnl auch *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2957 ff; *Sudhoff*, Rechte und Pflichten des Kommanditisten[3] 16; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 12; vgl auch *Tschierschke* 2; *Konietzko* 31 ff, 43 f, 48, 52, 92 ff, 109, s aber auch dort Seite 60, 73 (*„Es erscheine nicht angemessen, von den Zuständen im Innenverhältnis Folgen für das Außenverhältnis abzuleiten"*), 77, 92 ff; implizit *Krejci* in RK UGB § 171 Rz 1 ff; im Grundsatz auch *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (316 f); *Huber*, ZGR 1988, 1 (12 ff); die Vertragstheorie ausdrücklich abl *Müßigbrodt*, Aufrechnung 14.

666 *H. Westermann* in FS Barz (1974) 81.

unbekannt; *„Fragen, die aus der Unterschiedlichkeit von Haftsumme und Pflichteinlage erwachsen“,* seien bisher nicht aufgeworfen worden. Umgekehrt schreibt *Huber*, Zweck des (variablen) Kapitalkontos des Kommanditisten sei es gerade, eine Feststellung der Höhe der geleisteten haftungsbefreienden Einlage zu ermöglichen.[667]

Weil die Höhe des variablen Kapitalanteils von den Parteien im Innenverhältnis frei vereinbart werden kann, wäre nach der Vertragstheorie in Reinform auch eine tatsächliche, werthaltige Leistung des Kommanditisten zur Haftungsbefreiung gem § 171 Abs 1 S 1 UGB nicht zwingend erforderlich. Die Gesellschafter könnten stattdessen im Innenverhältnis einfach vereinbaren, dass eine Einlage als geleistet gilt. Dadurch würde der Kommanditist nach der Vertragstheorie von seiner Außenhaftung frei werden. In dieser extremen Form wurde die Vertragstheorie freilich von niemandem vertreten. Vereinzelt wurde in der älteren Literatur immerhin ausgeführt, dass eine Einlagenrückgewähr schon dann ausscheidet, wenn für eine Gesellschaftsleistung *irgendein* Titel außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses bestand – zB ein Kaufvertrag – mochte dieses Drittgeschäft auch zulasten der Gesellschaft unausgeglichen gewesen sein.[668]

Nach der Verrechnungstheorie sind Pflichteinlage und haftungsbefreiende Einlage dagegen voneinander völlig unabhängig.[669] Der Kommanditist werde stattdessen von seiner Außenhaftung frei, soweit er netto – unter welchem Titel immer – an die Gesellschaft eine Leistung erbracht hat. Die Höhe der haftungsbefreienden Einlage wäre demnach im Stile eines Kontokorrents als reflexhafte Reaktion auf Vermögensverlagerungen aller Art zwischen Kommanditist und Gesellschaft zu begreifen. Auf die Beurteilung im Innenverhältnis käme es nicht an.[670] Der Kommanditist würde von seiner Außenhaftung daher auch frei werden, wenn er der Gesellschaft zB in Form einer Schenkung oder eines Darlehens Vermögen zugewendet hat. Zahlt die Gesellschaft das Darlehen zurück, würde die Außenhaftung des Kommanditisten erneut aufleben.

---

667 *Huber*, ZGR 1988, 1 (12).

668 Vgl *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (420 f); s allgemein zum Meinungsstand bei der Beurteilung von Drittgeschäften oben Fn 152 sowie oben II.D.2.b. [55].

669 Vgl *Konietzko* 44.

670 Als Vertreter der Verrechnungstheorie können angesehen werden: *Fromm* 218 f; im Wesentlichen auch *Müßigbrodt*, Aufrechnung 9 ff, 17 f, 22, der allerdings Drittgeschäfte von der Berechnung der Außenhaftung ausnimmt; vgl auch *U. Torggler*, GesR AT Rz 698, der die Kommanditistenhaftung mit „kommunizierenden Gefäßen“ vergleicht; s auch *dens* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 3 (5); *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1047) schließt sich für die Frage der Nennwertaufrechnung (s dazu noch ausf unten IV. [258]) der Verrechnungstheorie an; vgl aber auch *dens*, GesR II 802 ff.

Aus heutiger Sicht sind die Ansichten bestimmter Autoren selten[671] zur Gänze der Verrechnungs- bzw der Vertragstheorie zuordenbar.[672] Das liegt daran, dass die Verrechnungs- und Vertragstheorie keine sich ausschließenden Gegensätze sind. Sie verkörpern vielmehr zwei unterschiedliche Tatbestandsmerkmale, die grundsätzlich auch miteinander kombiniert werden können:[673] Kern der Verrechnungstheorie ist die objektive Bewertung von Leistungen zwischen Kommanditist und Gesellschaft zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger. Insoweit entspricht die Verrechnungstheorie der ganz herrschenden Ansicht.[674] Was § 172 Abs 3 UGB anbelangt, ist das Vorliegen einer tatsächlichen Vermögensverschiebung im Sinne der Verrechnungstheorie nach der hM auch zur Verwirklichung einer Einlagenrückgewähr grundsätzlich ausreichend.[675] Nur bei der Einlagenleistung ist nach überwiegender Meinung neben der Werthaltigkeit der Leistung des Kommanditisten zusätzlich – in unterschiedlichen Abstufungen – eine *Leistung auf die Einlage* zur Erfüllung des Tatbestands von § 171 Abs 1 UGB erforderlich.[676] Die überwiegende Ansicht kombiniert daher in der Diktion *Wiedemanns* Vertrags- und Verrechnungstheorie,[677] während eine Mindermeinung im Wesentlichen der Verrechnungstheorie folgt. *Hüffer* konstatiert nicht ohne Berechtigung, dass der Gegensatz zwischen Vertrags- und Verrechnungstheorie aus heutiger Sicht sachlich kaum weiterführend ist.[678]

---

671 Ähnl Befund bei *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (315).

672 Wie hier *Müßigbrodt*, Aufrechnung 13 f; vgl auch *Konietzko* 87.

673 Vgl *Kirsch* 23; *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (318); auch *Huber*, ZGR 1988, 1 (23, 28).

674 S zur objektiven Bewertung schon oben II. [42] mit Nw dort.

675 Vgl ausf *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (318, 332 ff); *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1045); aA *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (420); weitere Nw oben Fn 152.

676 Soeben III.B.1. [211], insb Fn 639.

677 *J. Meyer* 154 aE; vgl *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2874; *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (312, 315 ff, 318, 334 f) verlangt neben der „Einlagenaufbringung“ iSd Vertragstheorie – das heißt einer Leistung *als* Einlage – „Kapitalaufbringung“ iSd Werthaltigkeit der Einlage; das wird bisweilen als „modifizierte Vertragstheorie“ (auch: „modifizierte Verrechnungstheorie“) bezeichnet: s zB *Hüffer*, ZHR 151 (1987) 396 (412 f).

678 *Hüffer*, ZHR 151 (1987) 396 (412).

C. Grundsatz

1. Die Bedeutung des Jahresabschlusses für die Kapitalerhaltung in der KG

Im Ausgangspunkt verdient mE die überwiegende Ansicht Zustimmung, wonach grundsätzlich nur eine Leistung des Kommanditisten, die „auf seine Einlage" erfolgt ist, diesen auch von seiner Außenhaftung befreit. Dies folgt letztlich aus der Überlegung, dass nur bilanziell als Eigenkapital ausgewiesenes Gesellschaftsvermögen vor einem haftungsneutralen Rückfluss an die Kommanditisten geschützt ist:

Ausgangspunkt der Erörterung ist die Bedeutung des Jahresabschlusses für § 172 Abs 3 UGB. § 172 Abs 3 UGB bestimmt bekanntlich, dass die Rückzahlung der Einlage die Haftung des Kommanditisten wieder aufleben lässt (s dazu im Einzelnen oben II. [42]). Der Tatbestand der Einlagenrückgewähr gem § 172 Abs 3 UGB wird dabei grundsätzlich durch jede einseitige Leistung der Gesellschaft an den Kommanditisten erfüllt, die auch nicht durch eine gleichwertige Gegenleistung des Kommanditisten gerechtfertigt ist.[679] Demgegenüber lässt die bloße Entnahme von Gewinnanteilen durch einen Kommanditisten dessen Außenhaftung grundsätzlich unberührt.[680] Dies ergibt sich *e contrario* aus § 172 Abs 3 S 2.[681] Mit anderen Worten erfüllen einseitige Leistungen der Gesellschaft an den Kommanditisten grundsätzlich den Tatbestand der Einlagenrückgewähr gem § 172 Abs 3 UGB – außer, es handelt sich um eine Gewinnausschüttung, dann bleibt der Kommanditisten von seiner Außenhaftung frei.[682]

Ob es sich bei einer Gesellschaftsleistung um eine Gewinnausschüttung handeln kann, hängt davon ab, ob die Gesellschaft tatsächlich einen ausreichenden Gewinn erzielt hat.[683] Bei buchführungspflichtigen KG ist der ausschüttungsfähige Gewinn iSd § 172 Abs 3 S 2 UGB dem ordnungsgemäß aufgestellten Jahresabschluss zu entnehmen.[684] Aus dem

---

679 S schon oben Fn 151 f.

680 Einhellige Ansicht, für alle *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 172 Rz 19.

681 *Huber*, ZGR 1988, 1 (13) Fn 36; *Potsch* 174; *Cebulla*, DStR 2000, 1917 (1921 f); vgl auch unten Fn 680.

682 Vgl *Gehling*, BB 2011, 73 (79); *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2997; auch BGH II ZR 201/81 NJW 1982, 2500 [*K. Schmidt*].

683 Vgl RIS-Justiz RS0062011; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2999; s auch die Nw unten Fn 936.

684 BGH II ZR 88/08, NJW 2009, 2126 (krit *Luttermann*, NZG 2009, 1140); BGH II ZR 78/89 BGHZ 109, 334; zust *Wiedemann*, GesR II 809; *Anzinger* in FS U.H. Schneider 15 (18); vgl BGH II ZR 201/81 NJW

Jahresabschluss ergibt sich daher bei der KG, bis zu welchem Betrag die Kommanditisten im Rahmen einer Gewinnausschüttung zur Entnahme von Gesellschaftsvermögen berechtigt sind, ohne dass ihre Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern gem § 172 Abs 3 UGB auflebt. Der Jahresabschluss determiniert insofern gleichzeitig auch die Höhe des von § 172 Abs 3 UGB geschützten Gesellschaftsvermögens.[685] Insoweit besteht ein innerer Zusammenhang zwischen gesellschaftsrechtlichem Gläubigerschutz und Rechnungslegungsrecht.[686]

Was hat das mit der Frage zu tun, welche Leistungen den Kommanditisten gem § 171 Abs 1 UGB von seiner Außenhaftung befreien? Verbindendes Element ist der Normzweck von § 172 Abs 3 UGB. Die haftungsrechtliche Privilegierung von Gewinnausschüttungen gegenüber sonstigen Ausschüttungen von Gesellschaftsvermögen beruht auf folgender Wertung: Durch die Entnahme eines Gewinns, der über die geleisteten Einlagen hinaus von der Gesellschaft wirklich erzielt wurde, wird der Wert der von den Gesellschaftern geleisteten Einlagen selbst nicht angegriffen; die geleisteten Einlagen stehen dem Werte nach weiterhin zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger zur Verfügung.[687]

> **Beispiel:** Die Kommanditisten einer KG haben Einlagen im Wert von insgesamt 10.000 in die Gesellschaft eingebracht. Der Komplementär hat keine Einlage geleistet. Im Laufe des Geschäftsjahrs erwirtschaftet die Gesellschaft einen Jahresüberschuss von 500, der an die Gesellschafter ausgeschüttet wird. Nach der Gewinnausschüttung beträgt das bilanzielle Reinvermögen der KG erneut 10.000, sodass die geleisteten Einlagen dem Werte nach weiterhin vollständig zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger zur Verfügung stehen. Durch eine darüber hinausgehende Ausschüttung von Gesellschaftsvermögen würde dagegen der Wert der geleisteten Einlagen angegriffen – eine trotzdem erfolgte Ausschüttung an die Kommanditisten würde insofern als materielle Rückzahlung der Einlagen deren Haftung gem § 172 Abs 3 UGB wieder aufleben lassen.

Somit sind nach Auszahlung eines wirklich erzielten Gewinns die ursprünglich geleisteten Einlagen, die gem § 171 Abs 1 UGB den Entfall der Außenhaftung des

---

1982, 2500 [*K. Schmidt*]; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 45; abw zu steuerlichen Sonderabschreibungen iZm „Abschreibungsgesellschaften" noch *Priester*, BB 1976, 1004; *ders*, GesRZ 1977, 44; letzterer Ansicht erteilte der BGH (BGH II ZR 78/89 BGHZ 109, 334 [339 ff]) aber ausdrücklich eine Absage.

685 Vgl *Hügel*, GesRZ 1993, 29 (34): *„Technisches Instrument zur Erreichung der [Abgrenzung von Kapitalerhaltung und Gewinnausschüttung] ist das Bilanzrecht"*; *dens*, GesRZ 1992, 258 (260); *Ekkenga*, ZHR 161 (1997) 599 f; *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (77 f); auch *U. Torggler*, GesR AT Rz 544.

686 Dies ist für die Kapitalgesellschaften allgemein anerkannt (s *Gelter*, GesRZ 2004, 177 [179]; *Diregger/Eckert*, RdW 2013, 579 [586]; *Bertl/Deutsch/Hirschler*, Buchhaltungs- und Bilanzierungshandbuch[8] 213 f: „Kapitalerhaltungsfunktion" der Bilanz), trifft aber genauso auf das Verhältnis von Rechnungslegungsrecht und § 172 Abs 3 UGB zu.

687 Vgl BGH II ZR 78/89 BGHZ 109, 334 (339); auch *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 63 ff, 81.

Kommanditisten gerechtfertigt haben, weiterhin im Gesellschaftsvermögen vorhanden. Daher ist auch die andauernde Haftungsbefreiung des Kommanditisten nach der Entnahme eines wirklich erzielten Gewinns weiterhin geboten. Anderes gilt gem § 172 Abs 3 S 2 UGB nur, soweit der Kommanditist Verluste aus Vorjahren noch nicht ausgeglichen hatte, weil in diesem Fall der „Gewinn" der Gesellschaft nur die in vorangegangenen Jahren verlorene Einlage wieder ergänzt hat. Eine Gesellschaftsleistung, mit der die (haftungsbefreiende) Einlage eines Kommanditisten dem Werte nach angegriffen wird, soll nach der in § 172 Abs 3 UGB zum Ausdruck kommenden Wertung dagegen die Außenhaftung des Kommanditisten aufleben lassen. Der Gläubigerschutz steht somit einer *Gewinnausschüttung* grundsätzlich nicht entgegen; bei einer *Einlagenrückgewähr* erfordert der Gluäbigerschutz jedoch das Aufleben der Haftung des Kommanditisten.

Der dargestellte Normzweck von § 172 Abs 3 UGB trägt eine haftungsrechtliche Privilegierung von Gewinnausschüttungen daher nur, weil und soweit die gem § 171 Abs 1 UGB geleisteten Einlagen der Kommanditisten durch eine Gewinnausschüttung nicht in ihrer Substanz angegriffen werden.[688] Nur wenn das bilanzielle Reinvermögen der Gesellschaft auch nach Abzug des festgestellten Gewinns noch der Summe der geleisteten haftungsbefreienden Einlagen entspricht, bleiben die haftungsbefreienden Einlagen durch eine Gewinnausschüttung unberührt.[689] Bilanziell entspricht der Bilanzgewinn nun dem Überschuss des Nettoaktivvermögens der Gesellschaft über die im Eigenkapital ausgewiesenen Einlagen, Rücklagen udgl mehr (vgl § 231 UGB). *Dass* die Einlagen der Kommanditisten durch eine Gewinnausschüttung nicht angegriffen werden, ist bilanziell daher nur sichergestellt, wenn die haftungsbefreienden Einlagen aller Kommanditisten auch im Eigenkapital der KG ausgewiesen wurden, und zwar mit ihrem Wert iSd § 171 Abs 1 UGB.

---

688 Vgl BGH II ZR 78/89 BGHZ 109, 334 (338 f); *Huber* 210 ff; diesem folgend *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2902 ff; *Potsch* 143; *Schulze-Osterloh*, ZGR 1991, 488 (511 f); vgl auch *Hügel*, GesRZ 1992, 258 (260).

689 Aus § 172 Abs 3 S 2 UGB folgt allerdings, dass Kommanditisten nur die *ihnen zugewiesenen* Verlustanteile auszugleichen haben. Hat die Gesellschaft einen Jahresüberschuss erzielt, kann der Kommanditist diesen daher auch dann haftungsneutral entnehmen, wenn *andere* Gesellschafter die ihnen zugeteilten Vorverluste noch nicht ausgeglichen haben. In diesem Fall kann ein Gewinn haftungsneutral entnommen werden, obwohl das Gesellschaftsvermögen global die Höhe der insgesamt von allen Gesellschaftern geleisteten Einlagen noch unterschreitet.

2. Ausweis im Eigenkapital als Rechtsfolge der Leistung einer haftungsbefreienden Einlage

Um sicherzustellen, dass die von den Kommanditisten geleisteten haftungsbefreienden Einlagen nicht durch eine Gewinnausschüttung in ihrer Substanz beeinträchtigt werden, sind alle haftungsbefreienden Einlagen der Kommanditisten zwingend im Jahresabschluss der KG im Eigenkapital auszuweisen.[690] Rechtsfolge jeder Leistung einer haftungsbefreienden Einlage ist also bilanzrechtlich die Pflicht zu ihrem Ausweis als Einlage im Eigenkapital der Gesellschaft. Um der Wertung des § 172 Abs 3 UGB zu entsprechen, hat die Höhe des Ausweises im Eigenkapital dabei *nicht* nach der Bewertung der Einlage im Innenverhältnis oder dem beizulegenden Wert iSd Rechnungslegungsrechts zu erfolgen, sondern anhand des Werts der Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB.[691]

Insofern erscheint die österreichische rechnungslegungsrechtliche Literatur ergänzungsbedürftig. Diese geht davon aus, dass lediglich die *Kapitalanteile* der Kommanditisten verpflichtend ins Eigenkapital der Gesellschaft einzustellen wären.[692] Ähnlich wie bei den Kapitalgesellschaften wäre der feste Kapitalanteil auszuweisen, wobei noch nicht geleistete Einlagen bis zu ihrer Einforderung im Eigenkapital davon abzusetzen wären (zB: Kommanditist A: Kapitalanteil 1.000 – davon geleistet: 500). Dies ist für eine

690 Insoweit zutr *K. Schmidt* in FS Goerdeler 487 (498 f); vgl *Huber* 210 ff; diesem folgend *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2902 ff; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 42; *Wiedemann*, GesR II 804; *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 61, 126; s auch *Diregger/Eckert*, RdW 2013, 579 (586); *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2857; vgl auch BGH II ZR 78/89 BGHZ 109, 334 (339); *Pauli* 22; *Wiedemann*, GesR II 802; *Horn* in *Heymann*, HGB II[2] § 171 Rz 16; allgemein vor allem zum Kapitalgesellschaftsrecht *Gelter*, GesRZ 2004, 177 (179); *Hügel*, GesRZ 1992, 258 (260); *ders*, GesRZ 1993, 29 (34).

691 Vgl *K. Schmidt* in FS Goerdeler 487 (498 f); *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2857 mit Hinweis auf BGH II ZR 78/89 BGHZ 109, 334; auch *Diregger/Eckert*, RdW 2013, 579 (586); vgl auch *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 49: Bilanzierung Folge, nicht Voraussetzung der Anrechnung; *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 41: Bilanz dürfe die Wirklichkeit „nur abbilden, nicht vorgeben". S zur bilanziellen und haftungsrechtlichen Beurteilung von nicht aktivierungsfähigen, aber iSd § 171 Abs 1 UGB für die Gesellschaft werthaltigen Leistungen noch unten III.D.8. [249].

692 *Djanani/Bitzyk* in *Bertl/Mandl*, Handbuch RLG B.II.3.2.ee/Allgemeines: passivseitiger Ausweis der Einlage „mit dem Nennbetrag der dafür gewährten Gesellschaftsanteile"; ebenso *Urnik/Urtz* in WK UGB II[3] § 202 Rz 13; auch *Kalss/Eckert*, GesRZ 2008, 81 (90); *Sudhoff*, Rechte und Pflichten des Kommanditisten[3] 16 f; vgl *oV*, BBi 2014, 2: bedungene Pflichteinlage sei auszuweisen, nicht eine davon allfällig abweichende Haftsumme; *Igerz*, GesRZ 1992, 116; *Wiedemann*, GesR II 798, 802 („Pflichteinlagen" als „haftendes Eigenkapital" auszuweisen); *Oldenstädt*, Bilanzrecht der Kommanditgesellschaft (Diss 1996) 47 f. Nach einer Mindermeinung in der rechnungslegungsrechtlichen Literatur besteht jedenfalls bei KG ohne natürliche Person als Komplementär ein *Wahlrecht*, alternativ anstelle der Kapitalanteile die Haftsummen der Kommanditisten im Eigenkapital der KG auszuweisen: *AFRAC*, EK der Co KG, Basis for Conclusions zu Rz 12; vgl *C. Nowotny* in GedS W.-D. Arnold 101 (106): Angabe der „Hafteinlage" im Eigenkapital sei nicht geboten, aber zweckmäßig; gegenteilig *ders* in WK UGB II[3] § 198 Rz 20: Aufnahme der „Hafteinlage" in den Jahresabschluss sei nicht möglich; vgl *Pauli* 124 f; auch *Hirschler/Schiebel/Six* in *Hirschler*, Bilanzrecht § 198 Abs 1 Rz 21.

gesetzestypische KG ausreichend, bei der die von den Kommanditisten geleisteten Einlagen im Innen- und Außenverhältnis übereinstimmen und bei denen der Kapitalanteil des Kommanditisten seiner Haftsumme entspricht. Fallen Pflichteinlage und haftungsbefreiende Einlage aber auseinander, so muss es für den gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz letztlich darauf ankommen, dass die von den Kommanditisten geleisteten haftungsbefreienden Einlagen vollständig im Eigenkapital der KG verbucht sind. Übersteigt die von einem Kommanditisten geleistete haftungsbefreiende Einlage seinen Kapitalanteil, ist die Differenz daher im Eigenkapital gesondert auszuweisen.[693]

Beispiel: Ein Kommanditist mit Kapitalanteil 100 und Haftsumme 5.000 hat eine haftungsbefreiende Einlage im Wert von 5.000 an die Gesellschaft geleistet. Die *gesamte* haftungsbefreiende Einlage ist im Eigenkapital der Gesellschaft zu verbuchen. Folgender Ausweis wird vorgeschlagen (der Einfachheit halber wird angenommen, dass die KG ansonsten über kein Eigenkapital verfügt):

Eigenkapital	
Kommanditist A:	
Kapitalanteil	100
davon geleistet	100
sonstige geleistete Einlagen iSd § 171 Abs 1 UGB	4.900
Eigenkapital gesamt	5.000

Wie sich aus § 172 Abs 3 S 2 UGB ergibt, bleibt der Kommanditist, der eine Einlage geleistet hatte, auch dann von seiner Außenhaftung frei, wenn die Einlage in der Folge durch Gesellschaftsverluste aufgezehrt wird. Einen Gewinn kann der Kommanditist nach dieser Bestimmung freilich erst dann haftungsneutral entnehmen, wenn er die ihm zugewiesenen Verlustanteile aus Vorjahren wieder ausgeglichen hat. Um diesen von § 172 Abs 3 S 2 UGB normierten Rechtsfolgen bilanziell zur Geltung zu verhelfen, darf der für eine haftungsbefreiende Einlage gebildete Posten im Eigenkapital auch nicht zur Verlustverrechnung aufgelöst werden. Erst wenn eine haftungsbefreiende Einlage gesellschaftsrechtlich nicht länger als geleistet gilt, ist mE auch ihre rechnungslegungsrechtliche Ausbuchung aus dem Eigenkapital zulässig.[694]

693 Unzutreffend *C. Nowotny* in WK UGB II[3] § 198 Rz 20: Aufnahme der „Hafteinlage“ in den Jahresabschluss sei nicht möglich.

694 Vgl unten III.C.3. [224] bei und in Fn 701.

Zur Not dürfte für den gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz aber auch ein Ausweis der haftungsbefreienden Einlage im Eigenkapital unter einer anderen Bezeichnung genügen, insbesondere durch die Bildung einer Rücklage.[695] Denn auch durch die Bildung einer Rücklage wird Gesellschaftsvermögen von der Gewinnverteilung ausgeschlossen. Unbeschadet ihrer Bezeichnung repräsentiert diese Rücklage dann freilich eine Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB. Für die Auflösung einer solchen Rücklage gelten daher dieselben Beschränkungen wie für die Auflösung von „als Einlage" im Eigenkapital ausgewiesenen Beträgen. Anders als die gebundenen Kapitalrücklagen des Kapitalgesellschaftsrechts (§ 229 Abs 4 ff UGB) dürfen die für eine haftungsbefreiende Einlage gebildeten Rücklagen daher mE grundsätzlich nicht zur Verlustverrechnung aufgelöst werden (Nachdotierungsobliegenheit), solange gesellschaftsrechtlich eine haftungsbefreiende Einlage als geleistet (und auch nicht wieder zurückgewährt) gilt.

Den bisherigen Ausführungen entsprechend ist ein „Gewinn", der nur durch die erfolgswirksame Verbuchung von Einlagenleistungen iSd § 171 Abs 1 UGB entstanden ist, mE kein haftungsneutral ausschüttbarer Gewinn iSd § 172 Abs 3 UGB,[696] sondern kann allenfalls unter den Voraussetzungen des § 172 Abs 4 UGB gutgläubig als vermeintlicher Gewinn haftungsneutral bezogen werden[697]. Der haftungsneutral an die Kommanditisten ausschüttbare Gewinn iSd § 172 Abs 3 UGB ist dagegen nur jener Bilanzgewinn, der nach einer vollen Berücksichtigung aller von den Kommanditisten geleisteten, haftungsbefreienden Einlagen iSd § 171 Abs 1 UGB im Eigenkapital der KG verblieben wäre.

> **Beispiel:** Eine KG wird neu gegründet, die Kommanditisten leisten haftungsbefreiende Bareinlagen iHv insgesamt 5.000, die auch in Höhe von 5.000 bilanziell aktiviert werden. Das bilanzielle Nettoaktivvermögen der KG beträgt daraufhin ebenfalls 5.000. Im bilanziellen Eigenkapital der KG werden aber lediglich „geleistete Pflichteinlagen" iHv insgesamt 3.000 ausgewiesen. Die Leistung der Einlagen wurde also iHv 2.000 erfolgswirksam verbucht. Der Komplementär hat keine Einlage geleistet. Noch bevor das bilanzielle Gesellschaftsvermögen durch weitere Geschäftsvorfälle verändert würde, wird in der Eröffnungsbilanz ein Eröffnungsgewinn von 2.000 ausgewiesen aufgrund eines einstimmigen Gesellschafterbeschlusses an die Gesellschafter ausgeschüttet. Es liegt aber gar kein

---

695 Vgl *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 12: Gutschrift von Gewinnen auf Rücklagenkonto haftungsbefreiend; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 6: Zur Leistung der Einlage sei „Rücklagekonto" bzw Kapitalkonto II geeignet; das Rücklagekonto habe den Charakter einer Pflichteinlage (aaO § 169 Rz 8); *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 42: Die Bildung offener Rücklagen sei wie das Stehenlassen von Gewinnen haftungsbefreiend.

696 Vgl *Günter* 71 ff, insb 76 ff; *Schulze-Osterloh*, ZGR 1991, 488 (512).

697 Vgl dazu *Schulze-Osterloh*, ZGR 1991, 488 (515 f).

ausschüttungsfähiger Gewinn iSd § 172 Abs 3 UGB vor. Denn wären die 5.000 ordnungsgemäß im Eigenkapital als „haftungsbefreiende Einlagen" ausgewiesen worden, wäre es zu gar keinem ausweisbaren Gewinn gekommen. Soweit die Kommanditisten nicht gem § 172 Abs 4 UGB gutgläubig auf das Bestehen eines iSd § 172 Abs 3 UGB ausschüttungsfähigen Gewinns vertraut haben (davon ist hier wohl nicht auszugehen), lebt ihre Haftung auf, soweit sie sich den „Gewinn" von der Gesellschaft auszahlen lassen.

3. Leistung „als Eigenkapital" als Voraussetzung der Haftungsbefreiung

Aus dem dargestellten Zusammenhang von Kapitalerhaltung und Gewinnermittlung ergibt sich mE noch eine zweite Schlussfolgerung. Entgegen der Verrechnungstheorie befreit nur Kapital, das der Gesellschaft auch *als Eigenkapital zugeführt wurde*, den Kommanditisten gem § 171 Abs 1 UGB von seiner Außenhaftung:

Nach der Verrechnungstheorie stellt jede dem Kommanditisten zurechenbare, tatsächliche Vermehrung des Gesellschaftsvermögens eine haftungsbefreiende Einlagenleistung iSd § 171 Abs 1 UGB dar. Nun ist, wie soeben erörtert, jede haftungsbefreiende Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB bilanziell im Eigenkapital der KG auszuweisen, um einen Rückfluss der Einlagen an die Gesellschafter im Rahmen einer Gewinnausschüttung auszuschließen. Konsequenz der Verrechnungstheorie wäre es daher auch, dass jede dem Kommanditisten zurechenbare Vermehrung des Gesellschaftsvermögens zwingend im Eigenkapital der KG als Einlagenleistung iSd § 171 Abs 1 UGB auszuweisen wäre. Davon ausgehend erweist sich die Verrechnungstheorie mE als unrichtig:

Zum ersten wäre die Jahresabschlusserstellung praktisch kaum durchführbar, wenn iSd Verrechnungstheorie jede objektive Vermögenszuwendung des Kommanditisten an die Gesellschaft bilanziell im Eigenkapital der KG zu erfassen wäre – und zwar mit dem Wert der Leistung gem § 171 Abs 1 UGB[698]. Die verhältnismäßig geringsten Probleme dürften Fälle verursachen, in denen eine Zuwendung *causa societatis* von den Gesellschaftern intendiert war, zB wenn der Kommanditist der Gesellschaft eine Sache geschenkt hat. Auch in solchen Fällen müsste der Komplementär bei der Jahresabschlusserstellung dann aber möglicherweise gesonderte Bewertungsgutachten einholen, um den Wert der Zuwendung für die Gesellschaft gem § 171 Abs 1 UGB zumindest näherungsweise feststellen zu können.

[698] Oben Fn 691.

Problematischer wäre schon die Bilanzierung von Drittgeschäften: Nach der Verrechnungstheorie wird der Kommanditist mit jenem Betrag von seiner Außenhaftung frei, um den der Wert der von ihm an die Gesellschaft erbrachten Leistung den Wert der Gesellschaftsleistung überstiegen hat. Folglich müsste der Komplementär jedes mit einem Kommanditisten abgeschlossene Drittgeschäft darauf hin überprüfen, ob der Wert der vom Kommanditisten erbrachten Leistung den Wert der Gesellschaftsleistung (möglicherweise auch in ganz geringem Ausmaß) überstiegen hat.

> **Beispiel:** Ein Kommanditist verkauft einen Gegenstand mit tatsächlichem Wert iSd § 171 Abs 1 UGB von 100 um 80 an die Gesellschaft. Nach der Verrechnungstheorie würde der Kommanditist dadurch in Höhe von 20 von seiner Außenhaftung frei werden. Bilanziell müssten dann im Jahresabschluss der Gesellschaft diese 20 als Zuwendung iSd § 171 Abs 1 UGB im Eigenkapital ausgewiesen werden. Dafür wäre der Kaufgegenstand auch mit 100 (und nicht bloß dem vereinbarten Entgelt von 80) zu aktivieren. Im Hinblick auf den Gläubigerschutz unzureichend wäre es dagegen, den Kaufgegenstand bloß in Höhe von 80 zu aktivieren, und einen Ausweis im Eigenkapital zu unterlassen.

Noch problematischer wäre, dass nach überwiegender, mE zutreffender Ansicht auch Dienstleistungen (ab Erbringung) oder die Überlassung von Knowhow grundsätzlich taugliche Gegenstände haftungsbefreiender Einlagenleistung sind (oben II.D.6.c. [70]). ISd Verrechnungstheorie müsste dann jede tatsächliche Handlung des Kommanditisten daraufhin überprüft werden, ob der Kommanditist der Gesellschaft durch die Handlung tatsächlich irgendeinen vermögenswerten Vorteil verschafft hat. Eine „haftungsbefreiende Einlagenleistung“ würde iSd Verrechnungstheorie zB vorliegen, wenn der Kommanditist der Gesellschaft einen „Tipp“ gegeben hat, der zu einem Geschäftsabschluss mit einem Dritten geführt hat; der Komplementär müsste diesen Vorteil ermitteln und als „Einlagenleistung“ im Eigenkapital ausweisen. Im Ergebnis wäre die richtige Bilanzerstellung bei konsequenter Anwendung der Verrechnungstheorie praktisch wohl kaum durchführbar.

Auch der Gläubigerschutz würde darunter leiden, wenn jede noch so kleine und noch so leicht übersehbare objektive Vermögenszuwendung des Kommanditisten an die Gesellschaft diesen *ex lege* von seiner Außenhaftung befreien würde. Denn ein Schutz der Gesellschaftsgläubiger vor einem haftungsneutralen Rückfluss der Einlagen an die Kommanditisten erschiene jedenfalls in der Praxis kaum sichergestellt, wenn der ordnungsgemäße Ausweis aller haftungsbefreienden Einlagen im Eigenkapital auch einem redlichen Komplementär kaum möglich wäre. Dem Komplementär wäre schwerlich ein Vorwurf zu machen, wenn er nicht alle objektiven, auch informellen Vermögensverschiebungen zwischen Kommanditist und Gesellschaft bilanziell erfasst.

Trotzdem müsste ein Gesellschaftsgläubiger nach der Verrechnungstheorie damit rechnen, dass der Kommanditist sich dem Gläubiger gegenüber auf die Zuwendung von Vermögensvorteilen an die Gesellschaft beruft, die aus der Bilanz nicht hervorgehen, und die deshalb vielleicht schon längst bilanziell realisiert und an einen zweiten Kommanditisten ausgeschüttet worden sind. Auch von diesem zweiten Kommanditisten wäre haftungsrechtlich in der Regel nichts zu holen, weil dessen guter Glaube auf die Richtigkeit des bilanziellen Ausweises durch § 172 Abs 4 UGB geschützt wäre:[699] Auch ein „fehlerhafter" Jahresabschluss, der nicht sämtliche informellen Leistungen der Kommanditisten an die KG ausweist, führt nämlich gem § 172 Abs 4 UGB zu einem haftungsneutralen Empfang eines fälschlicherweise ausgewiesenen Gesellschaftsgewinns, wenn die Kommanditisten beim Gewinnempfang bloß gutgläubig waren. In Fällen, in denen aber nicht einmal einem redlichen Komplementär die objektive Mehrung des Gesellschaftsvermögens durch einen Kommanditisten auffällt, wird ein zweiter, den Gewinn entnehmender Kommanditist in aller Regel erst recht gutgläubig sein. Daher sind Zweifel angebracht, ob eine bilanzielle Pflicht zum Ausweis jeder tatsächlichen Vermehrung des Gesellschaftsvermögens iSd Verrechnungstheorie die Gesellschaftsgläubiger vor einer Verflüchtigung des Haftungsfonds durch Ausschüttungen an dritte Kommanditisten effektiv schützen kann.

> **Beispiel:** Ein Gesellschaftsgläubiger verlangt vom Kommanditisten A Zahlung von 100 gem § 171 Abs 1 UGB. A wendet ein, durch die Leistung einer Einlage an die Gesellschaft haftungsfrei geworden zu sein. A habe nämlich der KG vor zwei Jahren kostenlose Rechtsberatung erteilt. Dadurch seien der KG Kosten iHv zumindest 100 erspart worden, die andernfalls durch die Heranziehung eines Rechtsanwalts durch die KG entstanden wären. ISd Verrechnungstheorie sei A dadurch iHv 100 von seiner Außenhaftung frei geworden. Im Jahresabschluss der KG ist die Rechtsberatung freilich nicht als „Zuwendung" an die KG ausgewiesen worden. Die ersparten Kosten haben stattdessen den ausschüttbaren Gewinn unmittelbar um 100 vermehrt. Der höhere Gewinn ist an die Kommanditisten B und C ausgeschüttet worden. Die Außenhaftung von B und C ist dadurch freilich nicht aufgelebt, weil B und C die Unrichtigkeit des Jahresabschlusses unbekannt gewesen ist; B und C haben den Gesellschaftsgewinn gem § 172 Abs 4 UGB gutgläubig bezogen. A wäre nach der Verrechnungstheorie aber von seiner Außenhaftung frei geworden, weil er eine werthaltige Leistung an die Gesellschaft erbracht hat, und selbst an der fraglichen Gewinnausschüttung auch nicht teilgenommen hat.

Vor allem spricht gegen die Verrechnungstheorie aber, dass den Gesellschaftern einer Personengesellschaft eine Dispositionsbefugnis bei der Frage zukommt, welche Leistungen

---

699 Vgl auch *Schulze-Osterloh*, ZGR 1991, 488 (515 f).

eines Kommanditisten an die Gesellschaft überhaupt im Eigenkapital gebundenes Bilanzvermögen werden bzw bleiben sollen. Es ist unstrittig, dass die Gesellschafter jedenfalls nachträglich die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung treffen können, dass die von einem Kommanditisten bereits geleistete Einlage auf einen anderen Gesellschafter übertragen werden soll („Umbuchung").[700] Zulässig ist es auch, dass die Einlage eines Kommanditisten nachträglich bilanziell aufgelöst und der Gewinnverteilung zugeführt wird, wenn sich der betroffene Kommanditist bloß mit der Rechtsfolge einverstanden erklärt hat, dass dadurch auch seine Haftung gem § 172 Abs 3 UGB erneut auflebt.[701] Denn „gebundenes Eigenkapital", dessen bilanzielle Auflösung verboten wäre, kennt das Personengesellschaftsrecht genauso wenig (vgl § 221 Abs 5 UGB idF RÄG 2014) wie ein formelles Verfahren über die Kapitalherabsetzung[702]. Wenn aber die nachträgliche bilanzielle Auflösung einer Einlage zulässig ist, muss es dann genauso gesellschaftsvertraglicher Vereinbarung zugänglich sein, ob bzw inwieweit eine Leistung, die der Kommanditist an die Gesellschaft erbringt, überhaupt anfänglich als bilanziell gebundenes Vermögen im Eigenkapital der KG einzubuchen ist. Dies ist der Kern der in der rechnungslegungsrechtlichen Literatur herrschenden Ansicht, wonach bei Zuwendungen von Gesellschaftern einer Personengesellschaft, die *nicht* als Pflichteinlage geleistet worden sind, ein Wahlrecht zur erfolgswirksamen Verbuchung dieser Zuwendung bestünde.[703] Insoweit ist dieser Ansicht auch zuzustimmen. Haftungsrechtliche Konsequenz dieses bilanziellen Wahlrechts muss jedoch sein, dass eine Zuwendung, die nach dem Gesellschaftsvertrag bilanziell erfolgswirksam zu verbuchen ist, den Kommanditisten auch nicht gem § 171 Abs 1

---

700 S dazu mN schon oben bei und in Fn 621, insb Fn 625.

701 Vgl auch *Hügel*, GesRZ 1992, 258 (260). Umgekehrt kann ein Kommanditist, der der bilanziellen Auflösung seiner Einlage im Eigenkapital der Gesellschaft (bzw schon der ursprünglichen Nicht-Zuweisung zum Eigenkapital) zugestimmt hat, sich auch nicht länger auf die Leistung einer haftungsbefreienden Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB berufen: vgl *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 126; *Huber* 210 ff; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 6; vgl auch *Wünsch*, GesRZ 1974, 34 (37): Unterzeichnung der Bilanz kann Anerkenntnis der Richtigkeit der Verbuchung von Posten auf einem Kapital- bzw Forderungskonto sein mit Folgen für die Höhe des variablen Kapitalanteils, Verlustbeteiligung etc.

702 Vgl Reichstagsvorlage HGB 1897, 114 und dazu oben Fn 324. Nach mE unrichtiger Rechtsprechung bestehen allerdings bei KGs ohne natürliche Person als unbeschränkt haftendem Gesellschafter Einschränkungen hinsichtlich der Auskehr der geleisteten Einlagen an die Kommanditisten gem § 82 Abs 1 GmbHG analog: unten VI. [299].

703 Ausdrücklich *Djanani/Bitzyk* in *Bertl/Mandl*, Handbuch RLG B.II.3.2.ee/Allgemeines; *Urnik/Urtz* in WK UGB II[3] § 202 Rz 13 mwN; *Nowotny* in WK UGB II[3] § 198 Rz 21; s auch oben Fn 692; vgl zum Kapitalgesellschaftsrecht *Schulze-Osterloh*, NZG 2014, 1 (4) mit Hinweis auf BT-Drucksache 10/4268, 107; aA *Hügel*, GesRZ 1992, 259 (264) wegen § 195 S 3 UGB; *Diregger/Eckert*, RdW 2013, 579 (586), wobei unklar ist, ob sich *Diregger/Eckert* dabei nur auf Personengesellschaften ohne natürliche Person als unbeschränkt haftenden Gesellschafter beziehen; krit auch *Gassner*, FJ 1990, 183 f.

UGB von seiner Außenhaftung befreien kann (vgl soeben 2. [221]):[704] Haftungsbefreiende Einlagen sind im Eigenkapital zu verbuchen. Den Gesellschaftern kommt ein Wahlrecht zu, ob sie der Gesellschaft Vermögen als Eigenkapital zuführen oder erfolgswirksam als sonstiges Vermögen. *Ergo* kommt den Gesellschaftern auch ein Wahlrecht zu, ob sie eine Leistung an die Gesellschaft überhaupt als haftungsbefreiende Einlage erbringen.

Zusammenfassend sind daher zunächst bilanziell alle von den Kommanditisten geleisteten, haftungsbefreienden Einlagen iSd § 171 Abs 1 UGB zwingend im Eigenkapital der Gesellschaft auszuweisen (soeben III.C.2. [221]). Die besseren Gründe sprechen aber mE dafür, mit der Vertragstheorie auch im Tatbestand von § 171 Abs 1 UGB darauf abzustellen, ob von den Gesellschaftern überhaupt die Zuführung von haftendem Eigenkapital beabsichtigt war.[705] Denn damit wird erstens dem Umstand Genüge getan, dass die Gesellschafter ein Wahlrecht bei der Frage haben, ob sie der Gesellschaft haftendes Eigenkapital, oder aber sonstiges Vermögen zuführen, das bilanziell dem Gesellschaftsgewinn zuzurechnen ist; wird der Gesellschaft erfolgswirksam Vermögen zugewendet, kann diese Zuwendung dann aber auch nicht den Tatbestand von § 171 Abs 1 UGB erfüllen, weil die Zuwendung sogleich wieder im Rahmen einer Gewinnausschüttung an die Gesellschafter ausgekehrt zu werden droht. Zweitens wäre es in der Praxis kaum handhabbar, wenn *jede* auch drittvertragliche oder rechtsgrundlose objektive Vermögenszuführung den Kommanditisten von seiner Außenhaftung befreien würde, dafür aber auch bilanziell im Eigenkapital der KG erfasst werden müsste.

Thesen: Jede objektiv werthaltige Leistung des Kommanditisten, deren Wert bilanziell im Eigenkapital der Gesellschaft zu verbuchen ist, genügt zur Haftungsbefreiung. Umgekehrt sind Leistungen, die den Kommanditisten gem § 171 Abs 1 UGB von seiner Außenhaftung befreien, bilanziell im Eigenkapital der Gesellschaft zu verbuchen.

Dies ist nicht iS eines Zirkelschlusses gemeint: Wenn eine Vermögenszuwendung des Kommanditisten von den Gesellschaftern als Gegenstand einer Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB vereinbart worden ist, so folgt daraus erstens, dass die Leistung den Kommanditisten auch von seiner Außenhaftung befreit und zweitens, dass die Leistung deswegen auch bilanziell im Eigenkapital einzubuchen ist. Soweit sich aus anderen Umständen ergibt, dass der Gesellschaft *Eigenkapital* zugeführt werden sollte, folgt daraus erstens, dass die Leistung

704 Vgl insb *Huber* 195 ff; s auch die Nw oben Fn 654.
705 S die Nw oben Fn 645; *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 69; vgl auch oben Fn 241.

bilanziell im Eigenkapital auszuweisen ist und zweitens, dass die Leistung den Kommanditisten auch gem § 171 Abs 1 UGB von seiner Außenhaftung befreit. Sonstige Leistungen eines Kommanditisten, die erfolgswirksam in den Jahresabschluss einfließen, sind dagegen auch keine Einlagenleistung iSd § 171 Abs 1 UGB. Beispiele für letztere Fallgruppen wären insbesondere drittgeschäftliche Leistungen sowie Gesellschaftsvorteile, die aus rechtsgrundlosen, rein faktischen Handlungen eines Kommanditisten resultieren. Relevante Fallgruppen werden im Folgenden näher dargestellt.

D. Einzelfälle

1. Leistung „auf die Einlage"

Eine werthaltige Leistung des Kommanditisten an die Gesellschaft, die auf die gesellschaftsvertraglich bedungene Pfichteinlage erfolgt, befreit den Kommanditisten daher im Allgemeinen[706] von seiner Außenhaftung. Bilanziell ist die Leistung als Einlage im Eigenkapital zu verbuchen.

Wenn in der Literatur darüber hinaus vertreten wird, dass eine Einlagenleistung nur vorliegt, wenn der Gesellschaft „endgültig" Vermögenswerte zugeführt wurden,[707] die das haftende Gesellschaftsvermögen „dauerhaft" vermehren[708], ist dies im System der §§ 171 ff UGB dagegen missverständlich: Gem § 172 Abs 3 UGB ist eine Einlagenrückgewähr grundsätzlich zulässig, und hat lediglich das Aufleben der Kommanditistenhaftung zur Folge.[709] Dass die Einlage völlig frei von gewinnunabhängigen Gegenansprüchen geleistet werden müsste,[710] ist deshalb mE unrichtig.[711] Sehr wohl erforderlich ist neben der grundsätzlichen Werthaltigkeit der geleisteten Einlage aber, dass eine haftungsbefreiende

---

706 S lediglich zu Einlagen, die mit einer negativen Tilgungsbestimmungen geleistet wurden, unten 6. [244].

707 *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 9, vgl aber auch dort Rz 49: handelt es sich bei einem Darlehen sozialrechtlich um eine „bewegliche Einlage", sei sie haftungsbefreiend; vgl auch *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 12; *K. Schmidt*, ZHR 154 (1990) 237 (248): „endgültige Mittelaufbringung"; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2964: „materieller Eigenkapitalcharakter"; ähnl *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 62 ff; vgl aber auch OGH 6 Ob 743/80 SZ 54/42.

708 *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 37.

709 Die KG kennt insofern kein Kapitalerhaltungsgebot: Oben II.C. [46]; s auch die Nw oben Fn 115 f.

710 So aber OLG München 23 U 2030/90 ZIP 1990, 1266 (obiter); *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (418 f); *Horn* in *Heymann*, HGB II[2] § 171 Rz 14; vgl *Potsch* 129; auch *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 43 (Gegenforderungen bei der Einlagenbewertung zu berücksichtigen); *Koch* 29 f; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2876.

711 Vgl *Gramlich*, NJW 1967, 1447 (1450); *Konietzko* 25 f; auch *Müßigbrodt*, Aufrechnung 14; *K. Schmidt* in FS Goerdeler 487 (498); s zur Beurteilung von Gesellschafterdarlehen noch unten 3. [235].

Einlage bis zu ihrer tatsächlichen Rückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB auch bilanziell im Eigenkapital der KG ausgewiesen wird.

Eine Leistung des Kommanditisten, die der Gesellschaft nur zeitlich befristet überlassen wird, gesellschaftsvertraglich aber eindeutig *als Einlage* bezeichnet worden ist, befreit den Kommanditisten daher bis zu ihrer tatsächlichen Rückgewähr ebenfalls von seiner Außenhaftung. Nichtsdestoweniger muss auch eine solche Einlage eine gewisse Form der „Bindung" aufweisen. Diese beschränkt sich auf zwei Aspekte: Erstens auf den angesprochenen bilanziellen Ausweis, sodass der Wert der Einlage vor einer haftungsneutralen Ausschüttung als Gewinn an die Kommanditisten geschützt ist; wird die Einlage doch zurückgewährt, lebt die Haftung des empfangenden Kommanditisten gem § 172 Abs 3 UGB erneut auf. Zweitens auf die Nachrangigkeit allfälliger, im Innenverhältnis bestehender Forderungen des Kommanditisten auf Rückgewähr seiner haftungsbefreiender Einlage in der Gesellschaftsinsolvenz. Dies ergibt sich mE aus § 172 Abs 3 iVm § 171 Abs 2 UGB, weil der Kommanditist eine iSd § 172 Abs 3 UGB von der Gesellschaft zurück erhaltene Einlage sogleich gem § 171 Abs 2 UGB an den Insolvenzverwalter zurück leisten müsste; ein entsprechendes Zahlungsverlangen des Kommanditisten wäre deshalb rechtsmissbräuchlich (s näher oben II.E.3.d. [139]).

Die Forderung, dass im Tatbestand des § 171 Abs 1 UGB darauf abzustellen sei, dass die haftungsbefreiende Einlage nach der Parteienvereinbarung frei von gewinnunabhängigen Gegenforderungen geleistet werden müsste, ist daher abzulehnen. Denn die Nachrangigkeit etwaiger Gegenforderungen ist wie dargelegt mE bereits *Rechtsfolge* von § 172 Abs 3 iVm § 171 Abs 2 UGB;[712] ihre Aufnahme in den Tatbestand von § 171 Abs 1 UGB wäre insofern redundant. Dass der Kommanditist *überhaupt* auch außerhalb der Gesellschaftsinsolvenz auf eine Einlagenrückgewähr verzichten müsste, lässt sich aus § 172 Abs 3 UGB gerade nicht ableiten. Jede Leistung „auf die Einlage" bildet daher nicht nur bilanzielles Eigenkapital, sondern befreit den Kommanditisten auch gem § 171 Abs 1 UGB von seiner Außenhaftung – unabhängig etwaiger schuldrechtlicher Gegenforderungen des Kommanditisten im Innenverhältnis. Die Außenhaftung des Kommanditisten lebt freilich gem § 172 Abs 3 UGB erneut auf, sobald die Gesellschaft die Gegenforderung tatsächlich erfüllt (oben II.E.3. [133]).

> **Beispiel:** Ein Kommanditist hat der KG eine Pflichteinlage von 100 überlassen. Laut Gesellschaftsvertrag hat der Kommanditist das Recht, diese Einlage jederzeit wieder aus der

[712] Vgl BGH II ZR 16/81 NJW 1982, 2253 [*K. Schmidt*].

Gesellschaft zu entnehmen. Die Einbringung der 100 befreit den Kommanditisten mE trotzdem von seiner Außenhaftung. Mit Ausübung des Entnahmerechts lebt die Außenhaftung des Kommanditisten freilich gem § 172 Abs 3 UGB erneut auf. Bis zur tatsächlichen Entnahme sind die 100 im Eigenkapital der KG als geleistete Einlage auszuweisen. In der Gesellschaftsinsolvenz kann der Kommanditist sein Entnahmerecht nicht ausüben bzw als Insolvenzforderung anmelden. Denn der Insolvenzverwalter kann der Forderung des Kommanditisten entgegenhalten, dass der Kommanditist den empfangenen Betrag sogleich gem § 171 Abs 2 UGB erneut an den Insolvenzverwalter leisten müsste; die Einlage bleibt insofern im Massevermögen gebunden (oben II.E.3.d. [139]). Ob die Gesellschafter ausdrücklich die Nachrangigkeit des Entnahmerechts vereinbart haben, ist deshalb ohne tatsächliche Bedeutung.

In anderem Zusammenhang ist die Frage, ob der Kommanditist der Gesellschaft Vermögen „dauerhaft" überlassen hat, für § 171 Abs 1 UGB aber durchaus von Bedeutung. In Fällen, in denen ansonsten unklar ist, ob der Gesellschaft Eigen- oder Fremdkapital zugeführt werden sollte, ist die dauerhafte Mittelüberlassung nämlich ein Indiz für die Zuführung von Eigenkapital. Insbesondere bei der Frage, ob ein Gesellschafterdarlehen den Charakter von Eigenkapital aufweist, kommt es in Zweifelsfällen darauf an, inwieweit das Darlehen der Gesellschaft dauerhaft überlassen ist und inwieweit für den Darlehensrückzahlungsanspruch die Nachrangigkeit vereinbart worden ist: s unten 3. [235]. Hat der Kommanditist seine Leistung dagegen ausdrücklich „auf die Einlage" erbracht, ist gesellschaftsrechtlich klar, dass iSd § 171 Abs 1 UGB eine Einlagenleistung intendiert war, die dann auch bilanziell als Eigenkapital zu verbuchen ist.

2. Leistung „auf die Haftsumme"

a. Allgemeines

Auch wenn der Kommanditist eine Leistung unter dem sozialrechtlichen Titel einer Leistung „auf die Haftsumme", „auf die Haftung", „auf die haftungsbefreiende Einlage" odgl an die Gesellschaft erbracht hat, wird er dadurch von seiner Außenhaftung frei.[713]

Im Innenverhältnis ist die Gesellschaft zur Annahme einer „Leistung auf die Haftsumme" allerdings nach der zutreffenden hM nur verpflichtet, soweit die Haftsumme die bedungene Pflichteinlage dem Werte nach übersteigt.[714] Denn aus der Treuepflicht lässt sich zwar ableiten, dass die Gesellschaft dem Kommanditisten im Zweifel die Möglichkeit geben muss, sich durch eine Leistung an die Gesellschaft von seiner Außenhaftung zu befreien.[715]

---

713 S die Nw oben Fn 659.
714 Vgl *K. Schmidt*, Einlage 8 f, 40 ff; *Potsch* 122; s auch die Nw oben Fn 659.
715 Zutr *Potsch* 123.

Soweit sich der Kommanditist aber auch durch Leistung der bedungenen Pflichteinlage von seiner Außenhaftung befreien könnte, ist davon auszugehen, dass sich der Kommanditist im Innenverhältnis im Zweifel auch *nur* durch Leistung der vereinbarten Einlage von seiner Außenhaftung befreien soll.

Zu einem Recht auf eine Leistung auf die Haftsumme kann es im Innenverhältnis insbesondere auch dann kommen, wenn der gesellschaftsvertraglich festgeschriebene Wert einer Sacheinlage zwar grundsätzlich der Haftsumme entspricht, die Einlage aber im Innenverhältnis überbewertet wurde.[716] In diesem Fall ist der Kommanditist berechtigt, eine zusätzliche Barleistung in Höhe der Differenz zwischen Haftsumme und wahrem Wert der Sacheinlage „auf die Haftsumme" an die Gesellschaft zu leisten. Auch wenn der Kommanditist seine Pflichteinlage von der Gesellschaft zurück erhalten hat, ist er im Allgemeinen zur erneuten Leistung „auf die Haftsumme" an die Gesellschaft berechtigt.[717]

Soweit im Innenverhältnis ein Recht zur Leistung auf die Haftsumme besteht, berechtigt dieses nur zur Leistung von Geld[718] an die Gesellschaft. Der Kommanditist kann sich dementsprechend aber auch von seiner Außenhaftung befreien, indem er eine eigene, auf Geld gerichtete Forderung gegen die Gesellschaft mit seinem Recht zur Leistung auf die Haftsumme aufrechnet (unten V.A. [271]).[719] Dabei kommt es aber nur mit dem wirtschaftlichen Wert der Forderung des Kommanditisten zur Haftungsbefreiung (unten V.D.3. [280]).

Nimmt die Gesellschaft freiwillig eine Sachleistung „auf die Haftsumme" an, wird der Kommanditist freilich ebenso von seiner Außenhaftung frei wie bei einer sonstigen Leistung auf die Haftsumme. Dasselbe gilt, wenn die Gesellschaft eine „Leistung auf die Haftsumme" akzeptiert, obwohl der Kommanditist noch die bedungene Pflichteinlage schuldet.

> **Beispiel:** Ein Kommanditist hat eine Haftsumme von 1.000 übernommen, im Innenverhältnis schuldet er eine Bareinlage von 1.000. Anstelle der Bareinlage möchte der Kommanditist eine Liegenschaft mit

---

716 Vgl *K. Schmidt*, Einlage 8; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 41; *Müßigbrodt*, Aufrechnung 15; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2883; *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 30.

717 Vgl auch OLG München 23 U 2030/90 ZIP 1990, 1266; BGH II ZR 124/61 BGHZ 39, 319.

718 *K. Schmidt*, Einlage 9; *Huber*, ZGR 1988, 1 (20); *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 5; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 41; vgl *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2883; auch *Gursky*, DB 1978, 1261 (1262); *J. Meyer* 155; aA für den ausgeschiedenen Kommanditisten *Tschierschke* 35: Mangels bedungener Pflichteinlage könne der Kommanditist seine „Hafteinlage […] in der vielfältigsten Weise einbringen". Mit Zustimmung aller Gesellschafter kann der Kommanditist auch eine sonstige, grundsätzlich werthaltige (oben II.D. [49]) Sachleistung haftungsbefreiend „auf die Haftsumme" einbringen: *Huber*, ZGR 1988, 1 (20).

719 HM, Nw unten Fn 860.

> Wert 1.000 als Einlage in die Gesellschaft einbringen. Im Innenverhältnis ist der geschäftsführende Komplementär berechtigt (und mangels Zustimmung aller Mitgesellschafter zur Einbringung der Liegenschaft als Sacheinlage wohl auch im Allgemeinen verpflichtet) die Annahme der Liegenschaft an Zahlungs statt für die geschuldete Bareinlage zu verweigern. Davon ist streng das Außenverhältnis zu unterscheiden: Nimmt der Komplementär die Liegenschaft dennoch an, so war nach dem erkennbaren Willen von Kommanditist und Komplementär eine „Leistung der Einlage" intendiert, die wohl (bis zu ihrer allfälligen Rückstellung an den Kommanditisten) bilanziell im Eigenkapital der KG zu verbuchen ist und den Kommanditisten daher mE auch gem § 171 Abs 1 UGB von seiner Außenhaftung befreit.

Erbringt der Kommanditist eine Geldleistung *causa societatis* an die Gesellschaft, und war er im Innenverhältnis auch zu einer Leistung auf die Haftsumme berechtigt, so ist mE im Zweifel auch gem § 863 ABGB davon auszugehen, dass der Kommanditist seine Leistung auch auf die Haftsumme erbracht hat. Denn im Zweifel wird davon auszugehen sein, dass der Kommanditist eine Geldleistung *causa societatis* erbringen wollte, *um* von seiner Außenhaftung frei zu werden.

b. „Leistung auf die Haftsumme" durch ausgeschiedene Kommanditisten

Auch nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft ist der Kommanditist n grundsätzlich zur (erneuten) haftungsbefreienden Leistung an die Gesellschaft „auf die Haftsumme" berechtigt. Das entspricht der heute ganz überwiegenden Ansicht.[720] Dagegen wurde eingewendet, dass durch eine „Leistung auf die Haftsumme" die Rechte der Altgläubiger verletzt würden: Gem § 160 UGB stünde die Haftsumme des ausgeschiedenen Kommanditisten ausschließlich den Altgläubigern zur Verfügung;[721] eine vom ausgeschiedenen Kommanditisten erneut an die Gesellschaft geleistete Einlage würde aber auch den Zugriff durch Neugläubiger erlauben, sodass sich die Altgläubiger nun die Einlage

---

720 *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 42 f; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 35; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2884; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 30; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 53; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 41; *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR[2] §§ 171, 172 HGB Rz 27; *Horn* in *Heymann*, HGB II[2] § 171 Rz 25; vgl auch BGH II ZR 124/61 BGHZ 39, 319; dem BGH folgend *Potsch* 124; *Müßigbrodt*, Aufrechnung 30 f; aber auch *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 37; iE insofern ähnl mit fragwürdiger Begründung *Harrer* 396 f, wonach die Verpflichtung des Kommanditisten auf Leistung einer Einlage mit seinem Ausscheiden fortbestünde; aA *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (70); *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 5, 16; *Lichtenberg* 29 ff mwN zur älteren Literatur, die dem ausgeschiedenen Kommanditisten ein Recht zur „Leistung auf die Haftsumme" absprach, auf Seite 31 f.

721 S dazu oben Fn 495.

mit den Neugläubigern „teilen“ müssten. Dadurch würden die Rechte der Altgläubiger verletzt.[722]

Diese Begründung überzeugt nicht. Zweck der Befreiung des ausgeschiedenen Kommanditisten von der Haftung gegenüber Neugläubigern gem § 160 UGB ist ausschließlich eine Entlastung des ausgeschiedenen Kommanditisten[723]. Gerechtigkeitserwägungen im Verhältnis zwischen Alt- und Neugläubigern untereinander haben für den Gesetzgeber dagegen keine Rolle gespielt.[724] Dass § 160 UGB dazu führt, dass sich die Altgläubiger die Haftsumme des ausgeschiedenen Kommanditisten nicht mehr mit den Neugläubigern teilen müssen, ist deshalb ein bloßer Begleiteffekt, der nicht von der gesetzlichen Wertung geschützt ist. Zu Recht wird ja auch von niemandem vertreten, dass jene Einlage, die ein ehemaliger Kommanditist *vor* seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft geleistet hatte, in der Gesellschaftsinsolvenz vorrangig an die Altgläubiger verteilt werden müsste. Dass sich an der Schutzwürdigkeit der Altgläubiger durch das Aus- und wieder Einzahlen der Einlage nach dem Gesellschaftsaustritt etwas geändert haben soll, lässt sich mE nicht aus dem Gesetz ableiten. Anders als bei der Verteilung des vom Insolvenzverwalter gem § 171 Abs 2 UGB einzuziehenden Betrags[725] ist bei der Verteilung der vom ausgeschiedenen Kommanditisten geleisteten Einlage eine Privilegierung der Alt- gegenüber den Neugläubigern deshalb teleologisch nicht erforderlich.[726] Mit dem Schutz der Altgläubiger kann daher auch nicht gerechtfertigt werden, dem ausgeschiedenen Kommanditisten die Haftungsbefreiung zu versagen, wenn er nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft erneut Vermögen in die Gesellschaft einbringt.[727]

Selbst wenn man im Hinblick auf Leistungen des ausgeschiedenen Kommanditisten an die Gesellschaft darauf bestehen sollte, dass diese Leistungen nur den Altgläubigern zugutekommen, so könnte dies doch immerhin, wie von *K. Schmidt* vorgeschlagen, durch Verbuchung der vom ausgeschiedenen Kommanditisten erbrachten Leistung auf die Haftsumme auf einem speziellen „Haftkapitalkonto“, das nur zur Befriedigung der

---

722 *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (70); *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR^2 §§ 171, 172 HGB Rz 27; vgl *Schilling* in GroßK HGB II^4 § 171 Rz 5, 16.

723 BGH II ZR 124/61 BGHZ 39, 319; vgl *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2884.

724 Ähnl *Tschierschke* 36; vgl auch *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (429).

725 S dazu oben Fn 495.

726 So aber *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (70); *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR^2 §§ 171, 172 HGB Rz 27; wie hier BGH II ZR 124/61 BGHZ 39, 319: „Auf die Aufrechterhaltung dieses Befriedigungsprivilegs haben die Altgläubiger im Verhältnis zu dem ausgeschiedenen Kommanditisten jedoch keinen schutzwerten Anspruch“; auch *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (425) Fn 32 aE.

727 Vgl BGH II ZR 124/61 BGHZ 39, 319.

Altgläubiger vorgesehen ist, erreicht werden.[728] Weil § 160 UGB aber wie erwähnt nicht dem Ausgleich unter den Gesellschaftsgläubigern, sondern der Entlastung des ausgeschiedenen Gesellschafters dient, ist mE nicht einmal dies angezeigt. Zusammenfassend wirkt daher auch eine „Leistung auf die Haftsumme" durch den ausgeschiedenen Kommanditisten iSd § 171 Abs 1 UGB haftungsbefreiend.

Im Innenverhältnis lässt sich ein Recht des ausgeschiedenen Kommanditisten gegenüber seinen ehemaligen Mitgesellschaftern zu einer erneuten „Leistung auf die Haftsumme" mE aus § 137 Abs 3 UGB ableiten. Nach dieser Bestimmung hat der ausgeschiedene Gesellschafter Anspruch auf Freistellung von den Gesellschaftsschulden[729] bzw auf Sicherstellung durch die Gesellschaft. Gelingt es der Gesellschaft entgegen § 137 Abs 3 UGB nicht, den Kommanditisten von seiner Haftung gegenüber den Altgläubigern zu befreien bzw ihm Sicherstellung anzubieten, so hat der ausgeschiedene Kommanditist mE *maior ad minus* zumindest das Recht, sich selbst erneut durch eine der Haftsumme entsprechende Geldleistung an die Gesellschaft von seiner Außenhaftung zu befreien. Im Innenverhältnis ist ein Recht des ausgeschiedenen Kommanditisten auf Leistung „auf die Haftsumme" an die Gesellschaft daher zu bejahen – aber nur, soweit noch Altverbindlichkeiten vorhanden sind, für die der Kommanditist gem § 160 UGB haftet und für die ihm von der Gesellschaft auch keine Sicherstellung iSd § 137 Abs 3 UGB geleistet worden ist.

3. Gesellschafterdarlehen

a. Tatbestand

Im Grundsatz und im Zweifel befreit die Gewährung eines Darlehens an die Gesellschaft den Kommanditisten nicht von seiner Außenhaftung,[730] weil der Gesellschaft

---

728 *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 43; ebenso *Oetker* in *Oetker*, HGB[3] § 171 Rz 53; vgl auch *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 35. Es stellt sich dabei aber immer noch die Frage, inwieweit Gesellschaftsverluste diesem Konto zuzuteilen sind; wenig sinnvoll erscheint ein Abstellen auf die gesellschaftsvertragliche Verlustverteilung, geht es doch um die Verteilung *zwischen den Gläubigern*.

729 Vgl dazu BGH II ZR 95/06 NZG 2007, 822 (823); *Cebulla*, DStR 2000, 1917 (1918); s zum Regress des ausgeschiedenen Kommanditisten, der einen Gesellschaftsgläubiger befriedigt hat, gegen Gesellschaft und Gesellschafter BGH II ZR 124/61 BGHZ 39, 319; OGH 28.6.2005, 10 Ob 58/05k.

730 Vgl *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 24; *Wiedemann*, GesR II 808; *Schön*, ZGR 1990, 220 (246 f); aber auch *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 38; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 31.

durch ein Gesellschafterdarlehen im Zweifel nur Fremdkapital zugeführt wird. Wenn ein Gesellschafterdarlehen im Innenverhältnis aber als materieller Bestandteil der Pflichteinlage geleistet worden ist, ist die Darlehenssumme auch auf die haftungsbefreiende Einlage des Kommanditisten anzurechnen.[731] Überhaupt genügt es für § 171 Abs 1 UGB mE, wenn sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt, dass das Darlehen nach der Vorstellung der Gesellschafter den Kommanditisten auch von seiner Außenhaftung befreien würde.[732] Ob das eine oder das andere der Fall ist, ist eine Frage der Auslegung des Gesellschaftsvertrags.[733]

Eine gesellschaftsvertragliche Abrede, die ein Darlehen der haftungsbefreienden Einlage eines Kommanditisten zuweist, kann insbesondere auch konkludent (§ 863 ABGB) vorliegen. Wenn die Nachrangigkeit des Darlehens vereinbart worden ist, die Kreditkonditionen besonders günstig waren, das Darlehen eine besonders lange Laufzeit hatte und/oder andere Vertragsbedingungen bestehen, die das Darlehen in die Nähe von Eigenkapital rücken, spricht dies dafür, dass die Gesellschafter das Darlehen „wie haftendes Eigenkapital" behandeln und iSd § 171 Abs 1 UGB auch der haftungsbefreienden Einlage des Kommanditisten zuweisen wollten.[734]

Ein illustratives Beispiel für ein Darlehen, das konkludent als materieller Teil der Einlage begeben worden ist, liefert eine Entscheidung des BGH.[735] Dort leistete ein Kommanditist neben der Pflichteinlage ein Darlehen an die KG. Die vereinbarte Haftsumme entsprach genau der Summe von Pflichteinlage und Darlehen. Der BGH leitete daraus ab, dass nach dem Parteiwillen Darlehen und Pflichteinlage gemeinsam „als einheitliche Einlagenleistung gedachter Gesellschafterbeitrag" waren. Diese Auslegung des Gesellschaftsvertrags stützte der BGH zu Recht maßgeblich auf die summenmäßige Übereinstimmung von Darlehen und Pflichteinlage einerseits mit der Haftsumme

---

731 Vgl BGH II ZR 28/84 BGHZ 93, 159 (161 f); *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 38; *Konietzko* 25 f; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 26: „einlagenähnliche Darlehen" seien jedenfalls bei gesplitteten Einlagen haftungsbefreiend; wie Letztere auch *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 38; *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 81.

732 Vgl auch *Huber*, ZGR 1988, 1 (21).

733 Vgl *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 49: Gesellschaftsvertragliche Auslegungsfrage, ob ein Darlehen oder eine stille Beteiligung in Wahrheit als Kommanditeinlage gegeben wurden; s auch *dens* in FS Goerdeler 487 (496 f); *Peters*, RNotZ 2002, 425 (430).

734 Vgl *Potsch* 137 f; *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 83; auch BGH II ZR 238/87 BGHZ 104, 33; vgl auch oben bei und in Fn 509.

735 BGH II ZR 16/81 NJW 1982, 2253 [*K. Schmidt*].

andererseits.[736] Rechtsfolge davon war, dass auch die Hingabe der Darlehensvaluta vom BGH als haftungsbefreiende Einlagenleistung iSd § 171 Abs 1 UGB qualifiziert wurde.

Für den geschilderten Fall ist dem BGH zuzustimmen: Dass die Haftsumme genau der Summe von Pflichteinlage und Darlehen entsprach, konnte vernünftigerweise nur damit erklärt werden, dass die Gesellschafter die Haftsumme in der Überzeugung gewählt haben, dass auch die Darlehensüberlassung den Kommanditisten von seiner Außenhaftung befreien soll. Aus dem Verhältnis der Höhe der Haftsumme, der Pflichteinlage und dem vereinbarten Darlehen ergab sich in diesem Fall also konkludent, dass die Darlehensvaluta nach dem Willen der Gesellschafter materiell einen Bestandteil der haftungsbefreienden Einlage des Kommanditisten bilden sollte. In etwas allgemeinerer Form lässt sich dieser Gedanke wie folgt formulieren: Wenn die Haftsumme der Summe des Werts der bedungenen Pflichteinlage zuzüglich bestimmter weiterer, gesellschaftsvertraglich vereinbarter Gesellschafterleistungen entspricht, ist zu vermuten, dass die Gesellschafter diese weiteren Leistungen auch der haftungsbefreienden Einlage des Kommanditisten zuweisen wollten.[737]

b. Bilanzierung

Weil eine funktionsgerechte bilanzielle Darstellung eines auf die haftungsbefreiende Einlage anzurechnenden Darlehens dessen Haftkapitalcharakter nicht verschweigen darf (§ 195 S 3 UGB), ist der Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft nicht unter den Fremdverbindlichkeiten, sondern im Eigenkapital zu passivieren.[738] *K. Schmidt* hat einen Ausweis „haftenden Kapitals", das im Innenverhältnis in Form eines Gesellschafterdarlehens geleistet wurde, im Eigenkapital nach den Rücklagen vorgeschlagen. Der Verfasser tritt diesem Vorschlag auch für das österreichische Recht bei, wobei *de lege lata* freilich auch andere Varianten des Ausweises von als haftungsbefreiende Einlage begebenen Darlehen den Grundsätzen ordnungsmäßiger Bilanzierung entsprechen, solange der Ausweis nur im Eigenkapital erfolgt.

c. Haftungsrechtliche Beurteilung von Zinsleistungen

Gesellschaftsrechtlich hat die Zurechnung eines Darlehens zur haftungsbefreienden Einlage zur Folge, dass *jede* Vergütung des Darlehens durch die Gesellschaft, die nicht aus

---

736 Dem BGH zust *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 83; *Horn* in *Heymann*, HGB II[2] § 171 Rz 14.
737 Vgl *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 49; auch *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 38.
738 *K. Schmidt* in FS Goerdeler 487 (498 f); vgl auch *dens* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 48 f.

dem Gesellschaftsgewinn erfolgt, gem § 172 Abs 3 UGB als Einlagenrückgewähr die Haftung des Kommanditisten erneut aufleben lässt.[739] Das gilt insbesondere für die Bezahlung von Zinsen. Denn eine Vergütung der haftungsbefreienden Einlage ist nur aus dem Gesellschaftsgewinn zulässig – umgekehrt muss jede Vergütung der Einlage, die nicht aus dem Gesellschaftsgewinn erfolgt, gem § 172 Abs 3 UGB das Aufleben der Außenhaftung des Kommanditisten zur Folge haben.[740] Dies ist zugunsten der Gesellschaftsgläubiger zwingend. Dementsprechend hat die deutsche Rechtsprechung gewinnunabhängige Vergütungen der haftungsbefreienden Einlage zutreffend als „Gewinnvoraus" qualifiziert;[741] ein solcher „Gewinnvoraus" könne aber nur insoweit haftungsneutral aus der Gesellschaft entnommen werden, als die Gesellschaft auch tatsächlich einen ausreichenden Gewinn erzielt hat.[742] Auch die Bezahlung angemessener Zinsen auf ein Darlehen, das auf die haftungsbefreiende Einlage des Kommanditisten angerechnet worden ist, unterliegt daher § 172 Abs 3 UGB: Die Zinszahlung lässt die Außenhaftung des Kommanditisten aufleben, soweit die Zinsen nicht tatsächlich aus dem Gesellschaftsgewinn bezahlt worden sind.[743] Ob die Verzinsung fremdüblich war, ist dabei irrelevant: Soweit die KG tatsächlich keinen Gewinn erwirtschaftet hat, greift auch die Zahlung *ex ante* angemessener Zinsen die haftungsbefreiende Einlage in ihrer Substanz an, sodass der Zinsdienst diesfalls den Tatbestand der Einlagenrückgewähr gem § 172 Abs 3 UGB erfüllen muss.

> **Beispiel:** Ein Kommanditist hat eine Bareinlage von 1.000. geleistet; seine Haftsumme beträgt ebenfalls 1.000. Vereinbart wurde dafür eine fixe Vergütung von 30 jährlich. Im ersten Jahr erwirtschaftet die Gesellschaft einen bilanziellen Verlust. Entnimmt der Kommanditist trotzdem 30 aus dem Gesellschaftsvermögen, so lebt seine Haftung gem § 172 Abs 3 UGB auch wieder in Höhe von 30 auf.

---

739 Vgl BGH II ZR 16/81 NJW 1982, 2253 [*K. Schmidt*]; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2891; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2964; auch *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 38.

740 BGH II ZR 16/81 NJW 1982, 2253 [*K. Schmidt*]; BGH II ZR 124/61 BGHZ 39, 319 (*obiter*); *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (70); *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2985; vgl *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2877; *Riegger*, DB 1983, 1909 (1910). Vgl ausdrücklich auch § 82 Abs 3 GmbHG, vgl im AHGB zur KG auch noch Art 165 Abs 3 AHGB: *„Zinsen können [dem Kommanditisten] von der Gesellschaft nur insoweit bezahlt werden, als dadurch die ursprüngliche Einlage nicht vermindert wird"*.

741 Vgl BGH II ZR 124/61 BGHZ 39, 319.

742 Vgl allgemein zum „Gewinnvoraus" *Straube*, GesRZ 1980, 1 f. Zur Frage, welche Dokumente der Insolvenzverwalter, der gegen den Kommanditisten gem § 171 Abs 2 UGB vorgehen möchte, vorlegen muss, hat jüngst das OLG München 7 U 3400/14 ZIP 2015, 2137 Stellung genommen. Demnach genügt der Insolvenzverwalter seiner Beweislast durch Vorlage der betreffenden Jahresabschlüsse der KG, aus denen hervorgeht, dass in den Jahren, in denen der Kommanditist Zahlungen erhielt, ausschließlich Verluste zu verzeichnen waren und keine Gewinne erzielt wurden.

743 HM, zB *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 30; *Huber*, ZGR 1988, 1 (25 f); vgl zutr *Tschierschke* 21: Zinszahlungen wie Gewinnvoraus zu behandeln; sie sind also haftungsneutral, soweit sie aus dem Gesellschaftsgewinn bezahlt werden.

Variante: Entsprechendes gilt, wenn der Kommanditist der Gesellschaft 1.000 als einlagenähnliches Darlehen überlassen hat: Die Darlehensüberlassung befreit den Kommanditisten gem § 171 Abs 1 UGB iHv 1.000 von seiner Außenhaftung. Dafür ist eine Verzinsung des Darlehens wie eine Verzinsung der Pflichteinlage zu behandeln: Soweit die Gesellschaft keinen Gewinn erwirtschaftet hat, muss die Auszahlung der Zinsen von 30 gem § 172 Abs 3 UGB auch das Aufleben der Außenhaftung des Kommanditisten zur Folge haben.

Wurde ein als Einlage begebenes Darlehen trotz Gesellschaftsverlusten samt Zinsen zurückbezahlt, konnten die Zinsen aber nicht aus dem Gesellschaftsgewinn bedient werden, so lebt die Haftung des Kommanditisten insgesamt in Höhe der geleisteten Zins- und Tilgungsbeträge wieder auf.[744] Nach Rückzahlung der Darlehensvaluta samt Zinsen kann der Kommanditist also auch *höher* haften als vor der Gewährung eines Darlehens als haftungsbefreiende Einlage!

Beispiel (Variante): Der Kommanditist hat der Gesellschaft ein Darlehen von 1.000 als Einlage überlassen. Der Kommanditist wird dadurch zunächst in Höhe von 1.000 von seiner Außenhaftung frei. Nach einem Jahr erhält er das Darlehen zuzüglich Zinsen von 30 von der Gesellschaft zurück. Gewinn hat die Gesellschaft im abgelaufenen Geschäftsjahr aber keinen erzielt. Auch die Zinsen unterliegen als Vergütung einer haftungsbefreienden Einlage § 172 Abs 3 UGB, wenn sie nicht aus dem Gesellschaftsgewinn bezahlt werden. Die Haftung des Kommanditisten lebt daher um 1.030 auf. Insgesamt hat der Kommanditist also 1.000 „auf die Einlage" geleistet, aber 1.030 von der Gesellschaft erhalten, also insgesamt eine „negative Einlage" von 30 geleistet. Der Kommanditist haftet den Gesellschaftsgläubigern daher um 30 mehr als vor der Darlehensgewährung. Hat der Kommanditist keine anderweitige Einlage geleistet, steigt seine Außenhaftung dadurch auch über den Betrag der Haftsumme hinaus (strittig, s oben I.F. [37]).

d. Gegenüberstellung mit „gewöhnlichen" drittvertraglichen Darlehensüberlassungen

Dass die Bezahlung angemessener Zinsen für ein als haftungsbefreiende Einlage begebenes Darlehen den Tatbestand der Einlagenrückgewähr gem § 172 Abs 3 UGB erfüllt, unterscheidet die rechtliche Beurteilung eines als Einlage begebenen Darlehens von „gewöhnlichen" Darlehensüberlassungen. Denn im Allgemeinen gilt, dass die Rückzahlung eines drittvergleichsfähigen Darlehens samt angemessener Zinsen die Außenhaftung des Kommanditisten unberührt lässt.[745]

---

744 Vgl OLG München 7 U 3400/14 ZIP 2015, 2137.

745 Vgl *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2964; *Huber*, ZGR 1988, 1 (36 f) zur Verzinsung eines Guthabens auf dem „Kapitalkonto II", das *Huber* nicht der haftungsbefreienden Einlage zuzählt; zu GmbH

Beispiel (Variante): Ein Kommanditist hat der Gesellschaft drittvertraglich ein Darlehen von 1.000 überlassen. Die vereinbarten Zinsen betragen angemessene 30 pro Jahr. Die Überlassung des Darlehens lag auch im Gesellschaftsinteresse. Deshalb wird durch das Darlehensgeschäft grundsätzlich keine Einlagenrückgewähr verwirklicht: Die Außenhaftung des Kommanditisten lebt *nicht* auf, wenn die Gesellschaft das Darlehen samt Zinsen an den Kommanditisten zurückbezahlt.

Die unterschiedliche rechtliche Behandlung von Zinsleistungen führt dazu, dass es für den Kommanditisten durchaus auch Vorteile hat, wenn er der Gesellschaft ein Darlehen nicht „als Einlage", sondern im Rahmen eines gewöhnlichen Drittgeschäfts überlässt. Auch das spricht dafür, nicht jedes Darlehen eines Kommanditisten an seine Gesellschaft haftungsrechtlich als Leistung einer Einlage aufzufassen. Kautelarjuristisch ist Kommanditisten dabei zu empfehlen, bei der Gewährung von Darlehen an die Gesellschaft explizit schriftlich festzuhalten, ob das Darlehen den Kommanditisten gem § 171 Abs 1 UGB von seiner Außenhaftung befreien soll.

Beispiel (Zusammenfassung der bisherigen Varianten): Ein Kommanditist hat der Gesellschaft ein Darlehen von 1.000 überlassen. Nach einem Jahr erhält er das Darlehen zuzüglich angemessener Zinsen von 30 von der Gesellschaft zurück. Gewinn hat die Gesellschaft im abgelaufenen Geschäftsjahr keinen erzielt. Soweit das Darlehen ursprünglich als Teil haftungsbefreienden Einlage begeben worden war, sind sämtliche Leistungen aus dem Darlehensverhältnis als Einlagenleistung iSd § 171 Abs 1 UGB bzw Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB aufzufassen. Insgesamt hat der Kommanditist diesfalls eine „negative Einlage" von 30 geleistet. Der Betrag seiner Außenhaftung ist also um 30 höher als vor der Darlehensgewährung. Handelte es sich bei der Darlehensüberlassung dagegen um einen „gewöhnlichen" Drittvertrag, hat die vereinbarungsgemäße Abwicklung des Darlehens auf die Außenhaftung des Kommanditisten dagegen überhaupt keine Auswirkungen.

Hat der Kommanditist der Gesellschaft ein Darlehen *nicht* als Einlage überlassen, so kann er seinen (fälligen) Rückzahlungsanspruch auch mit seiner Pflichteinlage bzw Haftsumme aufrechnen;[746] haftungsbefreiend wirkt dies dann aber nur mehr mit dem wirtschaftlichen Forderungswert im Aufrechnungszeitpunkt. Dieser kann, abhängig von der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft, freilich auch gegen Null tendieren (s näher unten V.D.3. [280]). Auch die gewöhnliche drittgeschäftliche Darlehensüberlassung ist für den Kommanditisten daher im Vergleich zu einem einlagenähnlichen Darlehen mit Nachteilen verbunden. Denn dem Kommanditisten droht beim gewöhnlichen Darlehen das Risiko einer „doppelten" Leistungspflicht, wenn die Gesellschaft vor Rückzahlung des Darlehens in

und AG *Karollus* in *Leitner*, Handbuch[2] 30; s allgemein zur haftungsrechtlichen Beurteilung von Drittgeschäften oben Fn 270.

746 Nw unten Fn 856.

Insolvenz fällt: Der Kommanditist hat bereits mit der Leistung der Darlehensvaluta eigenes Vermögen investiert, muss diesfalls in der Gesellschaftsinsolvenz aber gesondert Vermögen iHd Haftsumme an den Insolvenzverwalter leisten.

> **Beispiel:** Ein Kommanditist hat der Gesellschaft 1.000 als „gewöhnliches" Darlehen überlassen. Einlage hat er keine geleistet. Die Haftsumme beträgt ebenfalls 1.000. In der Gesellschaftsinsolvenz kann der Insolvenzverwalter vom Kommanditisten gem § 171 Abs 2 UGB die Leistung der offenen Haftsumme von 1.000 fordern. Den eigenen Darlehensrückzahlungsanspruch kann der Kommanditist dem Zahlungsverlangen des Insolvenzverwalters allenfalls in Höhe des wirtschaftlichen Forderungswerts entgegenhalten, der in der Gesellschaftsinsolvenz grundsätzlich der erwarteten Insolvenzquote entspricht. Im Ergebnis wird der Kommanditist damit annähernd 2.000 an eigenen Mitteln aufbringen müssen: 1.000 hatte er schon zuvor als Darlehen der Gesellschaft zur Verfügung gestellt. Weitere 1.000 (bzw nach Abzug des wirtschaftlichen Werts seines Darlehensrückzahlungsanspruchs von angenommen 950) muss er gem § 171 Abs 2 UGB an den Insolvenzverwalter leisten.

Das Risiko einer doppelten Leistungspflicht aufgrund einer drittvertraglichen Darlehensüberlassung ist rechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden: Der Kommanditist hat der Gesellschaft bei einem gewöhnlichen Darlehen schließlich „wie ein Dritter" ein Darlehen überlassen, für das er auch wie ein Dritter ohne die Haftungssanktion des § 172 Abs 3 UGB angemessene Zinsen empfangen wollte. Dafür muss der Kommanditist dann aber auch akzeptieren, wie ein dritter Kreditgeber am Insolvenzrisiko der Gesellschaft zu partizipieren – und zwar zusätzlich zu seiner gesellschaftsrechtlichen Haftung mit der Haftsumme.[747]

4. „Agio" und unterbewertete Pflichteinlagen

Aus dem hier vertretenen Grundsatz folgt auch die haftungsrechtliche Beurteilung von Fällen, in denen die Pflichteinlage im Innenverhältnis unterbewertet worden ist, der Kommanditist ein „Agio" geleistet hat oder in Fällen „gesplitteter Einlagen": Den Gesellschaftsgläubigern gegenüber kann sich der Kommanditist nur insoweit auf den wahren Wert seiner Leistung an die Gesellschaft berufen, als dieser Wert auch (trotz niedrigerer gesellschaftsvertraglicher Bewertung) zumindest als Rücklage im Eigenkapital der Gesellschaft zu verbuchen war.[748]

Grundsätzlich kommt es dabei für § 171 Abs 1 UGB nicht darauf an, wie die Bilanzierung im Jahresabschluss tatsächlich vorgenommen wurde, sondern wie sie richtig

---

747 Vgl demgegenüber *Gursky*, DB 1978, 1261; s auch unten Fn 898.

748 Vgl die Nw oben Fn 654, insb *Huber* 210 ff.

vorzunehmen gewesen wäre: Ergibt sich aus dem Gesellschaftsvertrag, dass die gesamte Leistung des Kommanditisten mit ihrem wahren Wert der haftungsbefreienden Einlage des Kommanditisten zuzuweisen gewesen wäre, wirkt die gesamte Leistung auch iSd § 171 Abs 1 UGB haftungsbefreiend[749] und ist bilanziell im Eigenkapital der KG auszuweisen. Dabei ist im Allgemeinen und im Zweifel mE *nicht* davon auszugehen, dass eine gesellschaftsvertragliche Unterbewertung einer Einlage nach dem Willen der Gesellschafter auch die Höhe der mit der Einlagenleistung einhergehenden Haftungsbefreiung des Kommanditisten gem § 171 Abs 1 UGB begrenzen sollte.[750]

Zulässig ist es auch, dass die Einlage eines Kommanditisten nachträglich bilanziell aufgelöst und der Gewinnverteilung zugeführt wird, wenn sich der betroffene Kommanditist bloß mit der Rechtsfolge einverstanden erklärt hat, dass dadurch auch seine Haftung gem § 172 Abs 3 UGB erneut auflebt.[751] Stimmt der Kommanditist umgekehrt einem Jahresabschluss zu, in dem eine Zuwendung des Kommanditisten tatsächlich bilanziell erfolgswirksam verbucht wird, kann sich der Kommanditist einem Gläubiger gegenüber mE nicht mehr auf die haftungsbefreiende Wirkung dieser Zuwendung berufen.[752]

Ergibt sich aus dem Gesellschaftsvertrag *nicht* eindeutig, inwieweit der Leistung des Kommanditisten haftungsbefreiende Wirkung zukommen sollte, kommt es darauf an, inwieweit zB einem geleisteten Agio bilanziell Eigenkapitalcharakter zukommt.[753] Die rechnungslegungsrechtliche Literatur geht dabei davon aus, dass bei Personengesellschaften nur die Kapitalanteile der Gesellschafter zwingend im Eigenkapital zu verbuchen wären, im Übrigen bestünde ein Wahlrecht zur erfolgswirksamen Verbuchung von Zuwendungen durch die Gesellschafter.[754] Zumindest im Zweifel dürfte aber davon auszugehen sein, dass Zuwendungen *causa societatis* nicht nur mit ihrem beizulegenden Wert iSd § 202 Abs 1 UGB zu aktivieren sind, sondern dass die Gegenbuchung auch auf einem Bestandskonto des Eigenkapitals stattzufinden hat, nicht auf einem Erfolgskonto, um den außerbetrieblichen

---

749 Ähnl zur gesplitteten Einlage *Kirsch* 32; vgl auch die Nw oben Fn 731 zur Enthaftungstauglichkeit gesplitteter Einlagen; s zur gesplitteten Einlage auch *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 22 mwN; *Wiedemann*, GesR II 804.

750 Vgl *Günter* 66.

751 Vgl auch *Hügel*, GesRZ 1992, 258 (260).

752 Vgl oben bei und in Fn 701 mN dort, insb *Wünsch*, GesRZ 1974, 34 (37): Unterzeichnung der Bilanz kann Anerkenntnis der Richtigkeit der Verbuchung von Posten auf einem Kapital- bzw Forderungskonto sein mit Folgen für die Höhe des variablen Kapitalanteils, Verlustbeteiligung etc.

753 Vgl *Koch* 41: Materiell handle es sich auch bei dem als Darlehen begebenen Teil einer gesplitteten Einlage um Eigenkapital, das aus diesem Grund sowohl § 171 Abs 1 UGB als auch § 172 Abs 3 UGB unterliege; ähnl *Potsch* 138.

754 Oben Fn 703.

Ursprung des Zuflusses offenzulegen (vgl § 195 S 3 UGB).[755] Dies spricht dafür, dass Zuwendungen *causa societatis* den Kommanditisten im Zweifel auch mit ihrem beizulegenden Wert iSd § 202 Abs 1 UGB gem § 171 Abs 1 UGB von seiner Außenhaftung befreien. Auch ein Agio wirkt daher mE im Zweifel haftungsbefreiend, *weil* es im Zweifel in eine Rücklage einzustellen ist.

5. Nettoleistungsüberschuss aus Drittgeschäften

Der Nettoleistungsüberschuss aus einem zugunsten der Gesellschaft unausgeglichenen Drittgeschäft befreit den Kommanditisten mE ebenfalls von seiner Außenhaftung, wenn der Gesellschaft in Höhe der Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung Eigenkapital zugeführt werden sollte. Einschlägig sind insbesondere Fälle, in denen ein Verkehrsgeschäft als Gegenstand einer Sacheinlage vereinbart worden ist.[756] Bilanziell ist die Leistung des Kommanditisten diesfalls gem § 202 Abs 1 UGB als gemischte Einlage mit ihrem beizulegenden Wert zu aktivieren, nicht wie ein gewöhnliches Drittgeschäft (vgl § 203 Abs 1, § 206 Abs 1 UGB zur Aktivierung betrieblicher Anschaffungen) bloß mit den Anschaffungskosten; die Wertdifferenz zu den Anschaffungskosten ist als Zuwendung *causa societatis* im Eigenkapital der KG zu verbuchen.

Im Hinblick auf § 171 Abs 1 UGB wird der Kommanditist von seiner Außenhaftung grundsätzlich erst frei, sobald er der Gesellschaft nicht bloß die drittvertragliche Forderung (gegen sich selbst) verschafft hat, sondern auch die eigene vertragliche Leistung an die Gesellschaft bereits erbracht hat. Denn durch die bloße Einbringung einer unbesicherten Forderung gegen den Kommanditisten wurde nach hier vertretener Ansicht noch keine werthaltige Leistung iSd § 171 Abs 1 UGB an die Gesellschaft erbracht; erst die Einbringung

---

755 Vgl iS einer *Pflicht* zum erfolgsneutralen Ausweis von Zuwendungen im Eigenkapital *Hügel*, GesRZ 1993, 29 (33 ff), GesRZ 1992, 258 (260); *Gassner*, FJ 1990, 183 f; ähnl *Djanani/Bitzyk* in *Bertl/Mandl*, Handbuch RLG B.II.3.2.ee/Allgemeines; s auch *Schulze-Osterloh*, NZG 2014, 1 (3); *Urnik/Urtz* in WK II[3] § 202 Rz 4, 18; BGH II ZR 196/80 ZIP 1981, 1334; *Krejci* in RK UGB § 109 Rz 11; *C. Nowotny* in GedS W.-D. Arnold 101 (106). Dementsprechend vertritt die rechnungslegungsrechtliche Literatur *zur Bilanzierung des Einzelunternehmers* in Österreich auch überwiegend, dass Einlagen und Entnahmen gem § 195 S 3 UGB im Eigenkapital offenzulegen wären: *Nowotny* in WK UGB II[3] § 198 Rz 13; *Hirschler/Schiebel/Six* in *Hirschler*, Bilanzrecht § 198 Abs 1 Rz 12; *Hügel*, GesRZ 1993, 29 (33 ff); vgl *Urnik/Urtz* in WK II[3] § 202 Rz 4, 18; *Gassner*, FJ 1990, 183 (184); *Djanani/Bitzyk* in *Bertl/Mandl*, Handbuch RLG B.II.3.2.ee/2.1; auch BGH II ZR 196/80 ZIP 1981, 1334; *Hofians* in WK UGB II[3] § 224 Rz 53.

756 Vgl BGH II ZR 121/02 NZG 2004, 910 zur Einbringung eines Pachtvertrags in eine GmbH; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 161 Rz 18; allgemein auf die gesellschaftsvertragliche Regelung abstellend *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 38; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2872.

eines vom Zahlungsrisiko des Kommanditisten unabhängigen Vermögenswerts wirkt haftungsbefreiend (s näher oben II.E.2.b. [118]).

> **Beispiel:** Ein Kommanditist verkauft der Gesellschaft eine Liegenschaft mit Wert 1.000 um 600. Soweit dieses für die Gesellschaft überaus günstige Geschäft im Innenverhältnis als Gegenstand einer Sacheinlage vereinbart worden ist, befreit der objektive Mehrwert dieses Geschäfts für die Gesellschaft von 400 den Kommanditisten auch gem § 171 Abs 1 UGB von seiner Außenhaftung – mE freilich erst, sobald die Liegenschaft auch tatsächlich an die Gesellschaft übergeben wurde. Bilanziell ist die Liegenschaft mit ihrem tatsächlichen Wert von 1.000 zu aktivieren. Die Differenz zwischen beizulegendem Wert (1.000) und Gesellschaftsleistung (600) – hier also 400 – ist als geleistete Einlage im Eigenkapital zu verbuchen.

Im Regelfall ist ein für die Gesellschaft vorteilhaftes Drittgeschäft dagegen nicht auf die haftungsbefreiende Einlage des Kommanditisten anzurechnen.[757] Bei einem gewöhnlichen Drittgeschäft entstehen bilanziell vielmehr in Höhe der Wertdifferenz zwischen der höherwertigen Leistung des Kommanditisten und der minderwertigen Gesellschaftsleistung zunächst stille Reserven, die nach ihrer Aufdeckung (zB durch einen Weiterverkauf an Dritte) haftungsneutral als Gewinn an die Gesellschafter ausgeschüttet werden können.[758]

6. Negative Tilgungsbestimmungen

Angenommen, ein Kommanditist hat im Innenverhältnis eine Pflichteinlage geleistet – gesellschaftsvertraglich wurde aber vereinbart, dass diese Pflichteinlage den Kommanditisten *nicht* gem § 171 Abs 1 UGB von seiner Außenhaftung befreien soll. Für solche Vereinbarungen hat sich die Bezeichnung als „negative Tilgungsbestimmung" eingebürgert.[759] Einschlägige Fälle sind in der Praxis selten, zumindest in Deutschland aber durchaus vorgekommen. So hatte der BFH zwei dahingehende Fälle zu entscheiden, bei denen die steuerrechtlichen Folgen einer (auch steuerrechtlich motivierten) negativen Tilgungsbestimmung zu beurteilen waren.[760] Der BFH bejahte zunächst die gesellschaftsrechtliche Beachtlichkeit der negativen Tilgungsbestimmung iSd §§ 171 ff HGB,

---

757 *Huber*, ZGR 1988, 1 (22); *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 48 auf Grundlage der Vertragstheorie; *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 80; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 12 ohne Vertragstheorie; wohl auch *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (413); *Müßigbrodt*, Aufrechnung 16.

758 Vgl *Huber*, ZGR 1988, 1 (22); *Huber* 210 ff; *Schulze-Osterloh*, ZGR 1991, 488 (514); auch *K. Schmidt* in FS Goerdeler 487 (498 f); *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2902 ff; *Günter* 83 ff; *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 135, 147.

759 Vgl zB *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 48b.

760 BFH IV R 38/05 NZG 2008, 236; IV R 98/06 GmbHR 2009, 274.

um sich anschließend deren (hier nicht wiedergegebenen) steuerrechtlichen Implikationen zuzuwenden. Nach Ansicht des BFH befreit eine Pflichteinlage, die mit „negativer Tilgungsbestimmung“ geleistet wurde, den Kommanditisten also nicht von seiner Außenhaftung. Die Entscheidungen des BFH wurden im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum teils begrüßt, teils abgelehnt.[761]

Die gesellschaftsrechtliche Wirksamkeit einer negativen Tilgungsbestimmung kann aus gläubigerschutzrechtlicher Sicht grundsätzlich befürwortet werden.[762] Denn materiell kann man die negative Tilgungsbestimmung als Vertrag zugunsten der Gesellschaftsgläubiger auffassen: Der Kommanditist hat der Gesellschaft objektiv Vermögen zugewendet, steht den Gesellschaftsgläubigern aufgrund der negativen Tilgungsbestimmung aber gleichzeitig weiterhin gem § 171 Abs 1 UGB mit seiner Haftsumme zur Verfügung. Aus Sicht der Gesellschaftsgläubiger ist eine negative Tilgungsbestimmung insofern grundsätzlich zu begrüßen.[763]

Hüttemann/Meyer sowie *Potsch* haben allerdings eingewendet, die Möglichkeit „geheimer“ Abreden ermögliche dem Kommanditisten, eine vereinbarte negative Tilgungsbestimmung gegenüber den Finanzbehörden, Gesellschaftsgläubigern oder eigenen Privatgläubigern nach opportunistischen Gesichtspunkten nur offenzulegen, soweit dies den eigenen Interessen entspricht.[764] Nach Ansicht von *Potsch* seien negative Tilgungsbestimmungen deshalb wie eine außerbücherliche Erhöhung der Haftsumme nur unter den Voraussetzungen des § 172 Abs 2 HGB (§ 172 Abs 1 UGB) anzuerkennen. Erforderlich sei also eine Mitteilung der negativen Tilgungsbestimmung an die Gläubiger oder ihre „gehörige Kundmachung“ durch die Gesellschaft.[765]

Dass „negative Tilgungsbestimmungen“ eine gewisse Manipulationsgefahr eröffnen, ist zutreffend. Ein vergleichbares Manipulationspotential besteht bei der Vertragstheorie

---

761 Die E des BFH vorwegnehmend schon *Huber*, ZGR 1988, 1 (22 f); dem BFH zust *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 29; vgl auch *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (52); abl *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 48b mwN; *Potsch* 168 ff; *Hüttemann/Meyer*, DB 2009, 1613 (1615 ff).

762 *Müßigbrodt*, Aufrechnung 14, 17; vgl *Hüttemann/Meyer*, DB 2009, 1613 (1618); *Potsch* (170) lehnt die Außenwirksamkeit „negativer Tilgungsbestimmungen“ dagegen unter anderem mit dem Argument ab, dadurch würden die Interessen der *Privatgläubiger* des Kommanditisten beeinträchtigt.

763 *Huber*, ZGR 1988, 1 (22).

764 *Hüttemann/Meyer*, DB 2009, 1613 (1618); *Potsch* 171.

765 *Potsch* aaO. Für den Fall der unterbewerteten Sacheinlage (s dazu schon oben III.D.4. [241]) leitet *Müßigbrodt*, Aufrechnung 9 dementsprechend aus § 172 Abs 2 HGB ab, dass – weil eine nicht eingetragene Erhöhung der Haftsumme grundsätzlich nicht drittwirksam ist – auch der analoge Vorgang einer Unterbewertung der Sacheinlage den Gläubigern gegenüber unwirksam sei; vielmehr werde der Kommanditist in Höhe des wahren Werts der Sacheinlage enthaftet.

freilich ohnehin. Denn wie erwähnt befreit nach der Vertragstheorie nur eine „Leistung auf die Einlage" den Kommanditisten von seiner Außenhaftung. Schon dadurch wird ein unehrlicher Kommanditist in die Lage versetzt, einen in die Gesellschaft eingelegten Betrag gegenüber Dritten mal als Einlage, mal als bloß als Darlehen begebenen Betrag zu bezeichnen. Dieses Manipulationspotential wird zumindest dadurch etwas entschärft, dass nach hier vertretener Ansicht haftungsbefreiende Einlagen zwingend im Eigenkapital der KG auszuweisen sind (oben III.C.2. [221]). Dementsprechend dürfte es wohl auch bei einer mit „negativer Tilgungsbestimmung" geleisteten Pflichteinlage erforderlich sein, auf die negative Tilgungsbestimmung in der Bilanz oder im Anhang hinzuweisen. Dies hat den Zweck, die Haftungsverhältnisse bei der KG zu dokumentieren und dem Leser der Bilanz zu signalisieren, dass den KG-Gläubigern (trotz geleisteter Pflichteinlage) weiterhin die Haftsumme eines Kommanditisten als Haftungsreservoir offensteht. Ausreichend wäre zB eine Bezeichnung als „Pflichteinlage – geleistet mit negativer Tilgungsbestimmung iSd § 171 Abs 1 UGB".

Erfolgt eine entsprechende bilanzielle Kennzeichnung der negativen Tilgungsbestimmung, ist mit ihr dann aber kein größeres Manipulationspotential verbunden als mit sonstigen Leistungen eines Kommanditisten, bei denen sich die Frage stellt, ob die Leistung „auf die Einlage" erbracht worden ist. Leistet ein Kommanditist umgekehrt eine Einlage „mit negativer Tilgungsbestimmung", wird diese im Jahresabschluss aber als gewöhnliche Einlage ausgewiesen, und nimmt der Kommanditist in der Folge widerspruchslos an der Feststellung dieses Jahresabschlusses teil, wird zu überlegen sein, ob es dem Kommanditisten dann nicht verwehrt sein soll, sich (insb gegenüber den Finanzbehörden) noch auf die negative Tilgungsbestimmung zu berufen.[766]

Rechtskonform wäre das Verschweigen einer negativen Tilgungsbestimmung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern jedenfalls in Österreich ohnehin nicht; denn der Kommanditist ist gem § 171 Abs 1 S 2 UGB gegenüber den Gesellschaftsgläubigern verpflichtet, auf Anfrage die Höhe seiner geleisteten Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB offenzulegen. Gibt der Kommanditist dabei einen Betrag als „geleistete Einlage" an, der in Wahrheit mit negativer Tilgungsbestimmung geleistet wurde, so zieht dies zumindest Schadenersatzansprüche gegen den Kommanditisten nach sich.[767]

---

766 Vgl auch oben Fn 701 sowie bei Fn 752.

767 *Aumüllner*, GesRZ 2013, 318.

Beispiel: Ein Kommanditist mit Haftsumme 100 hat eine Pflichteinlage in derselben Höhe geleistet – allerdings mit negativer Tilgungsbestimmung. Dem Gläubiger G erteilt er trotzdem die Auskunft, eine Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB iHv 100 sei geleistet. Einige Zeit später fällt die KG in Insolvenz, ohne dass G von der Gesellschaft oder vom Kommanditisten Befriedigung erlangt hätte. In der Gesellschaftsinsolvenz kann zunächst der Insolvenzverwalter die 100 vom Kommanditisten einziehen. Aus dem eingezogenen Betrag wird auch G anteilig befriedigt, zusätzlich erhält G die Konkursquote. Hätte der Kommanditist G schon vor der Gesellschaftsinsolvenz richtig über den Stand der Einlage informiert, hätte G freilich von diesem eine Leistung verlangt. Es ist im Zweifel davon auszugehen, dass G dabei eine Leistung aus dem Vermögen des Kommanditisten durchsetzen hätte können, die der gesamten Forderung G's entspricht, maximal aber der zum Zeitpunkt der Auskunft tatsächlich ungedeckten Haftsumme, das heißt von 100. Erteilt ein Kommanditist Gläubigern falsche Auskunft über die Höhe der geleisteten Einlage, kann dies also dazu führen, dass der Kommanditist, sollte er zwischenzeitlich seine Haftsumme durch Einlagenleistung oder Zahlung an den Insolvenzverwalter bzw sonstige Gläubiger gedeckt haben, trotzdem zusätzlich jene Kommanditisten befriedigen muss, denen er falsche Auskünfte erteilt hatte.

Insgesamt ist das Auskunftsrecht gem § 171 Abs 1 S 2 UGB aber leider recht zahnlos ausgestaltet: Die Materialien halten zum Auskunftsrecht gegenüber dem Kommanditisten gem § 171 Abs 2 UGB fest, dass dieses Auskunftsrecht dem Kostenrisiko der Gesellschaftsgläubiger im Falle einer Klage gegen den Kommanditisten vorbeugen soll.[768] Hat der Gläubiger vom Kommanditisten Auskunft über die Höhe der geleisteten haftungsbefreienden Einlage erhalten, steht er freilich vor der Frage, ob diese Auskunft auch *richtig* war. Erteilt der Kommanditist dem Gesellschaftsgläubiger lediglich eine nicht nachprüfbare Auskunft über die Höhe der geleisteten Einlage, kann der Gläubiger die Richtigkeit dieser Auskunft kaum beurteilen. Der Gläubiger hat lediglich die Möglichkeit, die Richtigkeit der Mitteilung durch den Kommanditisten im Prozess mit eigenem Kostenrisiko zu erproben. Mangels spezifischer Sanktionen verschafft § 171 Abs 1 S 2 dem Gläubiger dabei keine Hilfestellung gegenüber einem Kommanditisten, der fälschlicherweise die Leistung einer Einlage behauptet bzw eine negative Tilgungsbestimmung verschwiegen hat. Möchte man dem Normzweck von § 171 Abs 1 S 2 UGB, dem Kostenrisiko des Gläubigers vorzubeugen, tatsächlich zum Durchbruch verhelfen, müsste § 171 Abs 1 S 2 UGB daher gleichzeitig auch als Obliegenheit zum Beleg der Einlagenleistung aufgefasst werden:[769] Der Kommanditist hätte dann die Kosten einer Stufenklage gem Art XLII EGZPO[770] zu tragen, wenn er sich nicht bereits vor einem Prozess zum Beleg seiner Einlagenleistung gegenüber dem Gläubiger bereit erklärt hatte. Bei Bareinlagen würde die Übermittlung eines Bankbelegs zum Nachweis der Einlagenleistung genügen, möglicherweise sogar die bloße Offenlegung des Jahresabschlusses der KG; bei Sacheinlagen, mehr noch bei rechtsunsicheren Dienstleistungen als

768 ErlRV HaRÄG 47; vgl zum Kostenrisiko des Gläubigers allgemein *Wünsch*, GesRZ 1978, 51 (56).

769 Vgl schon *Neumann-Duesberg*, DB 1965, 769 f.

770 S zur Anwendbarkeit *Rieder/Huemer*, GesR[3] 180; vgl RIS-Justiz RI0000182; allgemein zum Erfordernis eines Auskunfts- oder Kontrollrechts für Stufenklagen *Konecny* in *Fasching/Konecny*[2] Art XLII EGZPO Rz 3, 21.

Einlage würden dagegen regelmäßig erhöhte Anforderungen an den Kommanditisten zu stellen sein, um allfällige Bedenken des Gläubigers an der Werthaltigkeit seiner Leistung zu zerstreuen. *Harrer*[771] hatte dementsprechend schon die Aufnahme einer Obliegenheit zum „urkundlichen Beleg" der Einlagenleistung ins Gesetz gefordert. Den Beleg der negativen Tatsache, dass der Kommanditist seine Einlage frei von einer negativen Tilgungsbestimmung geleistet hat, wird man dem Kommanditisten aber wohl nur abverlangen können, wenn konkrete Hinweise auf eine negative Tilgungbestimmung vorhanden sind.

Auch ein Eingriff in unverzichtbare Rechte des Kommanditisten ist bei einer negativen Tilgungsbestimmung mE nicht zu erblicken. Denn eine negative Tilgungsbestimmung belastet den Kommanditisten nicht stärker als eine Erhöhung der Haftsumme[772] – eine Erhöhung der Haftsumme über die Pflichteinlage hinaus ist mit Zustimmung des betroffenen Kommanditisten aber im Allgemeinen zweifellos zulässig (vgl nur § 172 Abs 1 UGB). *Für* die Außenwirksamkeit einer negativen Tilgungsbestimmung sprechen hingegen dieselben Gründe, die schon in den vorherigen Fallgruppen für eine Einschränkung des Grundsatzes gesprochen haben, wonach jede objektiv werthaltige Leistung den Kommanditisten von seiner Außenhaftung befreit: Eine negative Tilgungsbestimmung erlaubt dem Kommanditisten eine angemessene Verzinsung seiner Pflichteinlage (die ja aufgrund der negativen Tilgungsbestimmung keine haftungsbefreiende Einlage sein soll), ohne deswegen ein Aufleben seiner Außenhaftung befürchten zu müssen (vgl oben III.D.2. [231]). Eine negative Tilgungsbestimmung ermöglicht, die Einlage des Kommanditisten mit seiner Zustimmung bilanziell im Eigenkapital der Gesellschaft aufzulösen und an die Gesellschafter auszuschütten (vgl oben III.C.3. [224]). Schließlich ist denkbar (und in der Praxis wohl vielfach der vorrangige Entscheidungsgesichtspunkt), dass sich Gesellschafter aus steuerlichen Gründen eine negative Tilgungsbestimmung wünschen.

Insgesamt kann eine „negative Tilgungsbestimmung" in Sonderfällen daher durchaus sinnvoll sein, und wie erwähnt sprechen mE keine wesentlichen Gründe gegen ihre Zulassung. Daher sprechen die besseren Gründe mE auch gesellschaftsrechtlich für die Anerkennung von negativen Tilgungsbestimmungen im Rahmen von § 171 Abs 1 UGB. Bei der Frage der Auslegung des Gesellschaftsvertrags, ob eine negative Tilgungsbestimmung tatsächlich vereinbart worden ist, ist aber sicherlich Vorsicht geboten; im Zweifel sollte das Vorliegen einer negativen Tilgungsbestimmung wohl verneint werden.

---

771 *Harrer*, GesRZ 2004, 85 bei Fn 13.

772 Vgl *Geßler* in *Schlegelberger*, HGB II[4] § 171 Rz 13: Unterbewertung als gewollte Vereinbarung einer höheren Haftung;

Wurde eine negative Tilgungsbestimmung vereinbart, so ist auf diese Abrede, wie erwähnt mE im Jahresabschluss der KG hinzuweisen. Wird dem Kommanditisten eine mit negativer Tilgungsbestimmung geleistete Sache später von der Gesellschaft zurückgewährt, so lebt die Außenhaftung des Kommanditisten dadurch genauso wenig auf, wie seine Haftung durch Einbringung der Sache untergegangen war.

> **Beispiel:** Ein Kommanditist bringt ein Grundstück als Einlage *quoad dominium* in die Gesellschaft ein. Aufgrund einer „negativen Tilgungsbestimmung" soll die Einlage den Kommanditisten nicht von seiner Außenhaftung befreien. Der Kommanditist wird daher mE auch durch die Einbringung des Grundstücks nicht von seiner Außenhaftung frei. Nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft stellt die KG das Grundstück an den Kommanditisten zurück. Die Außenhaftung des Kommanditisten lebt dadurch mE ebenfalls nicht wieder auf, weil die Gesellschaft dadurch nicht die „haftungsbefreiende Einlage" des Kommanditisten an diesen zurückstellt.

7. Gläubigerbefriedigung

Hat der Kommanditist Gesellschaftsgläubiger befriedigt, denen er gem § 171 Abs 1 UGB gehaftet hatte, befreit dies den Kommanditisten ebenfalls von seiner Außenhaftung. Auch in diesem Fall sollte der Regressanspruch des Kommanditisten gegen die Gesellschaft bilanziell wohl im Eigenkapital verbucht werden, nicht unter den Fremdverbindlichkeiten. S zu dieser Fallgruppe unten IV. [258].

8. Bilanziell nicht aktivierungsfähige Leistungen „auf die Einlage"

a. Einleitung

Wie erörtert ist bei buchführungspflichtigen KG der Ausweis der von den Kommanditisten geleisteten haftungsbefreienden Einlagen im Eigenkapital der Gesellschaft geboten; im Allgemeinen steht der Verbuchung im Eigenkapital eine Aktivierung der Einlage als Vermögensgegenstand gegenüber (vgl § 202 Abs 1 UGB). Es gibt aber auch Fälle, in denen eine iSd § 171 Abs 1 UGB grundsätzlich werthaltige (s zum anzuwendenden Bewertungsmaßstab oben II.D. [49]) Leistung des Kommanditisten bilanziell nicht aktivierungsfähig ist, weil durch die Leistung kein iSd § 196 Abs 1 UGB bilanzierungsfähiger Vermögensgegenstand in die Gesellschaft eingebracht wurde. Das kann

zB der Fall sein, wenn der Kommanditist eine iSd § 171 Abs 1 UGB werthaltige Dienstleistung als Einlage eingebracht hat (oben II.D.6.c. [70]).[773]

> **Beispiel:** Ein Kommanditist schult Mitarbeiter der KG ein. Diese Dienstleistung ist bilanziell nicht aktivierungsfähig. Der Wert der tatsächlich erbrachten Schulungsleistungen kann aber mE grundsätzlich Gegenstand einer haftungsbefreienden Einlagenleistung iSd § 171 Abs 1 UGB sein.

b. Der im Rechnungslegungsrecht anzuwendende Bewertungsmaßstab

Fälle, in denen eine iSd § 171 Abs 1 UGB grundsätzlich werthaltige Leistung bilanziell nicht aktivierungsfähig ist, sind freilich selten. Denn gem § 202 Abs 1 UGB sind Einlagen und Zuwendungen mit jenem Wert in die Bilanz aufzunehmen, der ihnen im Zeitpunkt ihrer Leistung beizulegen ist, soweit sich nicht aus der Nutzungsmöglichkeit im Unternehmen ein geringerer Wert ergibt. § 189a Z 3 UGB idF RÄG 2014 definiert den beizulegenden Wert als den „Betrag, den ein Erwerber des gesamten Unternehmens im Rahmen des Gesamtkaufpreises für den betreffenden Vermögensgegenstand […] ansetzen würde; dabei ist davon auszugehen, dass der Erwerber das Unternehmen fortführt". Die Formulierung wurde bewusst im Einklang mit der Definition des Teilwerts in § 6 Z 1, Z 2 lit a EstG gewählt.[774] Mit dem beizuliegenden Wert ist also nichts anderes gemeint als der Nutzungswert für das bilanzierende Unternehmen.[775] Dies wird durch die explizite Bezugnahme auf den „Nutzungswert im Unternehmen" in § 202 Abs 1 UGB nochmals verdeutlicht.[776]

Eine Aktivierung von Einlagen mit ihrem Nutzungswert kommt aber nur in Frage, wenn es sich bei der fraglichen Leistung überhaupt um einen bilanzierungsfähigen Vermögenswert iSd § 196 UGB Abs 1 handelt, das heißt um einen Vermögensgegenstand.[777] Die Aufzählung der in die Bilanz aufzunehmenden Vermögenswerte in § 196 Abs 1 UGB ist nach der hM abschließend, was freilich nicht viel aussagt, weil der dort aufgeführte Begriff des „Vermögensgegenstands" nicht näher bestimmt ist. Was alles unter den Begriff des

---

773 Vgl zur Unmöglichkeit der Aktivierung von *causa societatis* erbrachten Dienstleistungen *C. Nowotny* in GedS W.-D. Arnold 101 (105).

774 ErlRV RÄG 2014, 3; vgl dazu *Ekkenga*, ZHR 161 (1997) 599 (601).

775 ErlRV RÄG 2014, 3.

776 Vgl dazu *Konezny* in *U. Torggler*, UGB[2] § 202 Rz 11; *Urnik/Urtz* in WK UGB II[3] § 202 Rz 17; *Gassner*, FJ 1990, 183 (184); aber auch *Hügel*, GesRZ 1993, 29 (30 ff); vgl zur Ähnlichkeit von Nutzungswert und steuerlichem Teilwert *Ludwig/Strimitzer* in *Hirschler*, Bilanzrecht § 202 Rz 12.

777 *Urnik/Urtz* in WK UGB II[3] § 202 Rz 5 f; *Gassner*, FJ 1990, 183; *Djanani/Bitzyk* in *Bertl/Mandl*, Handbuch RLG B.II.3.2.ee/2.1; *Ludwig/Strimitzer* in *Hirschler*, Bilanzrecht § 202 Rz 11; *Urnik/Urtz* in WK UGB II[3] § 202 Rz 5; *Gassner*, FJ 1990, 183.

„Vermögensgegenstands" fällt, ist eine allgemeine Frage des Rechnungslegungsrechts, deren Bedeutung über die Bilanzierungsfähigkeit von Einlagen hinausgeht; es geht dabei insbesondere auch um die Bilanzierungsfähigkeit von entgeltlich erworbenen und selbst geschaffenen Vermögenswerten. Der Umfang des Begriffs des Vermögensgegenstands ist umstritten. Anerkannt ist zwar, dass Vermögensgegenstände grundsätzlich einen selbständigen Wert benötigen, und an Dritte übertragbar sein müssen.[778] Strittig ist aber, was das bedeutet. Das Spektrum reicht vom Erfordernis einer konkreten Veräußerungsgelegenheit für den einzelnen Vermögensgegenstand bis zur bloßen Werthaltigkeit im Rahmen eines Unternehmensverkaufs.[779] Dementsprechend wird auch die Einlagenfähigkeit von Immaterialgütern grundsätzlich bejaht.[780] Strittig ist ihre Beurteilung aber, wenn eingebrachte Immaterialgüter nicht selbständig an Dritte übertragbar sind; mehr noch, wenn sie rechtlich nicht gegen Eingriffe durch Dritte geschützt sind.[781] Spezifisch im Zusammenhang mit Einlagenleistungen bejaht die überwiegende Ansicht die Einlagefähigkeit von Nutzungsrechten,[782] insbesondere von Nutzungsrechten gegen gesellschaftsfremde Dritte.[783] Die überwiegende Ansicht lehnt hingegen die Aktivierungsfähigkeit bloß faktischer Nutzungsmöglichkeiten[784] und von als Zuwendung *causa societatis* erbrachten Dienstleistungen ab.[785]

Insoweit weicht der rechnungslegungsrechtliche Meinungsstand vom mE für § 171 Abs 1 UGB anzuwendenden Bewertungsmaßstab ab. Denn auch durch „bloß faktische Nutzungsmöglichkeiten" kann mE *pro rata temporis* in Höhe der ersparten Leihgebühren eine haftungsbefreiende Einlage geleistet werden (oben II.E.4.e. [169]). Auch Knowhow, das für das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen tatsächlich werthaltig ist (oben II.D.7.b.iii. [95]), und über das die Gesellschaft selbständig verfügen kann, ohne auf die weitere Mitwirkung des Kommanditisten angewiesen zu sein (oben II.E.2.b.iii. [124]), ist mE iSd § 171 Abs 1 UGB einlagentauglich.

---

778 *C. Nowotny* in WK UGB II^3 § 196 Rz 9 mwN.

779 *C. Nowotny* in WK UGB II^3 § 196 Rz 9 mwN.

780 *Konezny* in *U. Torggler*, UGB^2 § 202 Rz 10; *Urnik/Urtz* in WK UGB II^3 § 202 Rz 5; *Djanani/Bitzyk* in *Bertl/Mandl*, Handbuch RLG B.II.3.2.ee/2.1; *Gassner*, FJ 1990, 183.

781 Vgl *C. Nowotny* in WK UGB II^3 § 196 Rz 10 f mwN.

782 *Konezny* in *U. Torggler*, UGB^2 § 202 Rz 10; *Gassner*, FJ 1990, 183; auf Grundlage des deutschen Bilanzrechts *Bork*, ZHR 154 (1990) 205 (231 ff); iE auch *Döllerer* in FS Fleck 35 ff.

783 *Urnik/Urtz* in WK UGB II^3 § 202 Rz 6.

784 *Urnik/Urtz* in WK UGB II^3 § 202 Rz 6; *Djanani/Bitzyk* in *Bertl/Mandl*, Handbuch RLG B.II.3.2.ee/2.1; vgl *Ekkenga*, ZHR 161 (1997) 599 (602); offenlassend *Ludwig/Strimitzer* in *Hirschler*, Bilanzrecht § 202 Rz 11; aA *Gassner*, FJ 1990, 183.

785 *Urnik/Urtz* in WK UGB II^3 § 202 Rz 5 mwN.

c. Gesellschaftsrechtliche Folgerungen

Die fehlende bilanzielle Aktivierungsfähigkeit einer Leistung hindert ihre Tauglichkeit als Gegenstand einer haftungsbefreienden Einlage mE grundsätzlich nicht (oben II.D.4. [58]).[786]

Soweit eine bilanziell nicht aktivierungsfähige Leistung als Gegenstand einer (haftungsbefreienden) Sacheinlage vereinbart wurde, ist diese Einlage mE zwingend im Eigenkapital der Gesellschaft auszuweisen – und zwar mit ihrem Wert iSd § 171 Abs 1 UGB.[787] Denn erst wenn das bilanzielle Gesellschaftsreinvermögen den Wert der geleisteten Einlagen iSd § 171 Abs 1 UGB übersteigt, ist auch rechnungslegungsrechtlich sichergestellt, dass die vom Kommanditisten geleistete haftungsbefreiende Einlage im verbleibenden Gesellschaftsvermögen tatsächlich Deckung findet. Nur durch den bilanziellen Ausweis aller Kommanditisten-Einlagen mit ihrem Wert iSd § 171 Abs 1 UGB kann deshalb rechnungslegungsrechtlich sichergestellt werden, dass keine Beträge an einen Kommanditisten ausgeschüttet werden, die in Wahrheit zur Erhaltung der Einlagen erforderlich sind.[788] Deshalb sind mE auch bilanziell nicht aktivierungsfähige, aber gem § 171 Abs 1 UGB haftungsbefreiende Einlagen mit ihrem Wert iSd § 171 Abs 1 UGB durch einen Ausweis im Eigenkapital der Bilanz zu binden.[789] Die Wertung des § 172 Abs 3 UGB erfordert bei der KG insoweit mE eine Einschränkung des Grundsatzes des § 195 S 3 UGB, wonach der Jahresabschluss ua die Ertragslage der Gesellschaft getreu darzustellen hat.

Soweit der Verbuchung im Eigenkapital mangels Aktivierungsfähigkeit der Einlage iSd § 202 Abs 1 iVm § 196 Abs 1 UGB keine Gegenbuchung in den Aktiva gegenübergestellt werden kann, muss der Ausweis im Eigenkapital dann freilich gewinnmindernd erfolgen! Dies hat zur Folge, dass die Leistung einer nicht aktivierungsfähigen, aber gem § 171 Abs 1 UGB haftungsbefreienden Einlage zunächst den ausschüttbaren Gesellschaftsgewinn vermindert.[790] Damit gilt aber nichts anderes, wie wenn

---

786 Nach der Gegenansicht würde aus der bilanziellen Nicht-Aktivierungsfähigkeit einer Leistung des Kommanditisten dagegen *folgen*, dass diese Leistung den Kommanditisten auch nicht von seiner Außenhaftung befreien kann: oben Fn 205 mN zu beiden Ansichten.

787 Vgl die Nw oben Fn 246, 691.

788 Mit dieser Begründung verneinte BGH II ZR 78/89 BGHZ 109, 334 (338 f) bei den sogenannten Abschreibungsgesellschaften die Berücksichtigungsfähigkeit vermeintlicher „stiller Reserven“ bei der Ermittlung des iSd § 172 Abs 3 UGB ausschüttungsfähigen Gewinns.

789 Vgl auch *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2857.

790 Vgl *J. Meyer* 156 mit Hinweis auf BGH ZIP 1996, 70, 71 f: Wird eine Einlagenleistung entgegen dem rechnungslegungsrechtlichen Vorsichtsprinzip aktiviert, so könne die Ausschüttung eines deshalb ausgewiesenen Gewinns zur Haftung nach § 172 Abs 4 HGB führen. *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171

der Kommanditist stattdessen eine Bareinlage geleistet hätte, und die Gesellschaft mit diesem Geld eine der „Sacheinlage“ entsprechende, nicht aktivierungsfähige Leistung selbst aufwandswirksam angeschafft hätte.

> **Beispiel 1:** Ein Kommanditist erbringt als haftungsbefreiende Einlage Dienstleistungen im Wert von 100. Sobald der Kommanditist die Dienstleistungen erbracht hat, sind 100 im Eigenkapital der Gesellschaft einzubuchen (zB auf das zu bildende Konto „haftungsbefreiende Einlagen des Kommanditisten X“ oder durch Bildung einer Kapitalrücklage). Soweit die Dienstleistungen nicht unmittelbar zu einem aktivierbaren Vermögensgegenstand führen, steht der Buchung im Eigenkapital allerdings keine Buchung im Aktivvermögen der KG gegenüber. Durch die Erbringung der Dienstleistungen als haftungsbefreiende Einlage verringert sich in diesem Fall mE zunächst der haftungsneutral an die Kommanditisten ausschüttbare Bilanzgewinn, weil ja das als Einlage gebundene KG-Vermögen vermehrt wurde. Erst wenn die vom Kommanditisten erbrachte Dienstleistung in der Folge dazu führen sollte, dass die Gesellschaft einen Vermögensgegenstand mit Wert 100 erwirbt, hat sich die Werthaltigkeit der Dienstleistung auch bilanziell erwiesen. Kommt es zu keiner entsprechenden Vermögensmehrung, hat sich die bilanziell die Erfolglosigkeit der Dienstleistung erwiesen. Wie bei einer „gewöhnlichen“ Einlage, die durch Gesellschaftsverluste verloren gegangen ist, kann der Kommanditist auch in diesem Fall einen Gesellschaftsgewinn gem § 172 Abs 3 UGB erst dann haftungsneutral aus der Gesellschaft entnehmen, wenn dieser Verlust durch nachfolgende Gewinne wieder ausgeglichen wird und das Gesellschaftsreinvermögen wieder den Wert der Einlagen iSd § 171 Abs 1 UGB übersteigt.

> **Beispiel 2:** Ein Kommanditist überlässt einer KG als haftungsbefreiende Einlage (*ex ante* werthaltiges) Knowhow mit einem wirtschaftlichen Wert von 100. Die Gesellschaft verfügt ansonsten über kein Vermögen. Ein ausschüttungsfähiger Gewinn iSd § 172 Abs 3 UGB entsteht erst, sobald und soweit das bilanzielle Gesellschaftsreinvermögen den Wert der Einlage (100) übersteigt. Ob das Knowhow dabei als aktivierungsfähiger Vermögensgegenstand angesetzt werden kann, ist eine rechnungslegungsrechtliche Frage. Nicht anders wäre die Situation zu beurteilen gewesen, wenn der Kommanditist zunächst eine Bareinlage von 100 geleistet hätte, die die Gesellschaft anschließend zum Erwerb von Knowhow von einem Dritten verwendet hätte. Auch in diesem Fall wäre ein Gesellschaftsgewinn erst entstanden, sobald das bilanzielle Gesellschaftsreinvermögen (wieder) 100 übersteigt.

Dass sich die Leistung einer bilanziell nicht aktivierungsfähigen haftungsbefreienden Einlage gewinnmindernd niederschlägt, ist eine Rechtsfolge, die sich auch die Gewinnausschüttungsansprüche aller Gesellschafter der KG auswirkt. Im Innenverhältnis kann diese Rechtsfolge insofern abbedungen werden, als Bestehen und Höhe der jährlichen Entnahmerechte der einzelnen Gesellschafter grundsätzlich frei vereinbar sind und im

---

Rz 41: Die Bilanz dürfe die Wirklichkeit „nur abbilden, nicht vorgeben“; allenfalls sei eben eine Kürzung der Aktivseite hinzunehmen.

Allgemeinen auch ein über den bilanziellen Jahresüberschuss hinausgehendes Entnahmerecht vereinbart werden kann.[791] Für die Kommanditisten gilt dies freilich nur mit der Einschränkung, dass die Ausübung eines nicht durch einen tatsächlich entstandenen Gesellschaftsgewinn gedeckten Entnahmerechts den Tatbestand der Einlagenrückgewähr gem § 172 Abs 3 UGB erfüllt und die Außenhaftung des entnehmenden Kommanditisten aufleben lässt.

In diesem Rahmen sind alle Gesellschafter von der Frage, inwieweit eine bilanziell nicht aktivierungsfähige, aber iSd § 171 Abs 1 UGB grundsätzlich werthaltige Leistung des Kommanditisten überhaupt „auf die Einlage" iSd § 171 Abs 1 UGB erfolgt ist, in ihrem Gewinnbezugsrecht als eigenen Vermögensrecht betroffen. Deshalb ist den Mitgesellschaftern bei der Frage, *ob* eine bilanziell nicht aktivierungsfähige Leistung des Kommanditisten iSd § 171 Abs 1 UGB „auf die Einlage" geleistet wird, mE auch im Innenverhältnis ein gesteigertes Mitspracherecht zuzugestehen: Im Allgemeinen genügt es nach hier vertretener Ansicht für § 171 Abs 1 UGB, wenn aus dem Kontext hervorgeht, dass die Zuführung von Eigenkapital zur Gesellschaft bezweckt war (oben III.C.3. [224]). Auch bilanziell nicht aktivierungsfähige, aber iSd § 171 Abs 1 UGB werthaltige Leistungen können in diesem Sinne als Einlage geleistet werden, die im Eigenkapital gesperrt wird. Soweit die Leistung des Kommanditisten bilanziell nicht aktivierungsfähig ist, besteht mE aber ein gesellschaftsvertragliches Zustimmungsrecht bei der Frage, ob der Kommanditist damit auch eine Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB geleistet hat. Bilanziell nicht aktivierungsfähige, aber iSd § 171 Abs 1 UGB grundsätzlich werthaltige Leistungen befreien den Kommanditisten daher nur insoweit von seiner Außenhaftung, als dies auch gesellschaftsvertraglich (bzw durch einen einstimmigen Gesellschafterbeschluss) vereinbart worden ist. Das bedeutet, dass für die Frage der Zuweisung einer bilanziell nicht aktivierungsfähigen Leistung zur haftungsbefreienden Einlage intern dieselben Zuständigkeitsregeln gelten wie für die Vereinbarung einer Pflichteinlage oder die Zuteilung von Kapitalanteilen. Mangels gesellschaftsvertraglicher Vereinbarung befreien bilanziell nicht aktivierungsfähige Leistungen eines Kommanditisten diesen weder gem § 171 Abs 1 UGB von seiner Außenhaftung, noch können sie im Eigenkapital der Gesellschaft ausgewiesen werden.

---

[791] ME zu Unrecht einschränkend die Rsp: s zur Entnahme bei der Auseinandersetzung oben Fn 417 mN; s allgemein zum angeblichen Verbot der Einlagenrückgewähr bei den verdeckten Kapitalgesellschaften ausf unten VI. [299].

E. Zwischenergebnis

Im Schrifttum ist strittig, ob den Kommanditisten jede objektiv werthaltige Leistung an die Gesellschaft von seiner Haftung befreit (sogenannte „Verrechnungstheorie"), oder ob dies nur auf Leistungen zutrifft, die der Kommanditist auch „auf die Einlage" erbracht hat („Vertragstheorie"). Die überwiegende Ansicht folgt insoweit der Vertragstheorie.

Die Frage ist im Zusammenhang mit der bilanziellen Gewinnermittlung zu sehen. Ein von der Gesellschaft tatsächlich erzielter Gewinn darf haftungsneutral an die Kommanditisten ausgeschüttet werden. Nach dem Telos von § 172 Abs 3 UGB ist eine haftungsneutrale Ausschüttung eines Gesellschaftsgewinns an die Kommanditisten aber nur zulässig, wenn und weil die von den Kommanditisten geleisteten Einlagen iSd § 171 Abs 1 UGB dadurch nicht angegriffen werden. Eine Auskehr von Gesellschaftsvermögen, die bilanziell die geleisteten haftungsbefreienden Einlagen von Kommanditisten in ihrer Substanz angreift, soll dagegen gem § 172 Abs 3 UGB die Außenhaftung des empfangenden Kommanditisten aufleben lassen. Um bilanziell das dem Werte nach den Einlagen entsprechende Gesellschaftsvermögen von einem darüber hinaus erzielten Gesellschaftsgewinn unterscheiden zu können, ist ein bilanzieller Ausweis aller geleisteten haftungsbefreienden Einlagen im Eigenkapital der KG erforderlich. Daraus folgt erstens rechnungslegungsrechtlich, dass jede Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB bilanziell im Eigenkapital der KG auszuweisen sind. Zweitens folgt daraus gesellschaftsrechtlich, dass entgegen der Verrechnungstheorie nicht *jede* objektive Vermehrung des Gesellschaftsvermögens den Kommanditisten von seiner Außenhaftung befreit, sondern nur die Zuführung von *Eigenkapital.*

Haftungsbefreiend wirkt daher zunächst eine Leistung „auf die Einlage". Ausreichend ist es aber auch, wenn aus dem Kontext hervorgeht, dass der Gesellschaft *Eigenkapital* zugeführt werden sollte.

Haftungsbefreiend wirken auch „Leistungen auf die Haftsumme". Im Innenverhältnis ist der Kommanditist gegenüber Gesellschaft und Mitgesellschaftern nur zur Leistung von Geld „auf die Haftsumme" berechtigt, soweit die Haftsumme den Wert der bedungenen Pflichteinlage übersteigt. Auch ein ausgeschiedener Kommanditist ist im Innenverhältnis zu einer „Leistung auf die Haftsumme" berechtigt, soweit er gem § 160 UGB noch zumindest einem Altgläubiger gegenüber haftet und ihm die Gesellschaft nicht gem § 137 Abs 3 UGB Sicherstellung geleistet hat.

Darlehen, die ein Kommanditist der Gesellschaft gewährt hat, sind nur auf die haftungsbefreiende Einlage anzurechnen, wenn das Darlehen im Innenverhältnis als materieller Bestandteil der Pflichteinlage bzw zumindest als Bestandteil der haftungsbefreienden Einlage geleistet worden ist. Dafür ist es ausreichend, wenn aus dem Gesellschaftsvertrag hervorgeht, dass das Darlehen nach der Vorstellung der Gesellschafter den Kommanditisten auch von seiner Außenhaftung befreien würde. Indizien sind die Vereinbarung der Nachrangigkeit des Darlehensrückzahlungsanspruchs und andere Vereinbarungen, die das Darlehen in die Nähe von Eigenkapital rücken. Soweit ein Darlehen als materieller Bestandteil der Einlage geleistet worden ist, ist der Darlehensrückzahlungsanspruch im Eigenkapital, nicht unter den Fremdverbindlichkeiten auszuweisen. Zinsen, die auf ein der Einlage zuzurechnendes Darlehen bezahlt werden, lassen als Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB die Außenhaftung des Kommanditisten erneut aufleben, soweit die Zahlung nicht aus dem Gesellschaftsgewinn erfolgt ist.

Wurde eine Sacheinlage unterbewertet, und bezog sich diese Unterbewertung auch auf die Bewertung der Einlage gem § 171 Abs 1 UGB oder auf den Bilanzierungsansatz, ist die Unterbewertung außenwirksam.

Der Nettoleistungsüberschuss aus einem zugunsten der Gesellschaft unausgeglichenen Drittgeschäft (zB: der Kommanditist verkauft eine Sache unter Wert an die Gesellschaft) befreit den Kommanditisten nur von seiner Außenhaftung, soweit dieses Drittgeschäft als Sacheinlage in die Gesellschaft eingebracht worden ist. Diesfalls ist die Leistung des Kommanditisten grundsätzlich mit ihrem beizulegenden Wert iSd § 202 Abs 1 UGB zu aktivieren, die Differenz zum Leistungswert der Gesellschaft ist im Eigenkapital als Zuwendung *causa societatis* auszuweisen. Der Kommanditist wird von seiner Außenhaftung frei, sobald er die drittvertraglich versprochene Leistung tatsächlich an die Gesellschaft erbracht hat, nicht schon sobald die Gesellschaft einen Anspruch auf Leistung gegen den Kommanditisten erlangt hat. Wurde ein für die Gesellschaft vorteilhaftes Drittgeschäft *nicht* als Sacheinlage eingebracht, befreit der Nettoleistungsüberschuss aus diesem Geschäft den Kommanditisten dagegen nicht von seiner Außenhaftung. Diesfalls entstehen durch das Geschäft bilanziell stille Reserven in Höhe der Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung, die nach ihrer Aufdeckung haftungsneutral an die Gesellschafter ausgeschüttet werden können, ohne den Tatbestand der Einlagenrückgewähr gem § 172 Abs 3 UGB zu erfüllen.

Wurde gesellschaftsvertraglich vereinbart, dass die vom Kommanditisten geleistete Pflichteinlage diesen *nicht* von seiner Außenhaftung befreien soll („negative Tilgungsbestimmung"), so ist diese Vereinbarung außenwirksam. Zur Information der Gesellschaftsgläubiger über die Haftungsverhältnisse der KG ist im Jahresabschluss der KG auf eine negative Tilgungsbestimmung hinzuweisen.

Auch bilanziell nicht aktivierungsfähige, aber iSd § 171 Abs 1 UGB grundsätzlich werthaltige Leistungen (zB Dienstleistungen) können den Kommanditisten von seiner Außenhaftung befreien. Wurde die Leistung als Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB erbracht, ist zum bilanziellen Gläubigerschutz auch in diesem Fall eine Verbuchung der Leistung im Eigenkapital der KG geboten, und zwar mit ihrem haftungsbefreienden Wert iSd § 171 Abs 1 UGB. Soweit die Leistung bilanziell nicht aktivierungsfähig ist, vermindert der Ausweis den ausschüttbaren Gesellschaftsgewinn. Im Innenverhältnis ist den Mitgesellschaftern des Kommanditisten bei der Frage, inwieweit eine bilanziell nicht aktivierungsfähige Leistung eines Kommanditisten auf seine haftungsbefreiende Einlage anzurechnen ist, deshalb ein gesteigertes Mitspracherecht zuzuerkennen: Bilanziell nicht aktivierungsfähige, aber iSd § 171 Abs 1 UGB grundsätzlich werthaltige Leistungen befreien den Kommanditisten nur insoweit von seiner Außenhaftung, als dies auch gesellschaftsvertraglich (bzw durch einen einstimmigen Gesellschafterbeschluss) vereinbart worden ist.

IV. Haftungsbefreiung durch Gläubiger-befriedigung

A. Einlagenleistung und Gläubigerbefriedigung als alternative Modi der Haftungsbefreiung

Der Kommanditist wird von seiner Außenhaftung auch frei, wenn er in Höhe der Haftsumme Gesellschaftsgläubiger befriedigt hat. Rechtlicher Grund der Haftungsbefreiung ist es in diesem Fall aber nicht (bzw nicht bloß), dass die Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers als „Leistung der Einlage" iSd § 171 Abs 1 UGB anzusehen wäre. Vielmehr wirkt alleine der Umstand, dass der Kommanditist einen Gesellschaftsgläubiger befriedigt hat, dem er gem § 171 Abs 1 UGB zur Leistung verpflichtet war, haftungsbefreiend. Einlagenleistung und Gläubigerbefriedigung sind nach der herrschenden, mE zutreffenden Ansicht insofern alternative Modi der Haftungsbefreiung iSd § 171 Abs 1 UGB.[792] Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass die Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern betragsmäßig mit der Haftsumme beschränkt ist. § 171 Abs 1 S 1 UGB im Wortlaut:

> § 171 Abs 1 UGB: Der Kommanditist haftet den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe der im Firmenbuch eingetragenen Haftsumme unmittelbar; die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist. […]

Die in diesem Abschnitt vorgetragene Begründung fußt auf dem Verhältnis von § 171 Abs 1 S 1 UGB erster Halbsatz und zweiter Halbsatz zueinander. Nach dem zweiten Halbsatz von § 171 Abs 1 S 1 UGB wird die Haftung des Kommanditisten ausgeschlossen, soweit er eine Einlage geleistet hat. Dies legt den Schluss nahe, dass der Kommanditist auch *nur* durch die Leistung einer Einlage von seiner Außenhaftung frei würde.[793] Ein solcher Schluss wäre

---

792 S die Nw unten Fn 796.

793 So *J. Meyer* 155 Fn 694 mit der Konsequenz, dass ohne Aufrechnung mit der Pflichteinlage die Außenhaftung des Kommanditisten nach Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers nicht ausgeschlossen würde (!); ebenso *Harrer* 398 f; vgl auch *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (419, aber auch 412 f, 430); vgl auch *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 171 Rz 13: Haftungsbefreiung durch Gläubigerbefriedigung trete ein, *weil* dadurch das Gesellschaftsvermögen vermehrt werde; ähnl wie diese *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 39; *Rieder/Huemer*, GesR[3] 177; Reichstagsvorlage HGB 1897, 114*: „[D]ie Haftung ist aber*

aber übereilt. Denn die Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern wird schon durch den ersten Halbsatz *leg cit* begrenzt, und zwar in Höhe der Haftsumme. Schon daraus ergibt sich, dass es sich bei der Haftung des Kommanditisten um eine summenmäßig beschränkte Haftung *pro viribus* handelt. Dass die Haftung des Kommanditisten summenmäßig beschränkt ist, bedeutet aber notwendigerweise auch, dass eine weitere Haftung des Kommanditisten ausgeschlossen ist, sobald der Kommanditist seiner Haftungspflicht in Höhe der Haftsumme nachgekommen ist. Die Haftungspflicht des Kommanditisten ist nun aber nicht auf die Leistung einer Einlage an die Gesellschaft gerichtet, sondern auf die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger. Alleine aus der Beschränkung der Haftung mit der Haftsumme in S 1 HS 1 *leg cit* ergibt sich deshalb mE, dass die Haftung des Kommanditisten erlischt, sobald er in Höhe der Haftsumme Gesellschaftsgläubiger befriedigt hat.[794] Andernfalls müsste die Haftungsnorm des § 171 Abs 1 UGB sinngemäß lauten: „Der Kommanditist haftet für die Gesellschaftsverbindlichkeiten *unbeschränkt*, solange er nicht eine Einlage in Höhe seiner Haftsumme geleistet hat". Nach der gesetzlichen Fassung des § 171 Abs 1 UGB gilt dagegen: Der Kommanditist haftet nur bis zur Höhe der Haftsumme; hat er in dieser Höhe Gesellschaftsgläubiger befriedigt, scheidet eine weitere Inanspruchnahme des Kommanditisten schon gem § 171 Abs 1 S 1 erster Halbsatz UGB aus, ungeachtet ob auch der Tatbestand des zweiten Halbsatzes *leg cit* (Einlagenleistung) erfüllt ist.[795]

Weil die Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern gem § 171 Abs 1 S 1 HS 1 den Kommanditisten selbst dann von seiner Außenhaftung befreit, wenn gleichzeitig *keine* Einlagenleistung iSd HS 2 *leg cit* vorliegt, enthält § 171 Abs 1 S 1 UGB nach der

---

ausgeschlossen, soweit die Einlage, sei es in der gewöhnlichen Weise, sei es durch Befriedigung eines anderen Gläubigers, an die Gesellschaft geleistet ist."

794 Vgl *Potsch* 32; *Gursky*, DB 1978, 1261 (1262); *E. Hüffer* 50; auch schon *Lutz*, Protokolle AHGB 1100: *„Von selbst verstehe sich, daß der [Kommanditist] um so viel, als er in Folge direkter Klagestellung einem Gläubiger zahle, gegenüber dem Komplementar und den übrigen Gläubigern befreit werde";* vgl auch *Harrer*, GesRZ 2008, 266 (268); zu weitgehend allerdings *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I^2 § 171 Rz 15 (s zur Gläubigerbefriedigung dort Rz 23), nach deren Ansicht § 171 Abs 1 HS 2 überhaupt eine bloße „Klarstellungsfunktion" zukomme; *Jabornegg/Artmann* begründen dies damit, dass eine Haftungsbeschränkung grundsätzlich nur verwirklicht werden könne, wenn die Haftung durch Leistung einer Einlage an die Gesellschaft ausgeschlossen wird. Rechtstechnisch wäre die Einführung einer bloß summenbeschränkten Außenhaftung (unabhängig von den Beiträgen im Innenverhältnis) freilich durchaus positivierbar gewesen mit der Folge, dass die Haftung des Kommanditisten als Haftung *pro viribus* ausschließlich durch unmittelbare Leistungen an die Gläubiger vermindert würde (vgl *G.H. Roth/Fitz*, UntR^2 Rz 395, die § 171 Abs 1 UGB insofern als doppelte Privilegierung auffassen); rechtspolitisch wäre eine solche Norm freilich fragwürdig.

795 Vgl *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (51); *Peters*, RNotZ 2002, 425 (430): „summenmäßige Beschränkung der Haftung"; unnötig kompliziert deshalb *Konietzko* 66 ff.

zutreffenden hM daher zwei verschiedene Modi der Haftungsbefreiung:[796] In den Worten *K. Schmidts* kann sich der Kommanditist *„erstens durch Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers, die die (summenmäßig beschränkte!) Haftung* ***erschöpft****“*[797], von seiner Haftung befreien; zweitens aber *„durch Leistung der Einlage, die diese Haftung* ***ersetzt****“*.[798]

B. Praktische Relevanz der Unterscheidung

Die dogmatische Unterscheidung zwischen Einlagenleistung und Gläubigerbefriedigung ist auch von praktischer Relevanz, weil sich der Tatbestand der haftungsbefreienden Gläubigerbefriedigung gem § 171 Abs 1 erster Halbsatz UGB vom Tatbestand der haftungsbefreienden Einlagenleistung auch inhaltlich unterscheidet.

Zu einer Haftungsbefreiung aufgrund Einlagenleistung kommt es nach dem Normzweck, weil der Kommanditist dadurch das Gesellschaftsvermögen (zugunsten der Gläubiger) vermehrt hat. Eine Haftungsbefreiung aufgrund Einlagenleistung setzt deshalb eine tatsächliche Vermehrung des Gesellschaftsvermögens voraus (oben II. [42]). Befriedigt der Kommanditist dagegen Gesellschaftsgläubiger, wendet er den Gläubigern unmittelbar Vermögen zu. In welcher Höhe durch die Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern auch das Gesellschaftsvermögen wirtschaftlich vermehrt worden ist, ist dagegen irrelevant;[799] ausreichend ist es, dass der Kommanditist eine tatsächlich bestehende Gesellschaftsverbindlichkeit befriedigt hat. Auch ob die Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern gesellschaftsvertraglich als Gegenstand einer (haftungsbefreienden) Einlage vereinbart worden ist, ist irrelevant.

> **Beispiel:** Ein Kommanditist mit Haftsumme 100 hat bisher keine Einlage geleistet. Als ein Gesellschaftsgläubiger von ihm Zahlung verlangt, muss er wohl oder übel 100 an diesen leisten. Die Gesellschaft wird dadurch im selben Ausmaß von eigenen Verbindlichkeiten befreit. Das Ausmaß der

---

796 *Gursky*, DB 1978, 1261 (1262); *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 20; *Wiedemann*, GesR II 804 f; *Kirsch* 15 ff; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 37; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2855, 2907; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 1; *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (51, s aber auch dort 48 f, 53); *Konietzko* 74; *E. Hüffer* 42; vgl BGH II ZR 222/67 BGHZ 51, 391 (394); BGH II ZR 124/61 BGHZ 39, 319; *Peters*, RNotZ 2002, 425 (429 ff) mit Hinweis auf *Wiedemann*, JZ 1986, 855 (856); *Schmelz*, DStR 2006, 1704 (1708); *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 18, 42 f: „duales Schutzsystem“; *Zacher* 14.

797 BGH II ZR 22/67 BGHZ 51, 391 (393); *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (412 f); *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 18, 43; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 76.

798 *K. Schmidt*, Einlage 6 (Fettauszeichnungen nicht im Original); s auch *dens*, ZGR 1976, 307 (312); *Cebulla*, DStR 2000, 1917 (1917, 1919); *Potsch* 34; vgl BGH II ZR 222/67 BGHZ 51, 391 (393 f).

799 S die Nw sogleich Fn 800 ff.

Vermehrung des Gesellschaftsvermögens iSd § 171 Abs 1 S 1 HS 2 UGB richtet sich nach zutreffender, herrschender Ansicht freilich nach dem wirtschaftlichen Wert der getilgten Verbindlichkeit (s näher unten IV. [258]). Ist die Bonität der Gesellschaft schlecht, kann der wirtschaftliche Wert von Gesellschaftsverbindlichkeiten auch weit unter ihrem Nennwert liegen. Der Kommanditist hat den wirtschaftlichen Wert des Gesellschaftsvermögens deshalb nicht um 100, sondern nur um den allfällig geringeren wirtschaftlichen Wert der befriedigten Verbindlichkeit vermehrt. Eine „Einlagenleistung" liegt deshalb allenfalls in Höhe des geringeren wirtschaftlichen Werts der getilgten Verbindlichkeit vor. Gleichwohl hat der Kommanditist in Höhe von 100 Gesellschaftsgläubiger befriedigt; nur aus diesem Grund wird er auch in Höhe von 100 von seiner Außenhaftung frei.

C. Tatbestand

Weil die Befriedigung von Gläubigern *ex lege* die beschränkte Haftung des Kommanditisten tilgt (soeben IV.A. [258]), kann es für die Haftungsbefreiung auf die „Werthaltigkeit" der Gläubigerforderung, abhängig von der Leistungsfähigkeit der Schuldner-KG, nicht ankommen.[800] Ausreichend ist es, wenn der Kommanditist eine tatsächlich gegen die Gesellschaft bestehende[801] Forderung befriedigt[802] hat. Hat der Kommanditist für die befriedigte Gesellschaftsschuld nicht bloß aus § 128 UGB, sondern auch aus einem anderen Titel gehaftet[803], so wird er nach der hL ebenfalls von seiner Haftung frei.[804] Auch wenn der Kommanditist bereits zur Leistung an einen bestimmten Gesellschaftsgläubiger rechtskräftig verurteilt worden ist, kann er noch mit haftungsbefreiender Wirkung an einen anderen Gesellschaftsgläubiger leisten (oder eine Einlage in die Gesellschaft einbringen) und dies im Exekutionsverfahren gegen den ersten

800 BGH II ZR 269/84 BGHZ 95, 188 (195 f); *Gursky*, DB 1978, 1261 (1262); *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 19; *Müßigbrodt*, Aufrechnung 50, 77 f; *Peters*, RNotZ 2002, 425 (430); *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR[2] §§ 171, 172 HGB Rz 31.

801 *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 50; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 14; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2908; *Tschierschke* 36 f; auch schon *Schwalb*, ZHR 34 (1888) 338 (402 f); vgl BGH II ZR 222/67 BGHZ 51, 391 (394); weitergehend (auch Befriedigung von *Verbindlichkeiten eines anderen Gesellschafters* quotal unter Abzug der Verlustbeteiligung des Gesellschafters haftungsbefreiend) *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 43.

802 Nicht ausreichend zur Haftungsbefreiung aufgrund Gläubigerbefriedigung ist insb die Sicherheitsbestellung (*Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 76; vgl *Häsemeyer*, ZHR 149 [1985] 42 [57 f]). Es kann aber die Sicherheitsbestellung selbst als Gegenstand einer Einlage vereinbart werden.

803 ZB Haftung aufgrund einer Bürgschaft, s zu den verschiedenen praxisrelevanten Fallkonstellationen *Horn* in *Heymann*, HGB II[2] § 171 Rz 10 f.

804 *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 50; *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (68); *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 78; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 23; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 171 Rz 13; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2913; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 44; *Cebulla*, DStR 2000, 1917 (1919); aA *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 10; *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 171 Rz 10; zum AHGB *Schwalb*, ZHR 34 (1888) 338 (401 f).

Gesellschaftsgläubiger geltend machen;[805] der exekutionsführende Gläubiger kann dann nur mehr Geltendmachung seiner Kosten verlangen.[806] Der ausgeschiedene Kommanditist haftet nur gegenüber Altgläubigern (§§ 159 f UGB), und kann sich folgerichtig auch nur durch Befriedigung eines Altgläubigers von seiner Außenhaftung befreien;[807] nach Befriedigung eines Neugläubigers kann der ausgeschiedene Kommanditist allenfalls Regressansprüche gegen die Gesellschaft mit seiner Haftsumme verrechnen[808].

Sehr wohl erforderlich ist allerdings, dass die Leistung des Gesellschafters *im Verhältnis zum Gesellschaftsgläubiger* werthaltig war:[809] Erbringt der Kommanditist (freiwillig[810]) eine Sachleistung an einen Gesellschaftsgläubiger, ist diese objektiv zu bewerten.[811] Hat der Gläubiger für eine Geldforderung einen niedrigeren Tilgungsbetrag akzeptiert (zB Nennwert 100, Gläubiger akzeptiert Leistung von 50 an Zahlungs statt), erlischt die Haftung des Kommanditisten mE nicht mit dem Nennbetrag der untergegangen Forderung, sondern lediglich mit der tatsächlich bezahlten Summe (also mit 50).[812] Denn nach dem Normzweck von § 171 Abs 1 UGB soll der Kommanditist tatsächlich Vermögen im Werte der Haftsumme zugunsten der Gesellschaftsgläubiger bereitstellen, sei es durch die Leistung einer Einlage oder die Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern.[813] Nur die tatsächliche Leistung eines dem Werte nach der Haftsumme entsprechenden Betrags an die Gesellschaftsgläubiger vermag den Kommanditisten deshalb mE von seiner Außenhaftung zu befreien.

Überzogene Anforderungen dürfen an die Prüfung der Werthaltigkeit der Leistung des Kommanditisten freilich nicht gestellt werden. Rechnet der Kommanditist beispielsweise mit einer eigenen Forderung gegen den Gesellschaftsgläubiger auf, so wird er in Höhe des

---

805 *Wiedemann*, GesR II 801; *Konietzko* 55 f; *Wünsch*, GesRZ 1978, 51 (56) unter Ausnahme „unzulässiger Rechtsausübung“; vgl auch BGH II ZR 162/62 BGHZ 42, 192; BGH II ZR 114/71 BGHZ 61, 149 (153); *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 20; aA *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 14; *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 118 ff.

806 Vgl *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 119.

807 *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2909; *Harrer* 396 f.

808 Als Anspruchsgrundlage scheidet § 110 Abs 1 UGB dabei aus, weil diese Bestimmung für ausgeschiedene Gesellschafter grundsätzlich nicht gilt; damit verbleiben im Wesentlichen nur mehr die allgemeinen Bestimmungen des ABGB als Grundlage einer Regressforderung.

809 *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (51); einschränkend *Tschierschke* 39.

810 Verpflichtet ist der Kommanditist gem § 171 Abs 1 UGB nur zur Befriedigung von Geldverbindlichkeiten: hM, für alle *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2907; *Cebulla*, DStR 2000, 1917.

811 *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 78; vgl *Konietzko* 96; abw *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2907: Es komme auf den Wert der Gegenleistung an, die die Gesellschaft vom befriedigten Gläubiger erhält.

812 S bereits *A. Mayer*, Haftung 50 f.

813 Oben I.E.2.c. [21], insb Fn 91 ff.

Nennwerts von seiner Haftung gegenüber allen Gesellschaftsgläubigern frei[814] (anders bei der Aufrechnung gegenüber der Gesellschaft: unten V.D.3. [280]). Der Fall der Aufrechnung unterscheidet sich vom Fall der Leistung an Zahlungs statt insofern, als das Recht des Kommanditisten zur Aufrechnung auf dem Gesetz beruht (§ 1438 ABGB). Schon § 1438 ABGB lässt sich die Wertung entnehmen, dass die Aufrechnung einer gewöhnlichen Forderungsbefriedigung gleichzuhalten ist. Deshalb ist auch die Erfüllung im Wege der Aufrechnung auf die gleiche Weise auf eine Haftung *pro viribus* anzurechnen wie eine Naturalleistung. Bei der Leistung an Zahlungs statt beruht die Tilgungswirkung dagegen auf einem Rechtsgeschäft; es steht aber einem einzelnen Gläubiger nicht zu, über die Befreiung des Kommanditisten von einer Haftung *pro viribus* mit Wirkung für alle übrigen Gläubiger zu disponieren.

Leistet der Kommanditist an einen vermeintlichen Drittgläubiger, der tatsächlich über keine Forderung gegen die Gesellschaft verfügt, so scheidet eine Haftungsbefreiung gegenüber den wirklichen Gesellschaftsgläubigern wegen Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers iSd § 171 Abs 1 UGB erster Halbsatz aus. In Frage kommt dann lediglich eine Haftungsbefreiung aufgrund Einlagenleistung (zweiter Halbsatz *leg cit*), wenn nämlich der Kommanditist durch die Leistung an den Dritten einen Aufwandsersatzanspruch gegen die Gesellschaft gem § 110 UGB erlangt[815] und diesen Anspruch mit seiner Einlage oder Haftsumme aufrechnet.[816] Dazu ist gem § 110 Abs 1 UGB insbesondere erforderlich, dass der Kommanditist von der Notwendigkeit der Aufwendung im Gesellschaftsinteresse ausgehen durfte;[817] haftungsbefreiend wirkt die Aufrechnung dann auch nur mit dem wirtschaftlichen Wert des Regressanspruchs, abhängig von der tatsächlichen Zahlungsfähigkeit der KG (unten IV. [258] f).

In der Gesellschaftsinsolvenz übt gem § 171 Abs 2 UGB ausschließlich der Insolvenzverwalter die Rechte der Gesellschaftsgläubiger aus (s zu § 171 Abs 2 UGB schon oben II.E.3.d. [139]). Eine Haftungsbefreiung aufgrund Gläubigerbefriedigung iSd § 171

---

814 BGH II ZR 222/67 BGHZ 51, 391 (394); *Potsch* 32; *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB[36] § 171 Rz 7; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 52; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 15; *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 103; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 37; *Gramlich*, NJW 1967, 1447 (1448); *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2892, 2916 f, s auch dort bei Rz I 2918 zu Ausnahmen bei rechtsmissbräuchlicher Herbeiführung der Aufrechnungslage; s auch BGH II ZR 269/84 BGHZ 95, 188 (196); BGH II ZR 162/62 BGHZ 42, 192. In der Gesellschaftsinsolvenz steht dem freilich § 171 Abs 2 UGB entgegen: sogleich folgende Fn.

815 Vgl zur Frage, inwieweit die freiwillige Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern zum Regressberechtigt, unten Fn 832.

816 Vgl *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 171 Rz 10.

817 Vgl *Preuß*, ZHR 160 (1996) 163 (166 ff).

Abs 1 S 1 HS 1 UGB ist in der Gesellschaftsinsolvenz deshalb auch nur mehr durch Leistung an den Insolvenzverwalter möglich. Befriedigt der Kommanditist in der Gesellschaftsinsolvenz dennoch einen einzelnen Gesellschaftsgläubiger – sei es durch Aufrechnung[818] oder auf die gewöhnliche Weise – kann ihn dies deshalb allenfalls als haftungsbefreiende Einlagenleistung von seiner Außenhaftung befreien, soweit durch diese Leistung durch den Wegfall eines Gläubigers mittelbar das Gesellschaftsvermögen zugunsten aller Gesellschaftsgläubiger vermehrt wurde.[819] Mit einer Einlagenleistung ist aber eine Wertprüfung aus Gesellschaftssicht verbunden (oben II.D. [49]); der Wert einer Befreiung der Gesellschaft von einer Insolvenzforderung entspricht regelmäßig bloß der Insolvenzquote (unten V.D.3.b. [282]).[820]

> **Beispiel:** Kommanditist A hat eine Haftsumme von 1.000 übernommen, aber keine Einlage geleistet. Zusätzlich hat sich A gegenüber der Bank B für einen Kredit der KG verbürgt. Die KG fällt in Insolvenz. Aufgrund seiner Bürgschaftsverpflichtung leistet A daraufhin 1.000 an B. Wird A dadurch auch von seiner Verpflichtung zur Leistung der Haftsumme an den Insolvenzverwalter gem § 171 Abs 2 UGB frei? Eine unmittelbare Anrechnung der Leistung an die Bank auf die Haftsumme scheidet aus, weil A in der Gesellschaftsinsolvenz gem § 171 Abs 2 UGB nicht mehr zur haftungsbefreienden Leistung der Haftsumme an einen einzelnen Gesellschaftsgläubiger berechtigt war. Als „Leistung einer Einlage" iSd § 171 Abs 1 UGB ist die Leistung an die Bank allenfalls insoweit anzusehen, als dadurch das Gesellschaftsvermögen objektiv vermehrt wurde – bei einer angenommenen Insolvenzquote von 5% beträgt die Vermehrung des Gesellschaftsvermögens durch die Befriedigung von Gesellschaftsverbindlichkeiten mit einem Nennwert von 1.000 aber lediglich 50. A muss daher gem § 171 Abs 2 UGB noch 950 an den Insolvenzverwalter bezahlen. Besser wäre es für A gewesen, wenn er noch vor Eintritt der Gesellschaftsinsolvenz an B geleistet hätte. Denn in diesem Fall hätte die unmittelbare Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers A gem § 171 Abs 1 UGB in Höhe der tatsächlich erbrachten Zahlung von seiner Außenhaftung befreit.

Auch ein Gesellschaftsgläubiger kann in der Gesellschaftsinsolvenz nicht mehr mit einer Forderung gegen den Kommanditisten aufrechnen,[821] weil ihm die selbständige Geltendmachung eines Anspruchs gegen den Kommanditisten gem § 171 Abs 2 UGB versagt ist („Sperrwirkung" des § 171 Abs 2 UGB)[822].[823]

---

818 Vgl BGH II ZR 162/62 BGHZ 42, 192; *Tschierschke* 85 f; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 20 mwN.

819 Vgl *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (56 f); auch BGH II ZR 162/62 BGHZ 42, 192; *Armbruster* 117 ff; s zu § 171 Abs 2 UGB allgemein auch oben II.E.3.d. [139]; s zur Bewertung bei Leistung als Einlage oben IV. [258].

820 *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB[36] § 171 Rz 13; vgl *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 76; unten V.D.3. [280].

821 *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 107; *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 103, 171; aA *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 8.

822 S näher zur Sperrwirkung des § 171 Abs 2 UGB oben Fn 478.

D. Regress

Im Innenverhältnis führt die Gläubigerbefriedigung durch den Kommanditisten zu einem Regressanspruch gegen die Gesellschaft[824] und (anteilig[825] und subsidiär[826]) gegen die Mitgesellschafter[827]. Strittig ist die Anspruchsgrundlage des Regressanspruchs gegen die Gesellschaft, vorzugswürdig ist im österreichischen Recht wohl die Annahme einer Legalzession gem § 1358 ABGB.[828] Die deutsche hM stützt den Regressanspruch dagegen (mangels Anwendbarkeit von § 426 BGB) auf den personengesellschaftsrechtlichen Aufwandsersatzanspruch gem § 110 Abs 1 UGB.[829] Anspruchsgrundlage für den Regressanspruch des Kommanditisten gegen seine Mitgesellschafter ist § 896 ABGB.[830] Auch die Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers durch den *ausgeschiedenen* Kommanditisten, der diesem Gläubiger noch gem § 160 UGB gehaftet hatte, berechtigt zum Regress gegen Gesellschaft und Mitgesellschafter.[831] Selbst die *freiwillige* Befriedigung eines

---

823 § 19 Abs 2 IO ist nicht anwendbar, weil es sich bei Forderungen von Drittgläubigern gegen den Kommanditisten um keine Insolvenzforderungen im Insolvenzverfahren über die KG handelt.

824 HM, für alle *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2921 ff; aA lediglich *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 2, nach dessen Ansicht die Gläubigerbefriedigung allerdings im Innenverhältnis *ex lege* auf die Pflichteinlage anzurechnen sei; durch die Gläubigerbefriedigung hätte der Kommanditist eine eigene Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft erfüllt (vgl unten Fn 852); vgl auch *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 8 ff.

825 *Faust* in FS K. Schmidt 357 (360) mwN; vgl BGH II ZR 382/99 NZG 2002, 232.

826 BGH II ZR 204/60 BGHZ 37, 299; *Büscher/Klusmann*, ZIP 1992, 11 (16); *K. Schmidt*, DB 1995, 1381.

827 Siehe zB *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2924; *Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2954; aber auch Reichstagsvorlage HGB 1897, 94.

828 S dazu *Kastner*, GesRZ 1986, 1; für den ausgeschiedenen Gesellschafter OGH 28.6.2005, 10 Ob 58/05k; vgl OGH 4 Ob 40/13f EvBl 2014/15; *Faust* in FS K. Schmidt 357 (359): Legalzession kraft Gesamtanalogie im deutschen Recht; aA *Warto*, GesRZ 2008, 147; *Harrer*, GesRZ 2008, 266 (267 ff). Wie *Warto* und *Harrer* (jeweils aaO) insoweit zutreffend ausführen, werden bestellte Sicherheiten in der Regel aber nicht auf den Kommanditisten übergehen.

829 BGH II ZR 95/06 NZG 2007, 822 (823); *Preuß*, ZHR 160 (1996) 163 ff; *Hadding* in FS Stimpel 139 mwN; *Faust* in FS K. Schmidt 357; *Büscher/Klusmann*, ZIP 1992, 11 (16); s für Österreich zB *Harrer*, GesRZ 2008, 266 (269); krit *H. Westermann* in FS Barz 81 (89).

830 *Harrer*, GesRZ 2008, 266 (271); s zur Nicht-Anwendbarkeit von § 426 BGB *Hadding* in FS Stimpel 139 (140 f); *dens* in FS Fleck 71 (75 f); *Faust* in FS K. Schmidt 357 (360); *Büscher/Klusmann*, ZIP 1992, 11 (16); vgl BGH II ZR 382/99 NZG 2002, 232. Soweit man den Regressanspruch gegen die Gesellschaft auf § 110 Abs 1 UGB stützt, könnte man zwar auf den Gedanken kommen, den Regressanspruch gegen die Mitgesellschafter auf § 110 Abs 1 iVm § 128 bzw § 171 Abs 1 UGB zu stützen; *Faust* in FS K. Schmidt 357 (361 ff) hat aber mE überzeugend dargelegt, dass die Mitgesellschafter für Aufwandsersatzansprüche gem § 110 UGB außerhalb der Auseinandersetzung grundsätzlich keine Haftung gem § 128 bzw § 171 Abs 1 UGB trifft, weil dies einer mittelbaren Nachschusspflicht für Aufwendungen gleichkäme, die ein anderer Gesellschafter im System des § 110 UGB grundsätzlich *freiwillig* unternommen hatte.

831 BGH II ZR 124/61 BGHZ 39, 319; OGH 28.6.2005, 10 Ob 58/05k; s zu der Frage ausf mwN *Büscher/Klusmann*, ZIP 1992, 11 (16 f); vgl auch BGH II ZR 95/06 NZG 2007, 822 (823); *Cebulla*, DStR 2000, 1917 (1918).

Gesellschaftsgläubigers durch einen Gesellschafter kann nach einem Urteil des BGH gem § 110 Abs 1 UGB zur Regressnahme gegen die Gesellschaft berechtigen.[832]

Das bloße Bestehen eines Regressanspruchs lässt die Haftung des Kommanditisten nicht wieder aufleben (vgl oben II.E.3. [133]).[833] Leistet die Gesellschaft an den Kommanditisten tatsächlich Regress, lebt die Haftung des Kommanditisten freilich wieder auf.[834] Denn die mit der Gläubigerbefriedigung einhergehende Haftungsbefreiung beruhte darauf, dass der Kommanditist zugunsten der Gesellschaftsgläubiger eigenes Vermögen aufgebracht hatte. Nach erlangtem Regress hat der Kommanditist die Gesellschaftsgläubiger aber nicht länger aus eigenen Mitteln befriedigt; vielmehr trägt nun die Gesellschaft (bzw der Regress leistende Mitgesellschafter) die wirtschaftliche Last der Gläubigerbefriedigung.[835] Die Regressleistung lässt die Haftung des Kommanditisten deshalb erneut aufleben.

Der Tatbestand der Einlagenrückgewähr gem § 172 Abs 3 UGB wird durch die Regressleistung in der Regel eigentlich nicht erfüllt.[836] Denn nur wenn die ursprüngliche Gläubigerbefriedigung eine Einlagenleistung iSd § 171 Abs 1 UGB war, kann die Regressleistung durch die Gesellschaft auch eine Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB sein. Andernfalls hat der Kommanditist schlicht eine Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen empfangen, die aufgrund der vorangegangenen Befriedigung von Gesellschaftsverbindlichkeiten sachlich gerechtfertigt war,[837] sodass auch eine verdeckte Einlagenrückgewähr ausscheidet. Fasst man die Gläubigerbefriedigung richtigerweise im Regelfall *nicht* als „Einlagenleistung“ iSd § 171 Abs 1 UGB auf, so wäre der Regress daher auch nicht als Einlagenrückzahlung iSd § 172 Abs 3 UGB aufzufassen. Eine praktische Bedeutung dieser Differenzierung ist aber nicht ersichtlich. Entscheidend ist, dass die Haftung des Kommanditisten mit Empfang des gesetzlichen Regressanspruchs wieder zum Ursprungsbetrag (vor Gläubigerbefriedigung) zurückkehrt. Nach hier vertretener Ansicht ist

---

832 BGH II ZR 382/99 NZG 2002, 232; vgl zum Regress gegen die Mitgesellschafter in diesem Fall *Harrer*, GesRZ 2008, 266 (272 ff).

833 *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 171 Rz 10; *Konietzko* 74.

834 Allgemeine Meinung, zB *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 171 Rz 10; *Konietzko* 66.

835 Vgl *Potsch* 184 f.

836 Vgl *Potsch* 184 f; *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (335 f); *dens*, Einlage 58 f; eine Einlagenrückgewähr allgemein bejahend die hM: *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2925; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2989; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 42; insofern konsequent auch *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 172 Rz 10, der die Gläubigerbefriedigung freilich im Zweifel als Leistung der Pflichteinlage einstuft.

837 Vgl *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (335 f); *E. Hüffer* 42.

das der Fall, weil mit Regressleistung die mit der Gläubigerbefriedigung zunächst einhergehende Haftungserschöpfung (soeben IV.A. [258]) wieder aufgehoben wird.[838]

In der Gesellschaftsinsolvenz ist der Kommanditist grundsätzlich nicht zur Anmeldung seiner Regressansprüche gegen die Gesellschaft befugt.[839] Denn mit der Auszahlung des Regressanspruchs würde die Haftung des Kommanditisten wieder aufleben, sodass der Kommanditist sogleich zur Rückleistung des erlangten Regresses an den Insolvenzverwalter gem § 171 Abs 2 UGB verpflichtet wäre; aus diesem Grund sind Forderungen eines Kommanditisten, deren Auszahlung einen gegenläufigen Anspruch gem § 171 Abs 2 UGB zur Folge hätte, mE schon im Allgemeinen in der Gesellschaftsinsolvenz nachrangig (oben II.E.3.d. [139]); dies gilt auch für den Regressanspruch nach Gläubigerbefriedigung. Der BGH leitet die Nachrangigkeit des Regressanspruchs des Kommanditisten in der Gesellschaftsinsolvenz daraus ab, dass ja auch der Bürge mit seiner Regressforderung nicht an der Insolvenz teilnehmen könne.[840]

Der Kommanditist kann mit seinem Regressanspruch auch gegen die Forderung der Gesellschaft auf Leistung der bedungenen Pflichteinlage aufrechnen.[841] Voraussetzung ist, dass der Kommanditist im Innenverhältnis noch eine Geldeinlage schuldet.[842] Denn gem § 1438 ABGB berechtigen nur gleichartige Forderungen zur Aufrechnung. Im Außenverhältnis wird mit der Aufrechnung der Enthaftungsgrund der Gläubigerbefriedigung durch den Enthaftungsgrund der Einlagenleistung substituiert; an der Gesamthaftungshöhe des Kommanditisten ändert sich dadurch aber nichts (unten V.D.3.c. [289]).[843] Im Innenverhältnis führt die Aufrechnung des Regressanspruchs mit der offenen Pflichteinlage zum Erlöschen beider Forderungen; die Pflichteinlage des Kommanditisten gilt mit der Aufrechnung gem § 1438 ABGB in Höhe des Nennwerts der aufgerechneten

838 Vgl *K. Schmidt*, Einlage 58 f; *E. Hüffer* 42; auch *Schwalb*, ZHR 34 (1888) 338 (403 f). Das gilt in Höhe der empfangenen Leistung auch, wenn nicht die Gesellschaft, sondern Mitgesellschafter Regress geleistet haben (*Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 42). Die Haftung eines Regress leistenden Kommanditisten geht diesfalls grundsätzlich mit der Regressleistung unter, und zwar mE weil er dadurch einen Gesellschaftsgläubiger (nämlich den Regress suchenden Mitgesellschafter) befriedigt hat (vgl *H. Westermann* in FS Barz 81 [93 f]).

839 HM, Nw oben Fn 464.

840 BGH II ZR 2/57 BGHZ 27, 51 = LM § 172 HGB Nr 1 [zust *Fischer*]; ähnl *K. Müller*, NJW 1968, 225 (229 f); diesem folgend *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (441).

841 Statt vieler *Michel*, ZGR 1993, 118 (140); vgl auch *Lutz*, Protokolle AHGB 1100. Nach einer Literaturansicht wird der Kommanditist durch Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers dagegen *ex lege* von seiner Pflicht zur Leistung der Pflichteinlage frei: *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 8; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 172 Rz 10; aA zB *Michel* aaO.

842 Sogleich Fn 851.

843 Nw unten Fn 919 f.

Regressforderung[844] als geleistet. Dem ist es gleichzuhalten, wenn als Pflichteinlage von vornherein die Befriedigung eines Gläubigers vereinbart wurde: Auch in diesem Fall befreit die Befriedigung der Gesellschaftsverbindlichkeit außerhalb der Gesellschaftsinsolvenz den Kommanditisten nach den Regeln über die Gläubigerbefriedigung von seiner Außenhaftung.[845]

Die Möglichkeit zur Aufrechnung besteht grundsätzlich auch noch in der Gesellschaftsinsolvenz.[846] Dies hat zur Konsequenz, dass der Insolvenzverwalter vom Kommanditisten eine offene Bareinlage nicht mehr einfordern kann, soweit der Kommanditist Gesellschaftsgläubiger befriedigt hat.

> **Beispiel:** Kommanditist A hat eine Haftsumme von 100 übernommen, als Pflichteinlage wurden 1.000 vereinbart. A befriedigt Gesellschaftsgläubiger in Höhe von 100 und wird dadurch gem § 171 Abs 1 UGB von seiner Außenhaftung frei. Die bedungene Pflichteinlage leistet A nicht. Als die KG in Insolvenz fällt, fordert der Insolvenzverwalter von A die Leistung der offenen Pflichteinlage iHv 1.000. A kann seine Regressforderung von 100 mit seiner offenen Pflichteinlage aufrechnen, sodass er nur mehr 900 an die Masse zu leisten hat.

In Deutschland kann der Kommanditist in der KG-Insolvenz allerdings nur mit Regressansprüchen aufrechnen, die er bereits *vor* Insolvenzeröffnung erworben hatte; dies ergibt sich dort aus insolvenzrechtlichen Gesichtspunkten (vgl § 96 Abs 1 dInsO).[847]

Anders ist die Rechtslage in Österreich: Auch hier ist die Aufrechnung gem § 20 Abs 1 Fall 2 IO zwar grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die Forderung gegen den Gemeinschuldner erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erworben worden ist. Dieser

---

844 *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (327); vgl auch BGH II ZR 27/73 BGHZ 63, 338 (342 f); weitere Nw unten Fn 856.

845 S zur Zulässigkeit einer solchen Einlagenvereinbarung BGH II ZR 220/93 WM 1994, 2242 (2243 f); *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 15; BGH II ZR 132/83 NJW 1984, 2290; *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (312); *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (413); s auch Reichstagsvorlage HGB 1897, 114. Nach mE unzutreffender Ansicht *Sassenraths* (in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2920) soll sich die Bewertung in diesem Fall nicht nach den Grundsätzen der Gläubigerbefriedigung, sondern nach den (strengeren) Grundsätzen der Einlagenleistung iSd § 171 Abs 1 UGB richten.

846 *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (312); *ders* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 50; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 20; *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR[2] §§ 171, 172 HGB Rz 32; *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB[36] § 171 Rz 8.

847 BGH II ZR 33/68 BGHZ 58, 72; vgl *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (312); auch BGH II ZR 115/72 NJW 1974, 2000; RG 26.2.1907, II 373/06 JW 1907, 275; BGH II ZR 27/73 BGHZ 63, 338 (343); *Horn* in *Heymann*, HGB II[2] § 171 Rz 33; *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (68); *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 77; *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB[36] § 171 Rz 13; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 79; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 106, 113; *Harrer* 400 f. S zur Anwendbarkeit von § 95 Abs 1 S 3 dInsO (Aufrechnungsausschluss, wenn die eigene Verbindlichkeit vor der eigenen Forderung fällig wird) insb von *v. Olshausen* (ZGR 2001, 175 [181 f]); abw *v. Gerkan* in FS Kellermann 67 (72 f); vgl allgemein zur Aufrechnung des Kommanditisten im Konkurs BGH IX ZR 149/11 WM 2012, 1205.

Tatbestand ist grundsätzlich erfüllt, wenn der Kommanditist während des Insolvenzverfahrens gem § 171 Abs 2 UGB an den Insolvenzverwalter leistet. Gem § 20 Abs 2 zweite Alt IO ist die Aufrechnung aber ausnahmsweise trotzdem zulässig, wenn der Gläubiger zur Forderungsübernahme verpflichtet war und bei Eingehung dieser Verpflichtung auch gutgläubig gewesen ist. Auch der Tatbestand dieser Ausnahmeregelung wird in den meisten Fällen erfüllt sein, in denen der Kommanditist gem § 171 Abs 2 UGB an den Insolvenzverwalter geleistet hat. Denn erstens war der Kommanditist zur Leistung an den Insolvenzverwalter gem § 171 Abs 2 UGB gesetzlich verpflichtet. Zweitens ist der Zeitpunkt, zu dem der Kommanditist die Verpflichtung zur allfälligen Leistung an den Insolvenzverwalter gem § 171 Abs 2 UGB übernommen hatte, bereits der Zeitpunkt der Übernahme der Haftsumme durch den Kommanditisten gewesen; soweit zu diesem Zeitpunkt die Insolvenz der KG noch nicht absehbar war, ist auch von der Gutgläubigkeit des Kommanditisten auszugehen. In der Literatur ist zwar strittig, ob sich die Ausnahmeregelung des Abs 2 zweite Alt *leg cit* auch auf Fälle bezieht, in denen der Drittschuldner (wie hier) die eigene Forderung erst während des Insolvenzverfahrens übernommen hatte. Die überwiegende Ansicht bejaht dies aber zu Recht.[848] Kommanditisten sind daher mE gem § 20 Abs 2 IO iVm § 1438 ABGB auch zur Aufrechnung von Regressansprüchen mit der Einlageforderung der Gesellschaft berechtigt, die erst in der Gesellschaftsinsolvenz durch eine Leistung gem § 171 Abs 2 UGB an den Insolvenzverwalter[849] entstanden sind.[850] Eine Aufrechnung ist ausnahmsweise ausgeschlossen, wenn der Kommanditist iSd § 20 Abs 2 IO ausnahmsweise bereits im Zeitpunkt der Übernahme der Haftsumme bösgläubig bezüglich der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft war.

Schuldet der Kommanditist der Gesellschaft noch eine Sacheinlage, so scheidet eine Aufrechnung mit der (auf Geld gerichteten) Regressforderung aus.[851] Stattdessen erlangt der

---

848 S *Schubert* in *Konecny/Schubert,* KO § 20 Rz 61; *Fichtinger*, Die gesetzliche Aufrechnung im Insolvenzverfahren (Diss 2013) 84 ff jeweils mwN.

849 Leistet der Kommanditist in der Gesellschaftsinsolvenz direkt an einen Gesellschaftsgläubiger, scheidet ein Regress gegen die insolvente Gesellschaft hingegen aus; denn selbst wenn man grundsätzlich das Bestehen eines Regressanspruchs bejahen sollte, wäre der Regressanspruch iSd § 20 Abs 1 S 1 IO freiwillig während des Insolvenzverfahrens erworben, sodass eine Aufrechnung in der Insolvenz unzulässig wäre (iE auch BGH II ZR 33/68 BGHZ 58, 72; vgl *v. Gerkan* in FS Kellermann 67 [73]).

850 Vgl BGH II ZR 27/73 BGHZ 63, 338 (343).

851 Aufrechnen oder auf andere Weise endgültig verrechnen kann der Kommanditist die Sacheinlageschuld mit seinem Regressanspruch allerdings nur einvernehmlich: *Wiedemann* II 804 f; vgl *Peters*, RNotZ 2002, 425 (430) mwN; weitergehend *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 2, 8: Sacheinlageverpflichtung erlösche im Zweifel durch Gläubigerbefriedigung, dazu ähnl auch *Lutz*, Protokolle AHGB 1100; krit zur Ansicht *Schillings Gursky*, DB 1978, 1261 (1262).

Kommanditist mit seiner Regressforderung ein Zurückbehaltungsrecht[852] gem § 1052 ABGB[853]. Was die österreichische Rechtslage anbelangt, ist dieses Zurückbehaltungsrecht wohl grundsätzlich auch insolvenzfest[854] (vgl § 10 Abs 2 IO).

852 *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 50; *Zacher* 15; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 24; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 46; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 8; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 13, 20; *Peters*, RNotZ 2002, 425 (430 aE); *Potsch* 33; iE auch *Gursky*, DB 1978, 1261 (1262 f).

853 S zur Anwendung von § 1052 ABGB auf Forderungen aus Gesellschaftsverträgen *Aicher* in *Rummel*[3] § 1052 Rz 1; *Spitzer/Binder* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar IV[4] § 1052 ABGB Rz 65.

854 Vgl für Deutschland *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 8; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 13, 20; *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 102, 188 f; aber auch *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (48): In der Insolvenz würde das allgemeine Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) nicht greifen, sodass der Kommanditist nochmals leisten müsste (insoweit übereinstimmend auch *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 [313]; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2923; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 36, s aber auch dort Rz 99): „die sich aufdrängende Lösung" sei aber trotzdem, dem Kommanditisten die Sacheinlage nur Zug um Zug abzufordern; iE ähnl auch *Gursky*, DB 1978, 1261. Vgl allgemein zur Wirksamkeit eines erst während des Insolvenzverfahrens erworbenen Zurückbehaltungsrechts in Österreich dagegen *Deixler-Hübner* in *Konecny/Schubert* § 10 IO Rz 37.

V. Aufrechnung mit der Pflichteinlage

A. Allgemeines

Soweit der Kommanditist der Gesellschaft eine Bareinlage schuldet, kann er diese im Innenverhältnis grundsätzlich auch leisten, indem er eine eigene fällige[855] Forderung gegen die Gesellschaft mit seiner offenen Bareinlage aufrechnet (§ 1438 ABGB).[856] Bei nachrangigen Forderungen kommt es mE darauf an, ob die Forderung im Aufrechnungszeitpunkt gehemmt war[857]. Im Grundsatz unstrittig ist, dass der Kommanditist durch die Aufrechnung mit der Pflichteinlage auch eine haftungsbefreiende Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB leisten kann.[858] Eine Ausnahme blieb die diesbezügliche Gegenansicht von *v. Olshausen*, s dazu sogleich unter V.B. [274].

Soweit der Kommanditist keine Pflichteinlage (mehr) schuldet, aber noch gem § 171 Abs 1 UGB gegenüber den Gesellschaftsgläubigern haftet, ist er im Innenverhältnis grundsätzlich zur Leistung von Geld an die Gesellschaft „auf die Haftsumme" berechtigt (oben III.D.2. [231]).[859] Soweit der Kommanditist zur Leistung von Geld auf die Haftsumme berechtigt wäre, ist er dann aber auch zur haftungsbefreienden Aufrechnung „mit der Haftsumme" berechtigt.[860] Denn zur Aufrechnung berechtigt gem § 1438 ABGB schon ein

---

855 In der Insolvenz kann der Kommanditist grundsätzlich die Aufrechnung erklären, weil seine Forderung gem § 14 Abs 2 IO als fällig gilt.

856 RIS-Justiz RS0062032. Im Innenverhältnis wird der Kommanditisten dabei grundsätzlich in Höhe des Nennwerts der aufgerechneten Forderung von seiner Leistungspflicht gegenüber der Gesellschaft frei: BGH II ZR 27/73 BGHZ 63, 338 (342 f); *Cebulla*, DStR 2000, 1917 (1918); *Konietzko* 132 ff; *Harrer*, GesRZ 1997, 65 (66) Fn 6; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 48 f; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 4; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 37; *v. Gerkan* in FS Kellermann 67 (68); *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2893; *Horn* in *Heymann*, HGB II[2] § 171 Rz 20; vgl aber auch OLG Hamm 8 U 298/98 NZG 2000, 200 (*obiter*).

857 Zu weit geht es daher mE, der Aufrechnung mit Rückersatzansprüchen aus eigenkapitalersetzenden Darlehen generell die haftungsbefreiende Wirkung zu versagen (so aber *Peters*, RNotZ 2002, 425 [433]).

858 *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 37; *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1041); *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 35; *Müßigbrodt*, Aufrechnung 28; *Huber*, ZGR 1988, 1 (19); aA für die Aufrechnung im Konkurs (s dazu im Übrigen mwN oben bei Fn 841 ff) *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (65).

859 Oben Fn 659.

860 *Huber*, ZGR 1988, 1 (20); *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 36; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2895; iE *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 5; vgl *K. Schmidt*, Einlage 9 f. Die ältere Rsp bejahte eine haftungsbefreiende Aufrechnung gegen den Anspruch des Masseverwalters gem § 171 Abs 2 HGB: BGH II ZR 33/68 NJW 1972, 480 (481 f); diesem folgend BGH II ZR 202/74 NJW 1976, 418 (419); BGH II ZR 115/72 NJW 1974, 2000; ebenso *Müßigbrodt*, Aufrechnung 29 ff; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 52; vgl *Armbruster* 98 ff; auch *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 36, 79: Aufrechnung ohne Gegenseitigkeit der Forderungen gem § 387 BGB analog; ebenso *Peters*,

eigenes Leistungs*recht*; eine Leistungs*pflicht* ist nicht erforderlich.[861] Weil das Recht zur Leistung auf die Haftsumme aber nur auf eine Leistung in Geld gerichtet ist[862] und gem § 1438 ABGB nur die Aufrechnung gleichartiger Forderungen zulässig ist, kann der Kommanditist ebenfalls nur mit einer auf Geld gerichteten Forderung gegen seine Haftsumme aufrechnen[863].

Die folgenden Ausführungen gelten ebenso für die haftungsrechtliche Beurteilung der Aufrechnung mit der Pflichteinlage wie für die Einstufung einer Aufrechnung mit der Haftsumme.

Die Frage, ob bzw inwieweit die Aufrechnung mit der Pflichteinlage (bzw Haftsumme) den Kommanditisten von seiner Außenhaftung befreit, stellt sich eigentlich nur im Rahmen der Vertragstheorie.[864] Wie erwähnt (oben III.B.2. [215]) wird der Kommanditist nach der Vertragstheorie nur von seiner Außenhaftung frei, soweit er eine Leistung an die Gesellschaft auch *auf die (haftungsbefreiende) Einlage erbracht* hat. Insoweit entspricht die Vertragstheorie der überwiegenden Ansicht.[865]

Nach der Verrechnungstheorie wird der Kommanditist hingegen grundsätzlich durch *jede* werthaltige Leistung an die Gesellschaft von seiner Außenhaftung frei, ungeachtet des Leistungsgrunds (oben III.B.2. [215]). Soweit der Kommanditist gegen die Gesellschaft eine zur Aufrechnung berechtigende Forderung erlangt, würde sich nach der Verrechnungstheorie deshalb schon im Zeitpunkt der Forderungsbegründung die Frage stellen, ob die Forderung bzw der dahinter stehende Grund der Anspruchsentstehung *eo ipso* auf die haftungsbefreiende Einlage anzurechnen wären.[866] Die Aufrechnung selbst könnte den Kommanditisten hingegen nicht (zusätzlich) von seiner Außenhaftung befreien, weil es durch die Aufrechnung zu keiner (zusätzlichen) realen Vermögensverschiebung käme.

RNotZ 2002, 425 (433); *Horn* in *Heymann*, HGB II[2] § 171 Rz 34; wohl auch *Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB[36] § 171 Rz 5; zu Recht kritisch *Häsemeyer* 47 f; auch *Lichtenberg* 23 ff, 62 ff; s dazu auch oben Fn 471 sowie bei Fn 473 ff.

861 Vgl *Leven* 103 f. Nur die Forderung des die Aufrechnung erklärenden Kommanditisten muss klagbar sein: *Dullinger* in *Rummel*[3] § 1439 Rz 1, 3.

862 Oben Fn 718.

863 IE *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 5.

864 Vgl *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1042 ff).

865 *Hüffer*, ZHR 151 (1987) 396 (412); wN oben Fn 639 ff.

866 In diesem Sinne *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (47 f, 54); *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1041, 1046 ff); *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 2; letzterer vertritt darüber hinaus ausdrücklich, dass auch im Innenverhältnis die Pflicht zur Leistung einer Sacheinlage im Zweifel mit Gläubigerbefriedigung erlischt (aaO Rz 8).

Beispiel: Der Kommanditist verkauft und übergibt ein Auto an die KG. Die KG hat den Kaufpreis bisher nicht bezahlt. Nach der Verrechnungstheorie wird der Kommanditist im Zeitpunkt der Übergabe des Autos von seiner Außenhaftung frei. Nach der Vertragstheorie ist dies nicht der Fall; der Kommanditist kann nach letzterer Theorie aber seine Kaufpreisforderung mit seiner offenen Pflichteinlage aufrechnen und auf diese Art und Weise Haftungsbefreiung erlangen.

Im Sinne der Vertragstheorie können aufrechenbare Forderungen des Kommanditisten aus einem Drittgeschäft mit der Gesellschaft stammen, aber auch aus der Gesellschaftssphäre (Sozialansprüche); in Frage kommen insb Gewinnausschüttungsansprüche[867] sowie Regressforderungen nach Gläubigerbefriedigung[868]. Die Aufrechnung ist so verbindendes Element der einzelnen Sozialansprüche mit der Pflichteinlage und damit nach der Vertragstheorie auch verbindendes Element zwischen Sozialansprüchen und Außenhaftung.

Strittig ist allerdings, wie eine durch Aufrechnung geleistete Einlage im Außenverhältnis gem § 171 Abs 1 UGB zu bewerten ist. Wird der Kommanditist mit dem Nennwert der aufgerechneten Forderung von seiner Außenhaftung frei? Oder ist aus dem Erfordernis der objektiven Wertdeckung bei der haftungsbefreienden Einlagenleistung auch abzuleiten, dass der Kommanditist durch die Aufrechnung nur in Höhe des wirtschaftlichen Werts seiner Forderung gegen die Gesellschaft von seiner Außenhaftung frei wird? Der wirtschaftliche Wert von Forderungen gegen die KG wäre dabei freilich von der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft abhängig.

Beispiel: Ein Kommanditist verfügt aus einem Drittgeschäft über eine Forderung gegen die Gesellschaft über 100. Das Geschäft war drittvergleichsfähig und der Kommanditist hat seine eigene Leistung aus dem Geschäft bereits erbracht. Die Gesellschaft befindet sich nun aber in Zahlungsschwierigkeiten. Der wirtschaftliche Forderungswert beträgt deshalb nur mehr 50. Der Kommanditist rechnet seine Forderung mit der Gesellschaftsforderung auf Leistung der ausständigen Pflichteinlage von 100 auf. Wird der Kommanditist dadurch auch in Höhe von 100 von seiner Außenhaftung frei? Oder nur in Höhe des wirtschaftlichen Forderungswerts von 50?

Mit dem BGH ging die hM lange Zeit davon aus, dass der Kommanditist mit dem *Nennwert* der aufgerechneten Forderung nicht bloß im Innenverhältnis von seiner Pflicht zur Leistung der Pflichteinlage frei würde, sondern auch von seiner Außenhaftung.[869] Nur in einem Fall hat der BGH in seiner älteren Rechtsprechung davon eine Ausnahme gemacht: Dort hatte ein Kommanditist mit seiner Einlage eine Forderung aufgerechnet, die ihm (wegen

867 *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 6.

868 *Konietzko* 97.

869 So noch BGH II ZR 222/67 BGHZ 51, 391; in der älteren Lit zB *Fromm* 220; *Konietzko* 132 ff; mit zahlreichen Einschränkungen auch noch *Müßigbrodt*, Aufrechnung 80 ff, s aber auch *dens*, BB 1982, 338.

wirtschaftlicher Wertlosigkeit) von einem Gesellschaftsgläubiger ohne nennenswerte Gegenleistung abgetreten worden war. Der BGH entschied für diesen Fall, dass der Aufrechnung im Außenverhältnis keine haftungsbefreiende Wirkung zukommt, weil der Gesellschaft kein echter Vermögenswert zugeflossen wäre.[870]

Zu einem allgemeinen Umdenken führte die Entwicklung einer neueren Ansicht in der Literatur; herauszuheben ist der Beitrag von *Wiedemann* in der Festschrift für Bärmann aus dem Jahr 1975. Demnach würde der Kommanditist im Außenverhältnis nur mit dem *wirtschaftlichen* Wert der aufgerechneten Forderung von seiner Haftung frei.[871] Der BGH folgte dieser neueren Ansicht in einem Urteil aus dem Jahr 1985.[872] Das Urteil des BGH fand in der Literatur überwiegende Akzeptanz, sodass ein die Aufrechnung erklärender Kommanditist nach der heute stark überwiegenden Ansicht gem § 171 Abs 1 UGB nur mit dem wirtschaftlichen Wert seiner aufgerechneten Forderung von seiner Außenhaftung frei wird.[873]

B. Die Ansicht von *v. Olshausen*

v. Olshausen hat dagegen die Ansicht vertreten, durch eine Aufrechnung mit der Pflichteinlage würde der Kommanditist *gar nicht* von seiner Außenhaftung befreit.[874] Ausgangspunkt der Argumentation von *v. Olshausen* ist ein Kommanditist, der seine Einlage leisten möchte, indem er eine eigene Forderung *gegen einen Dritten* an Erfüllungs statt in die

---

870 BGH II ZR 202/74 NJW 1976, 418; ähnl auch *Müßigbrodt*, Aufrechnung 89 ff; vgl *K. Schmidt*, JZ 1974, 219 (220); aA *Fromm* 224 ff, 227 Fn 1, der auch in diesem Fall eine Nennwertaufrechnung durchführen möchte; lediglich allgemeine Schranken, zB durch das Insolvenzrecht (vgl für Österreich § 20 IO), seien anwendbar; ähnl wie letzterer auch *Konietzko* 144 ff.

871 *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1043 f); s auch schon *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (433 f); *K. Schmidt*, Einlage 47 ff, 158 ff, insb 51; vgl auch *dens*, ZGR 1976, 307 (320 ff).

872 BGH II ZR 269/84 BGHZ 95, 188 (194 ff).

873 *Wiedemann*, GesR II 806; *K. Schmidt*, ZGR 1986, 152; *Zacher* 33; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 22; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 171 Rz 13; *C. Nowotny*, RdW 2009, 326 (328); *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 58, 60; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 21, 35; *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB[36] § 171 Rz 6 f; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 9 f; *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 143; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 15; *Potsch* 159; *Horn* in *Heymann*, HGB II[2] § 171 Rz 20; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 50; *v. Gerkan* in *Röhricht/v. Westphalen*, HGB § 171 Rz 49; *ders* in FS Kellermann 67; *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR[2] §§ 171, 172 HGB Rz 41; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 48; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 48; *v. Olshausen*, ZGR 2001, 175; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2889; *Neubauer/Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 21; *J. Meyer* 156; *Huber*, ZGR 1988, 1 (23); vgl *Schulze zur Wiesche/Ottersbach*, GmbH & Co.KG[3] Rz 297; aA (Haftungsbefreiung mit dem Nennwert der Kompensationsforderung) weiterhin *Harrer*, GesRZ 1997, 65 (68); *ders*, Personengesellschaft 381 f; *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 60 ff; *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 171 Rz 8; *Häsemeyer*, ZHR 149 (1985) 42 (66).

874 *v. Olshausen*, ZGR 2001, 175 (insb 182 ff).

Gesellschaft einbringt. In diesem Fall sei eine Genehmigung der Einbringung durch die Mitgesellschafter nicht ohne weiteres zu erwarten. Mit diesem Fall seien Sachverhalte vergleichbar, in denen der Kommanditist eine Forderung *gegen die Gesellschaft* durch Aufrechnung einbringen möchte. Auch in diesem Fall sei es „nicht viel wahrscheinlicher", dass die Gesellschafter eine (haftungsbefreiende) Aufrechnung gegenüber der Gesellschaft zulassen wollen, vor allem wenn sich die Gesellschaft in der Krise befindet. Nur um der Systematik zu §§ 387 ff BGB (Aufrechnung) willen, also gewissermaßen im Interesse der „Normästhetik", würden die Gesellschafter auch sicherlich nicht die Nennwertaufrechnung erlauben wollen; im Zweifel sei daher nicht davon auszugehen, dass der Kommanditist seine (haftungsbefreiende) Einlage durch Aufrechnung erbringen könne. Auch *K. Schmidt* hat die Außenwirksamkeit der Aufrechnung von der Zustimmung der Mitgesellschafter abhängig gemacht.[875]

C. Replik

Jedenfalls was das österreichische Recht anbelangt, ist der Schluss *v. Olshausens* mE überzogen. Dass Forderungen im Zweifel auch durch Aufrechnung beglichen werden können, ergibt sich gem § 1438 ABGB nämlich schon aus dem Gesetz. § 1438 ABGB ist zwar disponibel und kann durch die Vereinbarung eines Aufrechnungsausschlusses abbedungen werden;[876] ob im Innenverhältnis die Pflichteinlage auch durch Aufrechnung geleistet werden kann, hängt daher davon ab, ob ein Aufrechnungsausschluss vereinbart worden ist. Der Nachweis, dass bei OG und KG im Hinblick auf die Leistung der Pflichteinlage im Zweifel von einem (konkludenten?) Aufrechnungsausschluss auszugehen sei, wurde mE aber nicht erbracht. Insbesondere unterscheidet sich die Aufrechnung mit der Pflichteinlage in drei wesentlichen Aspekten von der Einbringung einer Forderung gegen Dritte an Erfüllungs statt:

Erstens ist bei der Einbringung einer Forderung gegen Dritte zweifelhaft, ob diese Forderung für die Gesellschaft *überhaupt* einen Wert hat. Durch die Aufrechnung einer Forderung gegen die Gesellschaft wird diese dagegen in jedem Fall zumindest von einer eigenen Verbindlichkeit befreit.

875 *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 11.

876 Im Zweifel ist vom Vorliegen eines Aufrechnungsausschlusses im Allgemeinen aber nicht auszugehen: S zu dem Ganzen näher *Holly* in ABGB-ON[1.01] § 1440 Rz 33 ff.

Zweitens ist die Frage, ob der Kommanditist seine Einlage auch durch Aufrechnung erbringen kann, vor allem dann entscheidend, wenn die Gesellschaft ihre eigene, gleichartige Forderung vermutlich *nicht* erfüllen wird können. Soweit der Kommanditist seine Forderung durch die Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern oder durch die Erbringung einer drittvertraglichen Leistung an die Gesellschaft erbracht hat, hat er der Gesellschaft aber schon *dadurch* werthaltiges Vermögen zugewendet (s zu diesem Punkt noch näher sogleich unter V.D.3. [280]). Würde man vom Kommanditisten die Leistung der Pflichteinlage verlangen, obwohl die Gesellschaft ihre eigene Verpflichtung nicht (rechtzeitig) erfüllen kann, müsste der Kommanditist zugunsten der Gesellschaft dagegen insgesamt eine über Pflichteinlage und Haftsumme hinausgehende Leistung erbringen; nach der gesetzlichen Wertung soll das Haftungsrisiko des Kommanditisten aber gerade mit der Pflichteinlage bzw Haftsumme begrenzt sein.[877] Dies spricht mE dafür, dass eine Verweigerung der Aufrechnung mit der Pflichteinlage durch die Mitgesellschafter im Innenverhältnis treuwidrig wäre.

Drittens geht aus § 1438 ABGB nun einmal als gesetzliche Wertung hervor, dass die Aufrechnung einer gewöhnlichen Erfüllungshandlung grundsätzlich gleichzuhalten ist. Eine entsprechende Wertung findet sich für die Zession einer Forderung gegen Dritte dagegen nicht im Gesetz, vielmehr erfordert die Übernahme einer Forderung gegen Dritte als Leistung an Erfüllungs statt (§ 1414 ABGB) die Zustimmung des Gläubigers, hier der Gesellschaft. Insofern ist die Zession einer Forderung gegen Dritte an Erfüllungs statt nach der aus § 1414, § 1438 ABGB hervorgehenden Wertung des Gesetzgebers gerade *nicht* mit der Aufrechnung vergleichbar.

Aus diesen Gründen ist die Argumentation von *v. Olshausen* mE jedenfalls im Hinblick auf das österreichische Recht nicht überzeugend. Insbesondere ist bei der KG im Zweifel nicht von der Vereinbarung eines Aufrechnungsausschlusses auszugehen.[878] Im Zweifel kann der Kommanditist seine Pflichteinlage – und damit mittelbar auch seine haftungsbefreiende Einlage – daher grundsätzlich auch durch eine Aufrechnung gem § 1438 ABGB erbringen.[879]

---

877 Vgl die Nw oben Fn 118.

878 Vgl OLG Hamm 8 U 298/98 NZG 2000, 200; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2888; auch OGH 3 Ob 276/01m SZ 2002/29; *Huber*, ZGR 1988, 1 (23); aber auch (Aufrechnungsausschluss regelmäßig bei Bareinlage) *K. Schmidt* in MüKo HGB^3 §§ 171, 172 Rz 58.

879 HM, s die Nw oben Fn 856.

Im Einzelfall kann freilich trotzdem ein konkludenter oder ausdrücklich vereinbarter Aufrechnungsausschluss vorliegen.[880] Insbesondere im Hinblick auf Altforderungen, die im Zeitpunkt der Vereinbarung der Pflichteinlage bereits bestanden, wird wohl mitunter von einem konkludenten Aufrechnungsausschluss auszugehen sein, wenn und weil die Gesellschafter die tatsächliche Zuführung frischen Kapitals intendiert haben.

> **Beispiel:** Ein Kommanditist hat der Gesellschaft ein Darlehen über 10.000 überlassen; die Gesellschaft befindet sich in der Krise und ist zur Rückzahlung nicht in der Lage. Die Gesellschafter beschließen als letzten Rettungsversuch zur Sanierung der Gesellschaft, dass der Kommanditist nochmals 5.000 nachschießen soll. Würde der Kommanditist seinen Nachschuss durch Aufrechnung „leisten", so würde die Einlage zur Sanierung wohl keinen nennenswerten Beitrag leisten. Aufgrund des Sanierungszwecks wird in diesem Fall davon auszugehen sein, dass die Gesellschafter konkludent auch einen Aufrechnungsausschluss vereinbart haben.

D. Bewertung der aufgerechneten Forderung gem § 171 Abs 1 UGB

1. Überblick

Die Frage nach der Werthaltigkeit einer Forderung des Kommanditisten gegen die Gesellschaft stellt sich grundsätzlich in zweifacher Hinsicht:[881] Zunächst stellt sich die Frage, ob die Forderung des Kommanditisten werthaltig entstanden ist (sogleich V.D.2. [278]). Zur haftungsbefreienden Aufrechnung grundsätzlich geeignet sind in diesem Sinne zB Forderungen, die auf einer vollwertigen drittvertraglichen Leistung des Kommanditisten beruhen, der Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers entspringen oder einem rechtmäßigen Gewinnausschüttungsanspruch entstammen. Zur haftungsbefreienden Aufrechnung ungeeignet sind dagegen insbesondere drittvertragliche Forderungen, die der Kommanditist ohne Erbringung einer wirtschaftlich werthaltigen Gegenleistung erlangt hat. Zweitens stellt sich die Frage nach dem wirtschaftlichen Wert der aufgerechneten Forderung im Zeitpunkt der Aufrechnung, abhängig von der tatsächlichen Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft (unten V.D.3. [280]).

---

880 Vgl *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 58; *v. Falkenhausen*, DStR 1992, 186 (188): „stets" Beurteilung im Einzelfall, ob Aufrechnungsausschluss vorliegt.

881 Vgl *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1042).

2. Keine Haftungsbefreiung durch die Aufrechnung mit Forderungen, die auf eine Einlagenrückgewähr gerichtet sind

Ob eine Aufrechnung mit der Pflichteinlage bzw Haftsumme den Kommanditisten von seiner Außenhaftung befreit, hängt zunächst davon ab, auf welche Art und Weise die aufgerechnete Forderung entstanden ist. Soweit die Haftung des Kommanditisten durch eine *Auszahlung* der Forderung gem § 172 Abs 3 UGB aufgelebt wäre, kann eine Aufrechnung dieser Forderung mit der Pflichteinlage den Kommanditisten nämlich auch nicht von seiner Außenhaftung befreien.[882] Denn angenommen, die Gesellschaft hätte die Forderung des Kommanditisten zunächst bezahlt und dadurch den Tatbestand der Einlagenrückgewähr erfüllt. Auch wenn der Kommanditist den erhaltenen Betrag anschließend erneut als Pflichteinlage in die Gesellschaft eingelegt hätte, wäre er durch das Hin- und Herleisten insgesamt nicht von seiner Außenhaftung frei geworden; er hätte nur die mit der Auszahlung der Forderung verbundene Einlagenrückgewähr mit der Rückleistung an die Gesellschaft neutralisiert.[883] Entsprechendes gilt auch bei der Aufrechnung: Soweit mit der Auszahlung einer Forderung eine Einlagenrückgewähr verbunden gewesen wäre, lebt die Haftung des Kommanditisten durch die Aufrechnung dieser Forderung mit der Einlage zwar nicht auf, weil den Gesellschaftsgläubigern durch die Aufrechnung kein Haftungsobjekt entzogen wird. Soweit mit der Auszahlung der Forderung eine Einlagenrückgewähr verbunden gewesen wäre, kann sich der Kommanditist den Gläubigern gegenüber aber auch nicht darauf berufen, dass er mit der Aufrechnung eine werthaltige Einlage an die Gesellschaft geleistet hätte, weil er der Gesellschaft damit tatsächlich kein eigenes Vermögen zugeführt hat.[884]

---

882 *K. Schmidt* (ZGR 1976, 307 [323 ff]) bezeichnet dies treffend als „Surrogationsgedanken"; vgl auch *dens* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 56 Fn 194; ähnl *Konietzko* 137 ff; vgl OGH 7 Ob 647/82 SZ 55/103; *Tschierschke* 40; *Müßigbrodt*, BB 1982, 338 (339); *ders*, Aufrechnung 88 f; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 48; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 50; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2891; auch OGH 6 Ob 743/80 SZ 54/42; BGH II ZR 202/74 NJW 1976, 418; *Huber* 210; *Fromm* 223; *Harrer*, GesRZ 1997, 65 (67); *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1042) beim Versuch der Lösung nach der Vertragstheorie, ohne dass sich *Wiedemann* aber der Vertragstheorie anschließen würde (vgl dort S 1047 f).

883 Vgl auch *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 10 mit Hinweis auf BGH NJW 1976, 418; *Konietzko* 139 f. Dies gilt nach hier vertretener Ansicht selbst dann, wenn der Kommanditist zunächst überhaupt keine haftungsbefreiende Einlage geleistet hatte; denn die Haftung des Kommanditisten kann mE auch über seine Haftsumme hinaus ansteigen, wenn der Kommanditist insgesamt eine *negative* Einlage geleistet hat (s zu dem Problem näher oben I.F. [37]).

884 Vgl *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2891; auch *Völkl* in *Bergmann/Ratka*, PersGes Rz 4/172: Aufrechnung mit Schadenersatzansprüchen gegen die Gesellschaft haftungsbefreiend; *Völkl* schließt davon mE zu Unrecht (s dazu sogleich bei Fn 886 f) allerdings der Gesellschaftssphäre entstammende Ersatzansprüche grundsätzlich aus.

Wenn der Kommanditist eine Forderung mit seiner Einlage aufrechnet, die er durch ein Drittgeschäft mit der Gesellschaft erlangt hat, kann der Kommanditist dementsprechend auch höchstens mit jenem Betrag von seiner Außenhaftung frei werden, der dem Wert seiner ursprünglichen, eigenen Leistung an die KG entspricht.[885]

> **Beispiel:** Der Kommanditist hat der Gesellschaft eine Liegenschaft (Wert 1.000) um 1.500 verkauft und übergeben; seine Kaufpreisforderung (1.500) rechnet er mit seiner (offenen) Pflichteinlage auf. Die Aufrechnung kann den Kommanditisten höchstens in Höhe von 1.000 von seiner Außenhaftung befreien. Denn netto hat der Kommanditist an die Gesellschaft bloß eine Liegenschaft mit Wert 1.000 übertragen. Hätte die Gesellschaft die 1.500 dagegen an den Kommanditisten ausbezahlt, wäre dessen Haftung in Höhe von 500 aufgelebt, weil die Forderung zu diesem Anteil überhöht war. Hätte der Kommanditist die 1.500 anschließend erneut in die Gesellschaft eingelegt, wäre dadurch zwar auch seine Außenhaftung um 1.500 verringert worden. Netto wäre der Kommanditist aber auch in diesem Fall nur in Höhe von 1.000 von seiner Außenhaftung frei geworden.

Ob bzw in welcher Höhe die Haftung des Kommanditisten durch eine Auszahlung der vereinbarten Gegenleistung aufgelebt wäre, richtet sich nach dem Leistungswert im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (oben II.F.3.b. [179]). Auch für die Frage, in welcher Höhe die Forderung des Kommanditisten grundsätzlich zur haftungsbefreienden Aufrechnung geeignet ist, ist deshalb mE der Wert der Leistung des Kommanditisten im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses entscheidend.

> **Beispiel (Variante):** Der Kommanditist hat der Gesellschaft eine Liegenschaft (Wert 1.000) verkauft und übergeben; als Kaufpreis wurden 1.500 vereinbart. Nach Vertragsabschluss, aber vor tatsächlicher Übergabe des Grundstücks steigt der Liegenschaftswert unerwartet auf 1.300. Trotzdem muss die Haftung des Kommanditisten mE um 500 aufleben, sobald der Vertrag abgewickelt wird; denn relevanter Bewertungszeitpunkt ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Wenn dies zugunsten des Kommanditisten gelten soll, muss es auch zu seinen Lasten gelten (oben II.F.3.b.ii.2. [184]). Mit Bezahlung des Kaufpreises durch die Gesellschaft würde die Haftung des Kommanditisten daher um 500 aufleben; durch eine haftungsbefreiende Aufrechnung kann sich der Kommanditist daher mE auch dann höchstens in Höhe von 1.000 von seiner Außenhaftung befreien, wenn der Wert des von ihm übergebenen Grundstücks mittlerweile höher liegt.

Entsprechendes gilt, wenn der Kommanditist eine Sozialforderung mit seiner Einlage aufrechnen möchte: Soweit die Auszahlung eines Sozialanspruchs als Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB einzustufen gewesen wäre, kann der Kommanditist durch die Aufrechnung eines solchen Anspruchs mit der Pflichteinlage bzw Haftsumme auch nicht von

---

885 *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1042).

seiner Außenhaftung frei werden.[886] Rechnet der Kommanditist beispielsweise eine Forderung auf Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens mit seiner Haftsumme auf, so befreit ihn dies nicht von seiner Außenhaftung, weil und soweit die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens als Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB einzustufen wäre.

Im Einzelnen gilt: Die Auszahlung der herabgesetzten Pflichteinlage[887] sowie des Auseinandersetzungsguthabens[888] erfüllt grundsätzlich den Tatbestand der Einlagenrückgewähr gem § 172 Abs 3 UGB. Dasselbe gilt für die Ausübung gewinnunabhängiger Entnahmerechte auf, soweit die Auszahlung nicht aus dem Gesellschaftsgewinn erfolgt.[889] Auch wenn die Gesellschaft an den Kommanditisten nach Gläubigerbefriedigung Regress leistet, lebt die Haftung des Kommanditisten wieder auf.[890] All diese Ansprüche sind zur haftungsbefreienden Aufrechnung mit der Einlage deshalb grundsätzlich ungeeignet. Die Auszahlung von Gewinnausschüttungsansprüchen[891] und mE auch von Aufwandsersatzansprüchen gem § 110 UGB erfüllt dagegen grundsätzlich nicht den Tatbestand des § 172 Abs 3 UGB – solche Ansprüche kann der Kommanditist grundsätzlich mit haftungsbefreiender Wirkung gegenüber den Gläubigern mit seiner Einlage aufrechnen. Rechnet der Kommanditist ein Guthaben auf dem „Kapitalkonto II", einem Privatkonto odgl mit seiner Pflichteinlage auf, so kommt es auf den Ursprung des Guthabens an.[892]

3. Werthaltigkeit im Aufrechnungszeitpunkt erforderlich?

a. Grundlagen und relevanter Bewertungszeitpunkt

Auch wenn der Kommanditist mit einer Forderung aufrechnet, die „werthaltig entstanden" ist (s soeben), wird der Kommanditist nicht ohne weiteres mit dem Nennwert der

---

886 Vgl OGH 7 Ob 647/82 SZ 55/103; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 76; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 22; missverständlich betreffend die Aufrechnung mit dem Auseinandersetzungsanspruch *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 171 Rz 8; strenger in dem Sinne, dass Sozialansprüche in der Insolvenz grundsätzlich nicht zur haftungsbefreienden Aufrechnung verwendet werden können, *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 79.

887 Vgl auch *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 38.

888 OGH 7 Ob 647/82 SZ 55/103; OGH 8 Ob 16/94 SZ 68/28; BGH II ZR 250/78 BGHZ 76, 127; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 172 Rz 5.

889 Vgl zur Qualifizierung gewinnunabhängiger Entnahmerechte als Vereinbarung eines „Gewinnvoraus" oben bei und in Fn 741 ff.

890 Oben Fn 834.

891 Oben Fn 680.

892 S zur Gewinnthesaurierung unten V.E.3. [293].

aufgerechneten Forderung von seiner Außenhaftung frei. Vielmehr ist der überwiegenden Ansicht[893] darin zuzustimmen, dass es darauf ankommt, ob die Forderung auch im Zeitpunkt der Aufrechnung noch wirtschaftlich werthaltig war. Denn *jede* Sacheinlage befreit den Kommanditisten nur mit ihrem tatsächlichen Wert von seiner Außenhaftung (oben II.D. [49]). Wenn der Kommanditist eine Einlage durch Aufrechnung erbringt, wird das Gesellschaftsvermögen dadurch aber (nur) insoweit vermehrt, als die aufgerechnete Gesellschaftsverbindlichkeit untergeht. Die Aufrechnung ist insofern nichts anderes als die Einbringung einer Forderung gegen die Gesellschaft selbst. Der Gläubigerschutz erfordert, so wie bei jeder Einbringung einer Sacheinlage, auch in diesem Fall eine Bewertung des der Gesellschaft mit der Aufrechnung zugewendeten Vermögens mit seinem tatsächlichen Wert.[894]

Relevanter Bewertungszeitpunkt für Sacheinlagen ist dabei grundsätzlich der Zeitpunkt der tatsächlichen Einlagenleistung[895] (oben II.F.3.a. [177]).[896] Denn die Gesellschaftsgläubiger dürfen darauf vertrauen, dass die geleistete Einlage wenigstens im Zeitpunkt ihrer Einbringung vollwertig war.[897] Als Einlage bringt der Kommanditist durch die Aufrechnung nun seine Forderung gegen die Gesellschaft ein, nicht die der Forderung zugrunde liegende Leistung.[898] Zu bewerten ist daher mE auch der Wert der aufgerechneten Forderung im Zeitpunkt der Aufrechnung.

---

893 Nw oben Fn 871 ff.

894 Vgl *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1042). Für eine Bewertung der Einlagenleistung durch Aufrechnung anhand desselben Maßstabs wie bei der Bewertung von Sacheinlagen im Allgemeinen auch *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 38.

895 Vgl *v. Gerkan* in FS Kellermann 67 (74); *K. Schmidt*, ZGR 1986, 152 (154); *Müßigbrodt*, Aufrechnung 136 f.

896 BGH II ZR 269/84 BGHZ 95, 188 (195); *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 58 ff; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 35; *Peters*, RNotZ 2002, 425 (433); vgl *Müßigbrodt*, BB 1982, 338 (340). Eine Analogie zu § 63 Abs 3 GmbHG setzt die Bewertung bloß mit dem wirtschaftlichen Wert der aufgerechneten Forderung daher, entgegen der Ansicht *Harrers* (GesRZ 1997, 65 [68 f]), nicht voraus.

897 Oben Fn 556, s auch oben Fn 108; vgl auch *Saßenrath*, BB 1990, 1209 (1210).

898 Für eine Haftungsbefreiung des Kommanditisten mit dem Nennwert der aufgerechneten Forderung wurde angeführt, dass der Kommanditist das Gesellschaftsvermögen schon beim Erwerb der Forderung wirksam vermehrt hatte; gedacht ist an den Fall, dass der Kommanditist mit einer Forderung aus einem objektiv ausgeglichenen Drittvertrag aufrechnet, nachdem der Kommanditist seine eigene drittvertraglich geschuldete Leistung bereits an die Gesellschaft erbracht hatte: so noch BGH II ZR 222/67 BGHZ 51, 391 (394); RG 2.5.1906, I 448/05 RGZ 63, 265 (267 f); *Fromm* 222 Fn 1; *Armbruster* 101 f; *Konietzko* 142 f; s auch *Harrer*, GesRZ 1997, 65 (67 ff); vgl *Müßigbrodt*, Aufrechnung 78 f, aber auch 48 f; vgl auch *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 161 Rz 20. Der Kommanditist hatte eine solche Leistung aber nicht als haftungsbefreiende Einlage eingebracht und sie war auch nicht wie eine haftungsbefreiende Einlage vor Verminderungen zugunsten des Kommanditisten (insb durch eine haftungsneutrale, verkehrsübliche Verzinsung, die nicht aus dem Gesellschaftsgewinn erfolgt: vgl dazu oben III.D.3.c. [237] f) geschützt. Zu Recht krit auch *K. Schmidt*, ZGR 1986, 152 (154); *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1044 f); abl auch *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 37; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 50.

Beispiel: Ein Kommanditist hat seiner Gesellschaft eine Liegenschaft zum angemessenen Preis von 1.000 verkauft und übergeben. Die Gesellschaft kann den Kaufpreis in der Folge aber nicht bezahlen und fällt schließlich in Insolvenz. Der Kommanditist möchte nun seine Kaufpreisforderung mit seiner Haftsumme aufrechnen. Der Wert der Forderung des Kommanditisten beträgt in der Insolvenz nur mehr 100 (s zur Bewertung von Forderungen gegen die Gesellschaft sogleich unter b. [282]). Mit der Aufrechnung kann der Kommanditist deshalb mE auch nur mehr in Höhe von 100 von seiner Außenhaftung frei werden.

Die Aufrechnung kann den Kommanditisten daher mE nur insoweit von seiner Außenhaftung befreien, als die Gesellschaft *durch den Akt der Aufrechnung* auch einen wirklichen Vermögensvorteil erlangt hat. Weil die objektive Bewertung von Sacheinlagen zum Gläubigerschutz erforderlich ist (vgl oben II.B. [42]), kann es mE auch nicht darauf ankommen, ob der Gesellschafter oder die Gesellschaft die Aufrechnung erklärt hat. In beiden Fällen muss es im Interesse des Gläubigerschutzes im Hinblick auf die Auswirkungen der Aufrechnung auf die Außenhaftung des Kommanditisten auf den tatsächlichen Forderungswert im Aufrechnungszeitpunkt ankommen.

b. Bewertung von Forderungen gegen die Gesellschaft

i. Grundsatz

Durch die Aufrechnung mit der Pflichteinlage bzw Haftsumme wird das Gesellschaftsvermögen (nur) insoweit vermehrt, als die aufgerechnete Gesellschaftsverbindlichkeit untergeht. Welchen Barwert kann man der Befreiung der Gesellschaft von einer Verbindlichkeit zumessen?

ii. Verkürzung der Gesellschaftsverbindlichkeiten einer Vermehrung des Aktivvermögens gleichzuhalten?

Der wirtschaftliche Vorteil, den eine KG durch die Aufrechnung einer Forderung gegen die Gesellschaft mit der Einlage erlangt, liegt in der damit verbundenen Verkürzung der Gesellschaftsverbindlichkeiten. Im Kapitalgesellschaftsrecht wird nun von einigen Autoren entgegen dem OGH[899] vertreten, dass eine Verkürzung der Gesellschaftsverbindlichkeiten insofern einer Vermehrung des Aktivvermögens gleichzuhalten wäre. Daraus wird geschlossen, dass die Stammeinlagen einer GmbH auch

[899] RIS-Justiz RS0059967.

durch Aufrechnung geleistet werden könnten – und zwar zum Nennwert der aufgerechneten Verbindlichkeit.[900] Dies ist umso erstaunlicher, als § 63 Abs 3 GmbHG ausdrücklich bestimmt, dass eine Leistung der Stammeinlage durch Aufrechnung unzulässig ist (vgl auch § 60 AktG).

Dass eine Verkürzung der Gesellschaftsverbindlichkeiten einer Vermehrung des Aktivvermögens gleichzuhalten wäre, wird folgendermaßen begründet: Auch eine Verkürzung der Gesellschaftsverbindlichkeiten käme den Gesellschaftsgläubigern zugute, weil diese sich den Haftungsfonds der Gesellschaft nun mit weniger Gläubigern teilen müssten, sodass ihre Befriedigungsquote ansteigen würde. Richtig ist, dass die Gläubiger auch von einer passivseitigen Verkürzung der Gesellschaftsverbindlichkeiten profitieren. Falsch wäre aber die These, dass dieser Vorteil stets gleich groß wäre wie der Vorteil aus einer Vermehrung des Gesellschaftsaktivvermögens. Genauer gesagt ist eine passivseitige Verkürzung der Gesellschaftsverbindlichkeiten aus Sicht der Gesellschaftsgläubiger einer Vermehrung des Gesellschaftsaktivvermögens nur dann gleichzuhalten, wenn die untergegangene Forderung auch vollwertig war, wenn die Gesellschaft also zur vollen Auszahlung der Forderung auch in der Lage gewesen wäre. War die Gesellschaft dagegen insolvent, ist der Vorteil für die Gläubiger aus einer Vermehrung des Aktivvermögens grundsätzlich verhältnismäßig größer als aus einer Verkürzung der Fremdverbindlichkeiten.[901] Ein zusätzlich eingebrachter, aktiver Vermögenswert wäre in der Insolvenz nämlich grundsätzlich zur Gänze an die Gesellschaftsgläubiger (inklusive dem Kommanditisten mit seiner eigenen Forderung gegen die Gesellschaft) verteilbar gewesen.[902] Eine Verkürzung der Fremdverbindlichkeiten erhöht die verteilungsfähige Masse dagegen nicht. Geht die Aufrechnung des Kommanditisten durch Aufrechnung unter, erhöht sich dadurch lediglich die quotale Beteiligung der übrigen Gläubiger an der Insolvenzmasse. Hätte der Kommanditist seine Forderung stattdessen zur Insolvenz angemeldet, hätte er allenfalls

---

900 *Schuhmacher* in FS Aicher 729 (738 f) mwN; *M. Karollus*, ÖBA 1994, 501 (510 f); *Eckert*, GesRZ 2011, 218; aA insb *Konwitschka* 46 ff; *Koppensteiner* in FS H. Torggler 627 mwN in Fn 1-3; vgl allgemein zum Meinungsstand *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 63 Rz 15. Ähnl wie erstere für die KG auch noch BGH II ZR 222/67 BGHZ 51, 391; *Fromm* 220 ff; *Berg*, JuS 1974, 685 (691); *Konietzko* 142; *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 62, 64; vgl auch *Kirsch* 54 ff.

901 Vgl *Keuk*, ZHR 135 (1971) 410 (434); *Konwitschka* 47 f, 52 ff; diesem folgend *Koppensteiner* in FS H. Torggler 627 (636 ff).

902 Abzuziehen wäre lediglich jener Anteil, mit dem der Kommanditist selbst als Gesellschaftsgläubiger an der Insolvenzmasse partizipiert. Zahlt der Kommanditist beispielsweise 1.000 in die Insolvenzmasse ein, und machen die (nicht nachrangigen) Insolvenzforderungen des Kommanditisten 10% der insgesamt angemeldeten Forderungen aus, so werden (geht man der Einfachheit halber davon aus, dass keine bevorrangten Insolvenzgläubiger odgl mehr vorhanden sind) 10% der einbezahlten Summe an den Kommanditisten zurückfließen. Die übrigen 900 kommen den anderen Insolvenzgläubigern zugute.

die Insolvenzquote für seine Forderung erhalten. Durch die Aufrechnung erhöht sich der an die übrigen Gläubiger verteilbare Betrag deshalb *de facto* nur um jene Summe, die der Kommanditist mit seiner Forderung andernfalls aus der Insolvenzmasse erhalten hätte.

> **Beispiel:** Eine insolvente Gesellschaft verfügt über Aktiva von 1.000, ihre Verbindlichkeiten betragen 5.000. Davon entfallen 1.000 auf eine Forderung des Kommanditisten aus einem angemessenen Drittgeschäft. Der Kommanditist hat eine Haftsumme von 1.000 übernommen, aber noch keine Einlage geleistet. Würde der Kommanditist nun seine Haftsumme gem § 171 Abs 2 UGB an den Insolvenzverwalter leisten, könnte insgesamt ein Vermögen von 2.000 zur Verteilung an die Gläubiger gelangen. Der Kommanditist wäre nach Abdeckung seiner Haftsumme mE berechtigt, mit seinen Forderungen aus angemessenen Drittgeschäften an der Verteilung teilzunehmen (vgl oben II.E.3.d. [139]). Das Gesellschaftsvermögen würde daher an die Gesellschaftsgläubiger inklusive des Kommanditisten verteilt werden, die insgesamt Forderungen über 5.000 angemeldet haben. Die Insolvenzquote würde daher 2.000/5.000 bzw 40% betragen.
>
> Angenommen, der Kommanditist würde stattdessen seine Forderung gegen die KG mit seiner Haftsumme aufrechnen. In diesem Fall würden die Gesellschaftsverbindlichkeiten zwar um 1.000 auf 4.000 sinken; die verteilungsfähige Masse würde aber weiterhin nur 1.000 betragen. Die Insolvenzquote würde daher in diesem Fall lediglich 1.000/4.000 betragen, also 25%. Weil und soweit die Gesellschaftsverbindlichkeiten die Gesellschaftsaktiva übersteigen, ist der Vorteil der Gläubiger aus einer Verkürzung der Fremdverbindlichkeiten geringer als aus einer äquivalenten Vermehrung des Gesellschaftsaktivvermögens.

In bilanzieller Betrachtung ist eine Verkürzung der Gesellschaftsverbindlichkeiten einer Vermehrung des Aktivvermögens aus Gläubigersicht nur dann gleichzuhalten, wenn die Gesellschaft keine Überschuldung aufgewiesen hat. Auch wenn eine rechnerische Überschuldung der Gesellschaft durch die Aufrechnung vollständig beseitigt wird, ist die Aufrechnung einer tatsächlichen Vermehrung des aktiven Gesellschaftsvermögens in bilanzieller Betrachtung durchaus gleichzuhalten.

> **Beispiel:** Eine Gesellschaft verfügt über ein Aktivvermögen von 800 und Fremdverbindlichkeiten von 1.000. Davon entfallen 200 auf eine Forderung des Kommanditisten. Rechnet der Kommanditist seine Forderung mit seiner Haftsumme auf, wird die rechnerische Überschuldung beseitigt: Aktivvermögen und Fremdverbindlichkeiten betragen jeweils 800. Leistet der Kommanditist stattdessen eine Bareinlage von 200, wird die rechnerische Überschuldung ebenfalls genau beseitigt: Aktivvermögen und Fremdverbindlichkeiten betragen diesfalls beide 1.000. In beiden Fällen ist davon auszugehen, dass die Gesellschaft zur vollständigen Befriedigung ihrer Gläubiger in der Lage sein wird, weil der Kommanditist (durch Leistung einer Bareinlage) das Aktivvermögen vermehrt oder (durch Aufrechnung) die Passiva verkürzt hat.
>
> **Variante:** Eine Gesellschaft verfügt über ein Aktivvermögen von 800 und Fremdverbindlichkeiten von 1.000. Davon entfallen lediglich 100 auf eine Forderung des Kommanditisten. Rechnet der

Kommanditist seine Forderung mit seiner Haftsumme auf, wird die rechnerische Überschuldung der Gesellschaft nicht beseitigt: Das Aktivvermögen beträgt 800, die Fremdverbindlichkeiten betragen aber 900. Die Verschuldungsquote der Gesellschaft beträgt 900/800 oder 112,5%.

Leistet der Kommanditist stattdessen eine Bareinlage von 100, steigt das Aktivvermögen auf 900, die Verbindlichkeiten betragen weiterhin 1.000. Die Verschuldungsquote beträgt diesfalls lediglich 1000/900 bzw 111,1%. Wenn und weil die Fremdverbindlichkeiten nach der Aufrechnung das Aktivvermögen übersteigen, ist eine Verkürzung der Gesellschaftsverbindlichkeiten für die Gesellschaftsgläubiger einer Zuführung von Aktivvermögen in bilanzieller Betrachtung daher *nicht* gleichzuhalten.

Das Ganze lässt sich auch mathematisch darstellen:

Eine KG verfügt über ein Aktivvermögen *A* und Fremdverbindlichkeiten *P*. Die fiktive Befriedigungsquote bei einer Verteilung des Aktivvermögens an die Gläubiger beträgt: $\frac{A}{P}$. Durch eine Vermehrung des Gesellschaftsaktivvermögens um *X* erhöht sich die fiktive Befriedigungsquote auf $\frac{A+X}{P}$. Durch eine Verkürzung der Gesellschaftsverbindlichkeiten um *X* erhöht sich die fiktive Befriedigungsquote auf $\frac{A}{P-X}$.

Gefragt ist, bei welchen Parametern die fiktive Befriedigungsquote durch eine Verkürzung der Gesellschaftsverbindlichkeiten zumindest im gleichen Ausmaß steigt wie durch eine Vermehrung der Gesellschaftsaktiva: $\frac{A}{P-X} \geq \frac{A+X}{P}$

Für positive Werte von *A, P* und *X* lässt sich diese Ungleichung umformen in $A \geq P - X$.[903] Eine Verkürzung der Gesellschaftsverbindlichkeiten ist einer Vermehrung des Gesellschaftsaktivvermögens daher rechnerisch dann zumindest gleichzuhalten, wenn die Gesellschaftsaktiva *A* die Gesellschaftsverbindlichkeiten *P* nach der Aufrechnung *(P – X)* zumindest erreichen.

Zusammenfassend ist der Vorteil der Gläubiger aus einer Verkürzung der Gesellschaftsverbindlichkeiten in bilanzieller Betrachtung verhältnismäßig geringer als ihr Vorteil aus einer Vermehrung des Aktivvermögens, wenn eine rechnerische Überschuldung der Gesellschaft auch nach der Aufrechnung bestehen bleiben würde. Es kann deshalb nicht gesagt werden, dass durch die Aufrechnung der den KG-Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungsfonds jedenfalls in Höhe des Nennwerts der aufgerechneten Forderungen vermehrt worden sei. War bei der Aufrechnung die aufgerechnete Forderung nicht vollwertig und ist

[903] Siehe http://www.wolframalpha.com/input/?i=A+%2F+(P+%E2%80%93+X)+%3E%3D+(A+%2B+X)+%2F+P (abgerufen am 9.8.2016).

die Gesellschaft nach der Aufrechnung noch überschuldet, ist auch eine Haftungsbefreiung mit dem Nennwert der Forderung nicht angezeigt.

iii. Abstellen auf den wirtschaftlichen Forderungswert

Genauso unangebracht wäre es aber, alleine aufgrund einer rechnerischen Überschuldung der Gesellschaft bei der Bewertung einen Abschlag vom Nennwert der aufgerechneten Forderung vorzunehmen. Denn damit würde vernachlässigt, dass auch rechnerisch überschuldete Gesellschaften mitunter zur vollständigen, rechtzeitigen Befriedigung all ihrer Verbindlichkeiten in der Lage sind. Erforderlich ist dafür lediglich, dass die laufenden Erlöse zur Befriedigung der jeweils fällig werdenden Verbindlichkeiten ausreichend sind.[904] Wäre die Gesellschaft (trotz rechnerischer Überschuldung) zur vollen Befriedigung der Forderung des Kommanditisten tatsächlich in der Lage gewesen, wurde ihr durch die Aufrechnung auch die tatsächliche, volle Befriedigung des Kommanditisten erspart.[905] War die Forderung des Kommanditisten insofern vollwertig, sollte eine Aufrechnung dieser Forderung mit der Pflichteinlage bzw Haftsumme selbst bei rechnerischer Überschuldung der Gesellschaft den Kommanditisten mit dem Nennwert von seiner Außenhaftung befreien.[906]

> **Beispiel:** Die KG ist rechnerisch überschuldet, aber zur rechtzeitigen Befriedigung aller Verbindlichkeiten bei Fälligkeit in der Lage. Der Kommanditist verfügt über eine Forderung von 100 gegen die Gesellschaft. Würde er Zahlung von der Gesellschaft verlangen, so würde die KG tatsächlich 100 auszahlen, sodass sich der Kassenbestand der Gesellschaft entsprechend verringern würde. Durch die Aufrechnung seiner vollwertigen Forderung erspart der Kommanditist der Gesellschaft daher tatsächlich eine Zahlung von 100; ungeachtet der rechnerischen Überschuldung der Gesellschaft sollte der Kommanditist daher durch die Aufrechnung auch in Höhe von 100 von seiner Außenhaftung frei werden.

Stattdessen sind aufgerechnete Forderungen gegen die Gesellschaft im Rahmen von § 171 Abs 1 UGB grundsätzlich mit ihrem „wirtschaftlichen Wert" zu bewerten.[907] Entscheidend ist mE im Sinne des hier allgemein für § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB vertretenen Bewertungsmaßstabs (oben II.D. [49]) der Forderungswert für das von der

---

904 Vgl zur Finanzplanung *D. Mandl*, Lexikon 330 ff.

905 Vgl *K. Schmidt*, ZGR 1976, 307 (321). Auch die Besicherung einer Forderung führt regelmäßig zu ihrer Vollwertigkeit.

906 Vgl OGH 27.6.1989, 4 Ob 540, 1517, 1518/89; *Konwitschka* 49 ff.

907 Vgl BGH II ZR 269/84 BGHZ 95, 188 (194 ff, 198): *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2900; *Horn* in *Heymann*, HGB II^2 § 171 Rz 20.

Gesellschaft betriebene Unternehmen.[908] Das heißt, dass es bei der Bewertung darauf ankommt, ob bzw mit welchen zukünftigen Zahlungsflüssen aufgrund des zu bewertenden Ereignisses *ex ante* zu rechnen war (s im Einzelnen oben II.D.7.b. [89]). Angewendet auf die Bewertung von Forderungen gegen die Gesellschaft bedeutet dies, dass es darauf ankommt, ob bzw zu welchem Zeitpunkt und in welcher Höhe die Gesellschaft die betroffene Verbindlichkeit vermutlich tatsächlich befriedigen hätte können, ausgehend von der Finanzlage der Gesellschaft und unter der Prämisse eines sorgfältigen (§ 114 Abs 1 UGB) Umgangs mit den Gesellschaftsmitteln. Entscheidend ist die Sachlage im Zeitpunkt der Aufrechnung. Eine spätere tatsächliche Verbesserung oder Verschlechterung der Lage der Gesellschaft ist dabei nur insoweit zu berücksichtigen, als diese Entwicklung schon im Zeitpunkt der Aufrechnung absehbar war. Der Kommanditist ist für den Beweis der Werthaltigkeit der aufgerechneten Forderung beweispflichtig.[909]

> **Beispiel:** Ein Kommanditist hat eine fällige Forderung gegen die Gesellschaft mit Nennwert 100 mit seiner Haftsumme aufgerechnet. Aufgrund der Finanzlage der Gesellschaft wäre damit zu rechnen gewesen, dass die Gesellschaft erst in einem Jahr die Verbindlichkeit hätte bedienen können, und auch dann nur mit 70% Wahrscheinlichkeit. Die Wahrscheinlichkeit, dass es zu überhaupt keiner Erfüllung durch die Gesellschaft gekommen wäre, betrug 30%. Die durchschnittliche, *ex ante* tatsächlich erwartete Zahlung der Gesellschaft belief sich daher auf 70 (100 * 70%). Weil mit dieser Zahlung erst in einem Jahr zu rechnen gewesen wäre, ist dieser Betrag aber noch abzuzinsen (oben II.D.7.b.i. [89]), sodass insgesamt ein Forderungswert von ca 65 realistisch wäre. Durch die Aufrechnung wird der Kommanditist daher auch nur in Höhe von 65 von seiner Außenhaftung frei.

Auch wenn eine Befriedigung der Forderung des Kommanditisten durch die Gesellschaft tatsächlich nicht zu erwarten war, ergibt sich aus dem Überschuldungsgrad der Gesellschaft doch mE eine Wertuntergrenze für den Wert von nicht nachrangigen Forderungen gegen die Gesellschaft. Denn durch die Aufrechnung müssen sich die übrigen Gesellschaftsgläubiger den Haftungsfonds zumindest nicht mehr mit der aufgerechneten Forderung teilen; insoweit wendet der Kommanditist den Gesellschaftsgläubigern durch die Aufrechnung Vermögen zu. Der Wert dieser Zuwendung für die Gläubiger entspricht zumindest der Quote, die der Kommanditist erhalten hätte, wenn das Gesellschaftsvermögen liquidiert und gleichmäßig an alle Gesellschaftsgläubiger verteilt worden wäre. Deshalb

---

908 Insoweit überzeugend *Schuhmacher* in FS Aicher 729 (737 f). *Mußigbrodt*, Aufrechnung 82 f lehnt demgegenüber eine Aufrechnung mit dem Nennwert gerade mit dem Argument ab, dass der Forderungswert nicht aus Gesellschaftssicht, sondern aus Sicht des Forderungsgläubigers bestimmt werden müsste.

909 *v. Gerkan* in FS Kellermann 67 (75); *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 61; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 49.

ergibt sich aus dem Überschuldungsgrad der Gesellschaft mE eine *Untergrenze* für den Wert von Forderungen gegen die Gesellschaft (vgl soeben ii. [282]).[910] Noch ausstehende Gesellschaftereinlagen sind bei der Bestimmung des Überschuldungsgrads der Gesellschaft mitzuberücksichtigen, soweit ihre Einbringlichkeit *ex ante* wahrscheinlich war.[911] Ob der Kommanditist für seine Forderung gem § 171 Abs 1 UGB von einem *anderen* Kommanditisten Zahlung hätte verlangen können, ist nach Ansicht des BGH dabei unerheblich.[912]

> **Beispiel:** Eine Gesellschaft weist ein Aktivvermögen von 1.000 und Fremdverbindlichkeiten von 3.000 auf. Der Kommanditist rechnet eine eigene Verbindlichkeit von 1.000 mit seiner Einlage auf. Ohne Aufrechnung hätte der Kommanditist bei gleichmäßiger Verteilung des Gesellschaftsvermögens an alle Gläubiger ein Drittel seines Forderungswerts bzw 333 erhalten. Zumindest in Höhe von 333 entsteht für die Gesellschaftsgläubiger mit der Aufrechnung ein vermögenswerter Vorteil. Dies gilt selbst dann, wenn die Gesellschaft die Verbindlichkeit des Kommanditisten vor Eintritt der Gesellschaftsinsolvenz vermutlich nicht befriedigt hätte. War eine tatsächliche, höhere und zeitnahe Zahlung durch die Gesellschaft *ex ante* wahrscheinlich, kann der wirtschaftliche Forderungswert aber auch höher liegen.

Rechnet der Kommanditist (erst) in der Insolvenz auf, richtet sich der zu erwartende Zahlungsfluss (und damit auch der Wert der Forderung) jedenfalls nach dem Betrag, den der Kommanditist für seine Forderung vermutlich aus der Insolvenzmasse erhalten hätte, das heißt nach der erwarteten Insolvenzquote.[913]

In der Wissenschaft wird das Kriterium der Vollwertigkeit der Gesellschafter-Forderung mitunter durch einen Vergleich mit dem wirtschaftlichen Wert von Forderungen gegen Dritte hergeleitet;[914] dies legt nahe, dass sich im Sinne dieser Ansicht auch der wirtschaftliche Wert einer Forderung gegen die Gesellschaft nach dem Preis richten würde, den ein maßgerechter Dritter für den Forderungserwerb zu zahlen bereit gewesen wäre[915]. Meines Erachtens gilt: Der Marktpreis, den ein Dritter vermutlich für den entgeltlichen Forderungserwerb bezahlt hätte, ist wohl regelmäßig auch zur Schätzung des wirtschaftlichen

---

910 Vgl BGH II ZR 269/84 BGHZ 95, 188 (194 ff, 198): „Ausmaß der Überschuldung" für Forderungswert ausschlaggebend; zustimmend *v. Olshausen*, ZGR 2001, 175; vgl auch BGH II ZR 133/70 NJW 1973, 1691 (1694 f).

911 Ebenso, ohne allerdings uneinbringliche, ausstehende Einlagen explizit anzusprechen BGH II ZR 269/84 BGHZ 95, 188 (195); *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1042); *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2889.

912 BGH II ZR 269/84 BGHZ 95, 188 (195); *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 37; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 49.

913 Vgl *Armbruster* 99; *v. Gerkan* in FS Kellermann 67 (74 f).

914 Vgl *Wiedemann* in FS Bärmann 1037 (1043 f); auch *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 161 Rz 18, § 171 Rz 9; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 15.

915 Vgl zB *Müßigbrodt*, Aufrechnung 82 f.

Forderungswerts für die Gesellschaft tauglich. Rechtlich ist aber grundsätzlich entscheidend, welchen Wert der Untergang der Forderung für die Gesellschaft bzw die Gesellschaftsgläubiger hatte, nicht welchen Wert ein Dritter der Forderung zugemessen hätte.

c. Aufrechnung mit dem Regressanspruch nach Gläubigerbefriedigung

Nur für einen Fall ist vom Erfordernis der Werthaltigkeit im Aufrechnungszeitpunkt eine Ausnahme zu machen: wenn der Kommanditist einen Gesellschaftsgläubiger befriedigt hat, und seinen daraus resultierenden Regressanspruch[916](oben IV.D. [265]) gegen die Gesellschaft mit seiner Einlage aufrechnet.

> **Beispiel:** Ein Kommanditist befriedigt einen Gesellschaftsgläubiger durch eine Zahlung von 100. Die Außenhaftung des Kommanditisten geht mit der Leistung an den Gläubiger auch in dieser Höhe unter (oben IV. [258]). Gleichzeitig entsteht durch die Leistung ein Regressanspruch des Kommanditisten gegen die Gesellschaft auf Ersatz der 100. Wenn der Kommanditist von der Gesellschaft Regress erhält, lebt seine Außenhaftung dadurch wieder auf (oben IV.D. [265]). Stattdessen kann der Kommanditist aber auch seine Regressforderung mit seiner Einlage aufrechnen.

Schon mit der Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers wurde der Kommanditist von seiner Außenhaftung frei, ohne dass es darauf angekommen wäre, ob in dieser Leistung auch eine Leistung der Einlage zu erblicken ist oder welchen Wert die Gläubigerbefriedigung *für die Gesellschaft* hatte[917] (s dazu im Einzelnen oben IV. [258]).

Dogmatisch wird durch die Aufrechnung mit dem Regressanspruch zwar die Gläubigerbefriedigung als Modus der Haftungstilgung (oben IV.A. [258]) mit der Leistung einer haftungsbefreienden Einlage substituiert.[918] Die mit der Gläubigerbefriedigung einhergehende Haftungsbefreiung bleibt aus Gläubigersicht aber gerechtfertigt, solange der Kommanditist keine tatsächliche Ersatzleistung von der Gesellschaft erhält. Wenn der Kommanditist seine aus der Gläubigerbefriedigung resultierende Regressforderung gegen die Gesellschaft nun mit seiner Pflichteinlage aufrechnet, erhält er gerade *keine* tatsächliche Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen. Es bleibt dabei, dass der Kommanditist schon durch die eigene Leistung an Gesellschaftsgläubiger eigenes Vermögen für die Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern aufgebracht hatte, und dieses Vermögen auch nicht (mittelbar oder unmittelbar) von der Gesellschaft zurück erhalten hat. Es wäre deshalb nicht einzusehen,

---

916 Oben Fn 824.
917 Oben Fn 800 ff.
918 *Potsch* 185; *K. Schmidt*, ZGR 1986, 152 (157); vgl auch *dens*, ZGR 1976, 307 (327).

warum die Haftung des Kommanditisten durch die Aufrechnung *aufleben* sollte, nur weil der wirtschaftliche Wert der Regressforderung gegen eine finanzschwache KG hinter ihrem Nennwert zurückbleiben sollte. Mit dem Betrag, mit dem der Kommanditist schon durch die Gläubigerbefriedigung von seiner Außenhaftung frei geworden war, bleibt der Kommanditist daher auch nach der Aufrechnung seines Regressanspruchs mit seiner Pflichteinlage von seiner Außenhaftung frei.[919] Auf den wirtschaftlichen Wert des Regressanspruchs kommt es in diesem Fall nicht an.[920]

> **Beispiel (Fortsetzung):** Wenn der Kommanditist im vorherigen Beispiel seine Regressforderung mit seiner Pflichteinlage aufrechnet, so bleibt seine Außenhaftung von diesem Vorgang unberührt: Weiterhin bleibt der Kommanditist mit den 100, mit denen er Gesellschaftsgläubiger befriedigt hatte, von seiner Außenhaftung frei.

Im Innenverhältnis kann sich der Kommanditist durch die Aufrechnung seines Regressanspruchs mit der Pflichteinlage von seiner Pflicht zur Leistung einer Pflichteinlage befreien, und zwar nach allgemeinen Grundsätzen[921] gem § 1438 ABGB mit dem Nennwert seiner Forderung. So kann der Kommanditist auch einer „doppelten Inanspruchnahme" entgehen, sollte die Gesellschaft von ihm trotz Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers die Leistung der bedungenen Pflichteinlage verlangen (oben IV.D. [265] am Ende).

E. Ähnliche Fälle

1. Einbringung einer Forderung und Forderungsverzicht

Entsprechendes wie für die haftungsbefreiende Aufrechnung mit der Pflichteinlage gilt auch in sonstigen Fällen, in denen der Kommanditist als haftungsbefreiende Einlage eine eigene Forderung gegen die die Gesellschaft „aufopfert".[922] Beispiele sind (neben der Aufrechnung) zB der Forderungsverzicht oder die „Einbringung" einer Forderung gegen die Gesellschaft als Sacheinlage. In all diesen Fällen ist mE zunächst zu prüfen, ob die

---

919 Vgl *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 60; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2922; *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR[2] §§ 171, 172 HGB Rz 42.

920 BGH II ZR 139/89 JuS 1991, 155 [zust *K. Schmidt*]; *Potsch* 160; *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 144; *K. Schmidt*, ZGR 1986, 152 (157); *Gummert* ebd; *Zacher* 33 f; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 21, 37; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 24, 51; iE auch *Harrer*, GesRZ 2008, 266 (269); vgl *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 51; *Wiedemann*, GesR II 808; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 15; *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 171 Rz 10; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 49.

921 Oben Fn 856.

922 Vgl *Müßigbrodt*, Aufrechnung 83.

betreffende Forderung des Kommanditisten auf eine Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB gerichtet war, ob die Haftung des Kommanditisten also bei einer Auszahlung dieser Forderung gem § 172 Abs 3 UGB aufgelebt wäre (oben V.D.2. [278]). Soweit man dies verneint, ist eine Einbringung dieser Forderung in die Gesellschaft grundsätzlich zur Haftungsbefreiung geeignet. In diesem Fall wird der Kommanditist durch die Einbringung bzw den Verzicht grundsätzlich von seiner Außenhaftung frei – aber nur in Höhe des wirtschaftlichen Werts der betreffenden Forderung (oben V.D.3.b. [282]).

Es gilt im Einzelnen:

- Bei der Vereinbarung der Einbringung einer Forderung gegen die Gesellschaft als Sacheinlage geht die Forderung mit „Einbringung" durch Konfusion unter.[923] Der Kommanditist wird von seiner Haftung mit dem wirtschaftlichen Forderungswert im Einbringungszeitpunkt auch von seiner Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern frei.[924]
- Verzichtet der Kommanditist auf eine eigene Forderung gegen die Gesellschaft[925], so wird der Kommanditist ebenfalls mit dem wirtschaftlichen Forderungswert im Verzichtszeitpunkt von seiner Außenhaftung frei[926] – vorausgesetzt, der Gesellschaft sollte durch den Forderungsverzicht auch Eigenkapital zugeführt werden (oben III.C.3. [224]).
- Vereinbart der Kommanditist mit der Gesellschaft eine Leistung der Pflichteinlage an Erfüllungs Statt durch „Einbringung" einer Forderung gegen die Gesellschaft[927], so gilt dasselbe wie für die Aufrechnung.
- Denkbar ist auch, dass die Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers gesellschaftsvertraglich als Pflichteinlage vereinbart oder zumindest im Verhältnis Kommanditist – Gesellschaft als Leistung der Einlage an Erfüllungs Statt vereinbart wurde. Der Kommanditist wird in diesen Fällen allerdings ungeachtet der Vereinbarung im Innenverhältnis von seiner Außenhaftung frei, *weil* er einen Gesellschaftsgläubiger befriedigt hat (oben

---

923 Vgl *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 51.

924 *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 55; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 171 Rz 48; vgl *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2858; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 9; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 18; *Gummert* in *Henssler/Strohn*, GesR[2] §§ 171, 172 HGB Rz 40.

925 Vgl *K. Schmidt* ebd; *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB § 171 Rz 51; *Cebulla*, DStR 2000, 1917 (1918).

926 Vgl *Potsch* 216.

927 Vgl BGH II ZR 132/83 NJW 1984, 2290.

IV. [258]).[928] Auf den wirtschaftlichen Wert der beglichenen Forderung kommt es diesfalls nicht an.

2. Haftungsbefreiung bei *debt equity swaps*

Zur Einbringung einer Forderung gegen die Gesellschaft als Sacheinlage kommt es auch bei der sanierenden Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital. Dabei werden Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit Zustimmung der Gesellschafter sowie der betroffenen Fremdkapitalgeber in Eigenkapital umgewandelt. Teilnehmende Investoren erhalten dadurch eine Beteiligung am Unternehmen als Miteigentümer; im Gegenzug bringen sie ihre Forderungen gegen die Gesellschaft als Einlage ein *(debt equity swap)*.[929]

Damit ist die Frage aufgeworfen, wie die Einbringung von Forderungen im Rahmen eines *debt equity swaps* für die Zwecke von § 171 Abs 1 UGB zu bewerten ist. Grundsätzlich ist die Situation dabei mit einer „gewöhnlichen" haftungsbefreienden Aufrechnung durchaus vergleichbar: Der Vorteil für die übrigen Gläubiger liegt in der Verringerung der globalen Gesellschaftsverbindlichkeiten. War die eingebrachte Forderung nicht vollwertig, ist die Forderungseinbringung für die Gläubiger und für die Gesellschaft aber weniger „wert" als die tatsächliche Einzahlung frischen Kapitals (oben V.D.3.b.ii. [282]).

Trotzdem gibt es im Kapitalgesellschaftsrecht Bestrebungen, im Rahmen von *debt equity swaps* die Umwandlung von Fremdverbindlichkeiten in Eigenkapital mit dem Nennwert zuzulassen.[930] Ein rechtspolitischer Grund dafür ist, dass sanierende Umwandlungen von Fremd- in Eigenkapital notleidender Unternehmen grundsätzlich wirtschaftspolitisch erwünscht sind.[931] Ob die Gläubiger einem *debt equity swap* zustimmen werden, ist aber wesentlich davon abhängig, in welcher Höhe ihnen eine Beteiligung am Unternehmen angeboten werden kann; die Beteiligungsquote knüpft bei den Kapitalgesellschaften aber wiederum an der Höhe des übernommenen Kapitals an. Bei AG und GmbH ist die Frage, in welchem Verhältnis die Gesellschafter beteiligt werden, deshalb davon abhängig, ob eingebrachte Forderungen gegen die Gesellschaft mit ihrem Nennwert bewertet werden können. Daraus ergibt sich bei AG und GmbH ein rechtspolitisch

928 Vgl oben Fn 632, 845, 918 ff.
929 Vgl zB *Schopper* in WK GmbHG § 63 Rz 136.
930 Vgl zB *Schuhmacher* in FS Aicher 729; *Eckert*, GesRZ 2011, 218; aA zB *Schopper* in WK GmbHG § 63 Rz 138: Aufrechnung bei Vollwertigkeit zulässig, ansonsten Einhaltung der Vorschriften über Sacheinlagen inkl Forderungsbewertung mit ihrem „realen" Wert erforderlich.
931 Vgl *M. Karollus*, ÖBA 1994, 501; *K. Schmidt*, ZGR 1986, 152 (158).

verständliches Anliegen zur Bewertung von Forderungen mit dem Nennwert bei *debt equity swaps*.[932]

Was *debt equity swaps* bei einer KG anbelangt, hat (von jenen Autoren, die grundsätzlich gegen die Nennwertaufrechnung im Rahmen von § 171 Abs 1 UGB sind), soweit ersichtlich, lediglich *Thiessen* eine Anrechnung im Außenverhältnis mit dem Nennwert befürwortet.[933] Bei der KG ist allerdings nicht davon auszugehen, dass ein Scheitern sanierender Umwandlungen drohen würde, bloß weil die eingebrachten Forderungen gem § 171 Abs 1 UGB mit ihrem wirtschaftlichen Wert zu bewerten sind. Das liegt daran, dass bei der KG Haftsumme und Kapitalanteil unabhängig voneinander festgelegt werden können. Es ist bei der KG deshalb ohne weiteres möglich, im Innenverhältnis die eingebrachten Forderungen mit dem Nennwert zu bewerten und dementsprechend Kapitalanteile zuzuteilen, im Außenverhältnis aber bloß eine dem wirtschaftlichen Forderungswert entsprechende Haftsumme zu wählen.[934] Auch ohne Verrenkungen bei der Forderungsbewertung ist es bei der KG deshalb möglich, durch die richtige, differenzierte Wahl von Haftsumme und Kapitalanteil den Interessen aller beteiligten Personen gerecht zu werden: Dem bisherigen Fremdkapitalgeber kann eine Beteiligung zugesagt werden, die einen *debt equity swap* für ihn attraktiv macht. Gleichzeitig kann im Firmenbuch eine Haftsumme eingetragen werden, die die tatsächlich mit der Forderungseinbringung verbundene wirtschaftliche Vermehrung des Gesellschaftsvermögens repräsentiert. Es besteht bei der KG deshalb kein Bedarf, bei der sanierenden Umwandlung im Hinblick auf § 171 Abs 1 UGB eine Ausnahme vom Grundsatz der Bewertung eingebrachter Forderungen mit ihrem wirtschaftlichen Wert zu machen, weil ohne weiteres die Gestaltungsalternative einer niedrigeren Haftsumme offensteht.[935]

3. Haftungsbefreiung durch das Stehenlassen von Gewinnanteilen?

Der Kommanditist kann seine haftungsbefreiende Einlage grundsätzlich auch leisten, indem er einen wirklich erzielten[936] (vgl oben III.C.1. [218]), wirtschaftlich werthaltigen[937]

---

932 Vgl auch *Schuhmacher* in FS Aicher 729 (739).

933 *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 171 Rz 146; s zur Gegenansicht die Nw in den folgenden Fn.

934 Vgl *K. Schmidt*, ZGR 1986, 152 (161); *dens*, ZGR 2012, 566 (577); *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 60.

935 *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2900; vgl *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 39; iE (objektive Bewertung eines debt-to-equity-swaps) *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB[36] § 171 Rz 6.

936 RIS-Justiz RS0062011; *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 57; *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 171 Rz 8; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 21; *Kalss* in *Bertl ea*, PersGes 45 (62);

(oben V.D.3. [280]) Gewinnausschüttungsanspruch mit seiner Pflichteinlage bzw Haftsumme aufrechnet.[938] Auch ein Gewinn, der durch Gesellschafterbeschluss oder aufgrund gesellschaftsvertraglicher Vereinbarung[939] thesauriert wurde, befreit die betroffenen Kommanditisten nach zutreffender hM von ihrer Außenhaftung.[940] Wie bei der Aufrechnung eines Gewinnausschüttungsanspruchs mit der Einlage kommt es aber auch bei der Gewinnthesaurierung für § 171 Abs 1 UGB auf die wirtschaftliche Werthaltigkeit des thesaurierten Gewinns an, ob die Gesellschaft also vermutlich zur tatsächlichen Gewinnauszahlung in der Lage gewesen wäre.[941] Bilanziell ist für den thesaurierten Gewinn eine Rücklage zu bilden[942], was zum bilanziellen Ausweis genügt (oben V.D.3. [280])[943].

Fraglich ist, ob schon das bloße *Stehenlassen* eines Gewinnanteils auf die haftungsbefreiende Einlage des jeweiligen Kommanditisten anzurechnen ist. Nach einer bestrittenen Ansicht soll das „schlichte Vorhandensein“[944] eines ausschüttungsfähigen Gesellschaftsgewinns den Kommanditisten noch nicht von seiner Außenhaftung befreien, weil damit im Innenverhältnis noch keine Einlage „geleistet“ worden sei.[945] Tatsächliche

---

Sassenrath in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2887; *Huber* in GedS Knobbe-Keuk 1997, 203 (217); vgl auch OLG Karlsruhe 19 U 209/04 NJOZ 2006, 4508 (4511).

937 Vgl *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 50; aA *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 14.

938 *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 171 Rz 13; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 6; vgl *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 171 Rz 8; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 14; OLG Karlsruhe 19 U 209/04 NJOZ 2006, 4508 zur „Umbuchung“ eines Gewinnanteils; richtigerweise entspricht eine einvernehmliche „Umbuchung“ im Hinblick auf § 171 Abs 1 UGB der einvernehmlichen Aufrechnung; vgl auch OGH 7 Ob 647/82 SZ 55/103; OGH 2 Ob 517/88 GesRZ 1989, 38 (39 obiter) [*Ostheim*].

939 Vgl *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 21; s zu den Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Bildung von Rücklagen aus Gesellschaftsgewinnen ausf *Huber* in GedS Knobbe-Keuk 1997, 203 (207 ff).

940 *Wiedemann*, GesR II 803; *Sassenrath* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 2887; *Huber* in GedS Knobbe-Keuk 1997, 203 (217 f); *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 2/851; *Windbichler*, Gesellschaftsrecht[23] § 17 Rz 19; vgl *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 6; *Berg*, JuS 1974, 685 (691); *Neumann-Duesberg*, DB 1965, 769 (770); *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 30.

941 Vgl OGH 2 Ob 517/88 GesRZ 1989, 38 (39 obiter) [*Ostheim*].

942 Vgl *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 12; *Wiedemann*, GesR II 803: Abdeckung der Haftsumme durch „buchmäßige Übertragung des Gewinnanteils“; *Schilling* in GroßK HGB II[4] § 171 Rz 6: zur Leistung der Einlage sei „Rücklagekonto“ bzw Kapitalkonto II geeignet; das Rücklagekonto habe den Charakter einer Pflichteinlage (aaO § 169 Rz 8); zur Verbuchung auf dem Kapitalkonto II s auch die ausf allgemeinen Ausführungen in OGH 6 Ob 39/10v GesRZ 2011, 35 [*Artmann*]; *Wünsch*, GesRZ 1974, 34 (35 ff); zur (unzulässigen) Verbuchung von Gewinnansprüchen im bilanziellen Eigenkapital *AFRAC*, EK der Co KG 15 f.

943 S die Nw in der vorigen Fn sowie oben Fn 695.

944 Formulierung von *Peters*, RNotZ 2002, 425 (432).

945 *Peters*, RNotZ 2002, 425 (432); *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 171 Rz 8; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 12; vgl aber auch BGH II ZR 78/89 BGHZ 109, 334 (343); *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 171 Rz 42; *Huber*, ZGR 1988, 1 (12); aA wohl (arg „jedes“) *Rieder/Huemer*, GesR[3] 177; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 171 Rz 13; *Sudhoff*, DB 1973, 2175 f; *Wünsch* in FS Wilburg 477 (487); *Geißler*, GmbHR 2014, 458 (460); zu § 31 Abs 1 dGmbHG BGH II ZR 226/86 NJW 1988, 139: Bei dGmbH entfalle Erstattungspflicht des Gesellschafters nach Einlagenrückgewähr, sobald und soweit das Bilanzreinvermögen bis zur Stammkapitalziffer auf andere Weise nachhaltig wiederhergestellt ist.

Bedeutung erlangt diese Frage dadurch, dass es für die Bewertung einen Unterschied macht, ob es auf die Werthaltigkeit des Gewinnausschüttungsanspruchs im Zeitpunkt der erstmaligen Feststellung des Jahresabschlusses ankommt, oder aber auf den Forderungswert im Zeitpunkt einer allfälligen, möglicherweise auch erst Jahre später erfolgenden Aufrechnungserklärung durch den Kommanditisten. Denn im Zeitpunkt der Entstehung des Gewinns wird der Auszahlungsanspruch oftmals noch werthaltig sein – dass der Kommanditist später die Aufrechnung mit seiner Einlage erklärt, wird dagegen oft gerade deshalb der Fall sein, weil dem Kommanditisten mittlerweile eine Inanspruchnahme durch einen Gesellschaftsgläubiger droht, nachdem sich die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft verschlechtert hatte.

Die hM zum HGB geht iSd Vertragstheorie davon aus, dass die Zuteilung eines Gewinns zum variablen Kapitalanteil den betreffenden Kommanditisten auch von seiner Außenhaftung befreit.[946] Gem § 167 Abs 2 HGB ist nun aber der einem Kommanditisten zukommende Gewinn bis zum „Betrag der bedungenen Einlage" *ex lege* dem variablen Kapitalanteil zuzuschreiben.[947] Dass der stehen gelassene Gewinn *nicht* den variablen Kapitalanteil vermehrt, war im HGB deshalb nach dem Wortlaut von § 167 Abs 2 HGB nur für den Fall vorgesehen, dass der variable Kapitalanteil die „bedungene Einlage" des Kommanditisten bereits zuvor erreicht hatte.[948] Der historische Gesetzgeber ging aber wohl davon aus, dass das Stehenlassen von Gewinnanteilen den Kommanditisten auch in diesem Fall von seiner Außenhaftung befreien würde, soweit die Haftsumme die „bedungene Einlage" übersteigt.[949] Denn § 167 Abs 2 HGB sollte lediglich das Innenverhältnis der KG regeln. Für das Außenverhältnis ging der historische Gesetzgeber dagegen allgemein davon aus, dass in Fällen, in denen die Haftsumme die bedungene Pflichteinlage übersteigt, die Haftung des Kommanditisten erlischt, sobald er den Differenzbetrag nachträglich in die Gesellschaftskassa einlegt – ohne dass es dazu einer gesonderten Interaktion mit dem

---

946 Vgl für das dHGB (Buchung auf den Kapitalanteil haftungsbefreiend) BGH II ZR 271/08; *K.-S. Scholz* in *Westermann*, Hdb PersGes Rz I 3000; *Berg*, JuS 1974, 685 (691); *Neumann-Duesberg*, DB 1965, 769 (770); *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 57; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 44, 50; *Herchen* in MüHdb GesR II[4] § 30 Rz 26; *Horn* in *Heymann*, HGB II[2] § 171 Rz 15; auch schon *Schwalb*, ZHR 34 (1888) 338 (411 f): Der „höchste jemals erreichte Aktivsaldo" des Kapitalanteils sei für die Höhe der Haftungsbefreiung ausschlaggebend; vgl BGH II ZR 78/89 BGHZ 109, 334 (343 f); zum öHGB zB noch *Krejci*, GesR I 366; vgl zum UGB *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 171 Rz 13; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 171 Rz 21.

947 Vgl dazu *Huber*, ZGR 1988, 1 (7, 12); *H. Torggler* in WK HGB I[3] § 120 Rz 11; auch Reichstagsvorlage HGB 1897, 113.

948 Vgl zur Begrenzung der Kapitalanteile mit der bedungenen Einlage Reichstagsvorlage HGB 1897, 113.

949 Reichstagsvorlage HGB 1897, 111 iVm 113; s auch *Berg*, JuS 1974, 685 (691); *Neumann-Duesberg*, DB 1965, 769 (770).

variablen Kapitalanteil bedürfte.[950] Es ist daher erstens davon auszugehen, dass im HGB das bloße Stehenlassen eines Gewinnanteils der haftungsbefreienden Einlage des Kommanditisten zuzurechnen gewesen wäre. Zweitens ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber des UGB durch die Umstellung auf feste Kapitalkonten an der Art und Weise der Anrechnung stehen gelassener Gewinnanteile auf die haftungsbefreiende Einlage nichts ändern wollte. Dies spricht dafür, dass das bloße Stehenlassen eines Gewinnanteils auch die Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern vermindert.

Auch der Gläubigerschutz steht der Anrechnung stehengelassenen Gewinns auf die haftungsbefreiende Einlage mE nicht entgegen, soweit die Gesellschaft nur ursprünglich zur Gewinnauszahlung tatsächlich wirtschaftlich in der Lage gewesen wäre. *K. Schmidt* hat zwar vertreten, dass dem stehen gelassenen Gewinn nur dann haftungsbefreiende Wirkung zukäme, soweit der Kommanditist auch nicht (mehr) zur Entnahme des Gewinns berechtigt wäre.[951] Dem ist mE nicht zuzustimmen, weil die jederzeitige Einlagenrückgewähr im Außenverhältnis gem § 172 Abs 3 UGB gestattet ist; zum Gläubigerschutz ausreichend ist es dementsprechend, wenn die Haftung des Kommanditisten erneut auflebt, sobald und soweit er den stehen gelassenen (und auf die haftungsbefreiende Einlage angerechneten) Gewinn später tatsächlich entnehmen sollte. Weil und soweit die Haftung des Kommanditisten mit Entnahme seines Gewinns wieder aufleben würde, wäre eine Entnahme in der Gesellschaftsinsolvenz mE auch grundsätzlich unzulässig (oben II.E.3.d. [139]). Eine darüber hinausgehende Bindung des stehen gelassenen Gewinns im Gesellschaftsvermögen ist zum Gläubigerschutz mE nicht erforderlich (vgl dazu oben II.E.3. [133] sowie III.D.1. [229]).

Weil sich zusammenfassend also *erstens* aus der Gesetzessystematik und den Materialien zum HGB ergab, dass das Stehenlassen von Gewinnen den Kommanditisten grundsätzlich von seiner Außenhaftung befreien sollte, *zweitens* der UGB-Gesetzgeber in dieser Hinsicht keinen rechtsverändernden Willen hatte und *drittens* der Gläubigerschutz einer Anrechnung stehen gelassener Gewinne auf die haftungsbefreiende Einlage nicht entgegensteht, sollte das bloße Stehenlassen eines Gewinnanteils den Kommanditisten mE auch im UGB von seiner Außenhaftung befreien. Erforderlich ist freilich, dass ein wirklich erzielter Gewinn vorliegt, und dass die Gesellschaft zur Gewinnauszahlung auch wirtschaftlich in der Lage gewesen wäre. Eine gesonderte Aufrechnung des Gewinnausschüttungsanspruchs mit der Pflichteinlage bzw Haftsumme ist demnach zur

950 Reichstagsvorlage HGB 1897, 111.
951 *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 57.

Haftungsbefreiung nicht erforderlich. Anderes gilt nur, wenn für stehengelassene Gewinnanteile eine Verzinsung vereinbart worden ist, sei es im Gesellschaftsvertrag oder durch eine gesonderte Vereinbarung zwischen Kommanditist und Gesellschaft. Denn dann liegt in der Sache ein verzinstes Darlehen vor; verzinste Darlehen sind im Zweifel aber nicht auf die haftungsbefreiende Einlage anzurechnen (oben III.D.3. [235]).

> **Beispiel:** Eine KG weist laut ordnungsgemäß aufgestelltem Jahresabschluss einen Jahresüberschuss von 1.000 auf, von dem nach dem Gesellschaftsvertrag 200 auf den Kommanditisten A entfallen. Die KG ist zur Ausschüttung des Jahresüberschusses an ihre Gesellschafter auch wirtschaftlich in der Lage. Kommanditist A hatte eine Haftsumme von 500 übernommen und eine haftungsbefreiende Einlage von 300 geleistet. Solange A seinen Gewinnanteil nicht entnommen hat, ist der Gewinnausschüttungsanspruch auf seine haftungsbefreiende Einlage anzurechnen; in der Zwischenzeit gilt eine haftungsbefreiende Einlage von 500 als geleistet, sodass A von den Gesellschaftsgläubigern nicht in Anspruch genommen werden kann. Sobald und soweit A den Gewinn tatsächlich aus der Gesellschaft entnimmt, lebt seine Außenhaftung erneut auf.

F. Zwischenergebnis

Verfügt der Kommanditist über eine Forderung gegen die Gesellschaft, so kann er diese Forderung grundsätzlich gem § 1438 ABGB mit seiner Pflichteinlage aufrechnen. Unter zwei Voraussetzungen wird er dadurch auch gem § 171 Abs 1 UGB von seiner Außenhaftung frei: Erstens wirkt die Aufrechnung im Außenverhältnis nur haftungsbefreiend, soweit die Haftung des Kommanditisten durch eine Erfüllung der Forderung durch die Gesellschaft nicht gem § 172 Abs 3 UGB aufgelebt wäre. Insbesondere sind drittvertragliche Forderungen gegen die Gesellschaft zur haftungsbefreienden Aufrechnung nur geeignet, soweit der Kommanditist als Gegenleistung eine werthaltige Leistung an die Gesellschaft erbracht hatte. Zweitens wirkt die haftungsbefreiende Aufrechnung grundsätzlich nur mit dem wirtschaftlichen Forderungswert im Aufrechnungszeitpunkt haftungsbefreiend. Zur Beurteilung der „wirtschaftlichen Werthaltigkeit“ der Forderung kommt es darauf an, ob die Gesellschaft zur tatsächlichen Befriedigung der Forderung in der Lage gewesen wäre. Untergrenze des wirtschaftlichen Forderungswerts ist die Befriedigungsquote, die der Kommanditist im Fall einer Liquidation des Gesellschaftsvermögens bei gleichmäßiger Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger nach insolvenzrechtlichen Grundsätzen voraussichtlich erhalten hätte.

Anderes gilt, wenn der Kommanditist Gesellschaftsgläubiger befriedigt hat und seine Regressforderung gegen die Gesellschaft mit seiner Pflichteinlage aufrechnet: Bereits mit der

Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern wurde der Kommanditist gem § 171 Abs 1 UGB von seiner Außenhaftung frei (oben IV. [258]). Rechnet der Kommanditist in der Folge seinen daraus resultierenden Regressanspruch mit seiner Pflichteinlage auf, kommt es zu keiner weiteren Veränderung der Haftungshöhe des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, ungeachtet der wirtschaftlichen Werthaltigkeit der Regressforderung.

Entsprechendes wie für die Aufrechnung mit der Pflichteinlage gilt für die „Aufrechnung mit der Haftsumme". Zur „Aufrechnung mit der Haftsumme" ist der Kommanditist berechtigt, wenn er im Innenverhältnis keine Pflichteinlage (mehr) schuldet, im Außenverhältnis aber noch keine der Haftsumme entsprechende Einlage geleistet hat.

Auch die Einbringung einer Forderung gegen die Gesellschaft als Gegenstand einer vereinbarten Sacheinlage ist übereinstimmend mit den vorherigen Fallgruppen zu beurteilen: Die Einbringung befreit den Kommanditisten ebenfalls von seiner Außenhaftung, vorausgesetzt die Auszahlung der Forderung hätte *nicht* den Tatbestand der Einlagenrückgewähr erfüllt und die Forderung war im Einbringungszeitpunkt wirtschaftlich werthaltig. Auch wenn Forderungen gegen die Gesellschaft im Rahmen einer sanierenden Umwandlung in die Gesellschaft eingebracht werden, sind die eingebrachten Forderungen für die Zwecke von § 171 Abs 1 UGB mit ihrem wirtschaftlichen Wert im Einbringungszeitpunkt zu bewerten.

Der Kommanditist wird grundsätzlich auch von seiner Außenhaftung frei, wenn er einen Gewinnausschüttungsanspruch, dem keine früheren, unausgeglichenen Verlustzuweisungen gegenüberstehen, mit seiner Pflichteinlage aufrechnet. Vorauszusetzen ist ein wirtschaftlich werthaltiger Gewinnausschüttungsanspruch aufgrund eines tatsächlich von der Gesellschaft erzielten Gewinns. Unter diesen Voraussetzungen wirkt auch die Thesaurierung von Gewinnanteilen haftungsbefreiend, nach hier vertretener Ansicht sogar bereits das Stehenlassen eines Gewinnausschüttungsanspruchs – eine gesonderte Aufrechnung des Gewinnausschüttungsanspruchs mit der Einlage ist demnach zur Haftungsbefreiung nicht erforderlich.

VI. Kapitalerhaltung in der GmbH & Co KG ieS[952]

A. Problemstellung

In der Praxis treten häufig Gestaltungsvarianten auf, bei denen die Rechtsformen der KG und GmbH miteinander „kombiniert" werden, indem eine GmbH als Komplementärin einer KG eingesetzt wird (GmbH & Co KG). Verbreitet wird dabei zwischen der GmbH & Co KG im weiteren Sinne, der GmbH & Co KG im engeren Sinne und der GmbH & Co KG im engsten Sinne unterschieden.[953] Die GmbH & Co KG iwS ist durch die Beteiligung einer GmbH als Komplementärin gekennzeichnet. Bei der GmbH & Co KG ieS kommt hinzu, dass die GmbH *einzige* Komplementärin der KG ist. Bei der GmbH & Co KG im engsten Sinne schließlich ist die GmbH nicht nur einzige Komplementärin der KG, die Gesellschafter der GmbH sind mit den Kommanditisten der KG auch personengleich. Der OGH hat die GmbH & Co KG im engsten Sinne auch als die „echte" GmbH & Co KG bezeichnet.[954]

Bei der GmbH & Co KG ieS sollen die Charakteristika einer KG mit der beschränkten Haftung einer GmbH kombiniert werden. Denn die Komplementär-GmbH haftet für die KG-Verbindlichkeiten zwar unbeschränkt, ist aber selbst eine haftungsbeschränkte Gesellschaft. Weil der Haftungsfonds einer GmbH auf deren Vermögen beschränkt ist, ist im GmbHG nun die Auskehr von Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter mit Ausnahme von Gewinnausschüttungen grundsätzlich verboten (82 f GmbHG). In Deutschland verbieten die §§ 30 f dGmbHG iE ähnlich Leistungen an die Gesellschafter, durch die das Gesellschaftsvermögen unter den Betrag des eingetragenen Stammkapitals vermindert würde. Demgegenüber trifft die Kommanditisten einer KG gem § 172 Abs 3 UGB grundsätzlich keine Pflicht zur Erhaltung des KG-Vermögens, sondern die bloße Rechtspflicht, im Falle einer Einlagenrückgewähr wieder selbst für die Gesellschaftsverbindlichkeiten zu haften. Dies wirft die Frage auf, ob und inwieweit die Kapitalerhaltungsregeln des GmbH-Rechts

---

952 Dieser Abschnitt basiert in Teilen auf einer Arbeit, die für das Doktorandenseminar aus Privatrecht/Unternehmensrecht im Sommersemester 2015 bei ao. Univ.-Prof. Dr. Elisabeth Borth-Böhler, Univ.-Prof. Mag. Dr. Helmut Ofner, LLM und o. Univ.-Prof. Dr. Dr. Arthur Weilinger eingereicht wurde.

953 S *Straube*, ÖBA 1970, 264; *Chalupsky/Schmidsberger* in *Bertl ea*, GmbH & Co KG 51 (54).

954 RIS-Justiz RS0062112.

auch auf die GmbH & Co KG ieS anzuwenden sind. Fallen Leistungen einer GmbH & Co KG ieS an Gesellschafter der Komplementär-GmbH und/oder der KG selbst unter das Verbot der Einlagenrückgewähr gem §§ 82 f GmbHG? Ist der Anwendungsbereich des GmbH-rechtlichen Verbots der Einlagenrückgewähr auf die GmbH & Co KG ieS analog zu erstrecken?

B. Meinungsstand

Sowohl in Deutschland als auch in Österreich haben sich Literatur und Rechtsprechung ausführlich mit der Frage nach der Geltung und Reichweite eines Kapitalerhaltungsgrundsatzes in der GmbH & Co KG beschäftigt. Die deutsche Debatte ging dabei der österreichischen zeitlich voraus, sodass österreichische Stellungnahmen vielfach auf die deutsche Debatte zurückgreifen konnten. Zur besseren Verständlichkeit wird deshalb auch hier zunächst der Meinungsstand in Deutschland dargestellt.

1. Deutschland

a. Rechtsprechung

i. BGH II ZR 25/70 BGHZ 60, 324

In Deutschland hat sich der BGH bereits 1973 mit Leistungen einer GmbH & Co KG ieS an ihre Kommanditisten befasst. In der Entscheidung BGH II ZR 25/70[955] hatte ein Unternehmens-Erbe zwecks Fortführung des ererbten Unternehmens eine GmbH & Co KG ieS gegründet, in die er das ererbte Unternehmen einbrachte. Der Erbe übernahm die Stellung eines Gesellschafters der GmbH sowie die eines Kommanditisten in der KG. Zum Einbringungszeitpunkt war das Unternehmen aber bereits überschuldet gewesen. Die GmbH & Co KG beglich in der Folge Steuerschulden und andere Unternehmensverbindlichkeiten in erheblicher Höhe für das eingebrachte Unternehmen, für die der Erbe persönlich gehaftet hatte.

Die GmbH & Co KG fiel in der Folge in Konkurs. Im Verfahren vor dem BGH war fraglich, ob der Masseverwalter der KG Rückgriffsansprüche gegen den Erben geltend

[955] BGH II ZR 25/70 BGHZ 60, 324 = NJW 1973, 1036 (1037).

machen konnte, weil die KG Verbindlichkeiten beglichen hatte, für die der Erbe persönlich gehaftet hatte. Schuld- oder bereicherungsrechtliche Regressansprüche verneinte der BGH, weil nach Ansicht des Gerichts mit der Einbringung des Unternehmens im Innenverhältnis auch die Übernahme der Unternehmensverbindlichkeiten durch die KG wirksam vereinbart worden war. Auch eine Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) der Forderungsübernahme lehnte das Gericht ab, weil die handelnden Personen *ex ante* im Zeitpunkt der Einbringung von der Profitabilität des eingebrachten Unternehmens ausgegangen waren.[956]

Gleichzeitig führte der BGH aber aus, dass die Begleichung der Steuerschulden den Tatbestand der Einlagenrückgewähr gem § 172 Abs 3 UGB erfüllt hätte.[957] Eine Leistung zugunsten des Kommanditisten liege vor, weil dieser durch die Begleichung der Steuerschulden von einer eigenen Verbindlichkeit befreit worden war. Weil das eingebrachte Unternehmen objektiv wertlos war, habe der Kommanditist auch keine gleichwertige Gegenleistung erbracht. Trotzdem leitete der BGH aus § 172 Abs 3 UGB keine Haftung des Kommanditisten für *alle* beglichenen Steuerschulden ab, weil die fraglichen Gesellschaftsleistungen die vergleichsweise geringe Haftsumme des Kommanditisten um ein Vielfaches überstiegen hatten. Der BGH lehnte aber ausdrücklich ab, dass die §§ 171 f eine die Haftsumme übersteigende Haftung des Kommanditisten begründen könnten, wenn der Kommanditist von der Gesellschaft die geleistete Einlage übersteigende Leistungen erhält.[958] Siehe zu dieser (vom BGH mE unrichtig gelösten) Frage oben I.F. [37].

Dagegen bejahte der BGH eine Haftung des Erben als Gesellschafter der Komplementär-GmbH. Nach Ansicht des BGH verstießen die Zahlungen der KG ans Finanzamt nämlich nicht nur gegen § 172 Abs 3 UGB, sondern gleichzeitig auch gegen das kapitalgesellschaftsrechtliche Verbot der Einlagenrückgewähr gem § 30 Abs 1 dGmbHG.[959] Diese Vorschrift verbietet Zahlungen einer GmbH an ihre Gesellschafter, durch die das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Gesellschaftsvermögen vermindert wird. Auch mittelbare Vermögensminderungen sind gem § 30 Abs 1 dGmbHG grundsätzlich verboten. Der BGH sprach dazu aus, dass auch Vermögensabflüsse aus dem Vermögen der GmbH & Co KG gegen die Kapitalerhaltungspflicht in der GmbH verstoßen, *„wenn dem [GmbH-]Gesellschafter etwas derart aus dem Vermögen der KG zugewendet wird, daß im Ergebnis*

---

956 BGH II ZR 25/70 NJW 1973, 1036 (1037).
957 BGH II ZR 25/70 NJW 1973, 1036 (1037).
958 BGH II ZR 25/70 NJW 1973, 1036 (1037).
959 BGH II ZR 25/70 NJW 1973, 1036 (1037 f).

das Vermögen der GmbH dem Stammkapitalnennwert nicht mehr entspricht".[960] Das sei im zu beurteilenden Sachverhalt der Fall gewesen.

Um einen Anspruch des Insolvenzverwalters der GmbH & Co KG gegen den Erben aus § 30 Abs 1 dGmbHG ableiten zu können, war noch ein weiteres Problem zu überwinden. Aus Verstößen gegen § 30 Abs 1 dGmbHG resultiert gem § 31 GmbHG ein Ersatzanspruch der geschädigten GmbH selbst. Aktivlegitimiert wäre demnach nach dem Gesetzeswortlaut die Komplementär-GmbH gewesen, nicht die klagende GmbH & Co KG. Der BGH bejahte in diesem Fall trotzdem die Klagsbefugnis der GmbH & Co KG: Gläubiger des Ersatzanspruchs gem § 30 Abs 1 dGmbHG sei in diesem Fall nicht die GmbH, sondern die KG, weil unmittelbar KG-Vermögen an den Gesellschafter ausgekehrt worden sei.[961] Der BGH führte begründend aus, dass die Komplementär-GmbH selbst einen der KG zugesprochenen Ersatzanspruch aufgrund ihrer Geschäftsführungsbefugnis (für die KG) bzw im Wege der *actio pro socio* geltend machen könne. Eine Aktivlegitimation der GmbH brächte für die GmbH deshalb keine Vorteile, zumal sie diesfalls ebenfalls bloß einen Anspruch auf Rückleistung ins KG-Vermögen geltend machen könne. Dafür brächte eine Aktivlegitimation der KG den Vorteil, dass auch andere Gesellschafter der KG den Ersatzanspruch geltend machen können; sogar Nur-Kommanditisten, die nicht gleichzeitig an der GmbH beteiligt sind, seien zur *actio pro socio* legitimiert.[962] Dies wäre wünschenswert, weil die KG und ihre Gesellschafter ein eigenes Interesse an der Erhaltung des Stammkapitals der Komplementär-GmbH hätten, um mittelbar auch die Lebensfähigkeit der KG zu sichern.

Zusammenfassend brachte das Urteil BGH II ZR 25/70 erstens Klarheit, dass auch Leistungen aus dem Vermögen einer GmbH & Co KG an einen Gesellschafter der Komplementär-GmbH gegen § 30 Abs 1 dGmbHG verstoßen, soweit dadurch das Stammkapital der Komplementär-GmbH mittelbar vermindert wird. Zweitens sei in solchen Fällen nicht die Komplementär-GmbH, sondern die betroffene GmbH & Co KG selbst zur Klage gegen den GmbH-Gesellschafter aktivlegitimiert.

---

960 BGH II ZR 25/70 NJW 1973, 1036 (1038).
961 BGH II ZR 25/70 NJW 1973, 1036 (1038).
962 BGH II ZR 25/70 NJW 1973, 1036 (1038).

ii. BGH II ZR 213/77 BGHZ 76, 326

Mit dem Urteil BGH II ZR 213/77[963] hat der BGH die in BGH II ZR 25/70 entwickelte Rechtsprechungslinie in zweierlei Hinsicht gestärkt: Zum einen erstreckte der BGH die Anwendbarkeit von § 30 Abs 1 dGmbHG auch auf die Ausschüttung eigenkapitalersetzender Leistungen aus dem Vermögen einer GmbH & Co KG. Zum anderen konkretisierte der BGH die Voraussetzungen, unter denen durch eine Ausschüttung aus dem Vermögen einer KG das Stammkapital ihrer Komplementär-GmbH angegriffen wird: Ausschüttungen aus dem KG-Vermögen seien nur insofern beachtlich, als sie sich auf die Vermögenslage der Komplementär-GmbH in relevanter Weise auswirken. Eine beachtliche Auswirkung komme zunächst immer dann in Betracht, wenn die KG überschuldet ist, weil dann die Komplementär-GmbH selbst die ungedeckten Verbindlichkeiten der KG passivieren oder zumindest eine Rückstellung dafür bilden müsse.[964] Würden durch eine Ausschüttung aus dem KG-Vermögen bilanziell hingegen bloß die Kapitalanteile der Gesellschafter vermindert – also positives Eigenkapital der KG vermindert – komme es darauf an, inwieweit die GmbH an diesem Vermögen beteiligt war. Nur bei einer GmbH mit einem eigenen Kapitalanteil an der KG vermindere sich durch Ausschüttungen aus dem KG-Vermögen der Beteiligungswert der GmbH an der KG. Bei fehlender Kapitalbeteiligung sei hingegen „im allgemeinen" davon auszugehen, dass der Entzug von Kapital aus einer nicht überschuldeten KG das Stammkapital der Komplementär-GmbH nicht beeinträchtige.[965]

iii. BGH II ZR 268/88 BGHZ 110, 342

Die wichtigste Entscheidung zur Kapitalerhaltung in der GmbH & Co KG durch den BGH erging 1990 im Verfahren BGH II ZR 268/88.[966] Dieses Urteil betraf unter anderem eine Leistung einer GmbH & Co KG ieS an einen „Nur-Kommanditisten", der *nicht* gleichzeitig Gesellschafter der Komplementär-GmbH war. Der BGH entschied, dass in einer GmbH & Co KG ieS, bei der keine natürliche Person unbeschränkt für die KG-

963 BGH II ZR 213/77 BGHZ 76, 326.

964 BGH II ZR 213/77 BGHZ 76, 326 (336); vgl dazu OLG Celle 9 U 2/03 NJW-RR 2004, 1040.

965 BGH II ZR 213/77 BGHZ 76, 326 (336 f). Anmerkung: Auch bei einer bloßen Beteiligung am Gewinn ohne eigenen Kapitalanteil ist grundsätzlich denkbar, dass der Beteiligungswert vermindert wird, wenn durch die Verminderung des KG-Vermögens die Höhe voraussichtlicher Gewinnausschüttungsansprüche beeinträchtigt wird. Im der BGH zu beurteilenden Konstellation ging es allerdings um die Rückzahlung eines (eigenkapitalersetzenden) Gesellschafterdarlehens. Weil es sich dabei bilanziell um eine bloße Bilanzverkürzung handelt, kam eine Verkürzung der Gewinnansprüche der GmbH aufgrund der Darlehensrückzahlung nicht in Betracht (BGH aaO 337).

966 BGH II ZR 268/88 BGHZ 110, 342.

Verbindlichkeiten haftet, auch der Nur-Kommanditist für die Erhaltung des Stammkapitals der Komplementär-GmbH verantwortlich sei.[967] Zur Begründung verwies der BGH auf die Unterschiede in der Haftungsverfassung der KG und der GmbH: Zunächst wies das Gericht auf seine (mE unrichtige: oben I.F. [37]) Ansicht hin, wonach die Haftung des Kommanditisten auch dann mit der Haftsumme begrenzt sei, wenn dem Gesellschafter ein Vielfaches seiner Haftsumme ausbezahlt worden ist.[968] Bei der gesetzestypischen KG sei adäquater Gläubigerschutz trotzdem sichergestellt, weil die unbeschränkte Haftung des Komplementärs *„nach den Vorstellungen des Gesetzgebers eine wirtschaftlich vernünftige Unternehmensführung gewährleisten und die Kommanditgesellschaft davor schützen [soll], daß ihr Vermögen zugunsten der Kommanditisten ausgehöhlt wird"*[969].

Der BGH wies damit der „Bremsfunktion"[970] des Komplementärs eine fundamentale Rolle im Gläubigerschutzsystem der KG zu. In der GmbH & Co KG ieS sei nun aber zu befürchten, dass die GmbH diese „Bremsfunktion" nicht wahrnehme, weil das GmbH-Recht einen Zugriff auf das Privatvermögen der dahinter stehenden Gesellschafter verhindert.[971] Weil die GmbH die „Bremsfunktion" des Komplementärs nicht ausfüllen könne, komme stattdessen den Kommanditisten einer GmbH & Co KG ieS unmittelbar die Verantwortung zu, den mit der Stammeinlage begrenzten Haftungsfonds der Komplementär-GmbH zu erhalten:[972] *„Da Ausschüttungen an den [Nur-]Kommanditisten [den Haftungsfonds der GmbH] ebenso angreifen wie die an den GmbH-Gesellschafter, trifft auch den Kommanditisten mit seinem Beitritt zu einer GmbH & Co. KG entsprechend § 30 GmbHG ein Auszahlungsverbot, [und] ist er entsprechend § 31 GmbHG verpflichtet, der Kommanditgesellschaft seine Entnahme zu erstatten, soweit sie zu Lasten des Garantiekapitals gegangen ist."*[973]

Im Interesse der Gläubiger der KG seien daher die Kapitalerhaltungsbestimmungen des GmbH-Rechts auch auf die GmbH & Co KG anzuwenden, *„wenn zu Lasten des Garantiekapitals [der Komplementär-GmbH] Vermögen der Kommanditgesellschaft an die Kommanditisten ausgeschüttet wird".*[974] Dabei könne für Leistungen an den Nur-

967 BGH II ZR 268/88 BGHZ 110, 342 (356).
968 BGH II ZR 268/88 BGHZ 110, 342 (356).
969 BGH II ZR 268/88 BGHZ 110, 342 (356), vgl oben Fn 65 f mwN.
970 Vgl dazu noch unten VI.E.3. [342] sowie oben Fn 65 f.
971 BGH II ZR 268/88 BGHZ 110, 342 (356 f).
972 BGH II ZR 268/88 BGHZ 110, 342 (357 f).
973 BGH II ZR 268/88 BGHZ 110, 342 (358).
974 BGH II ZR 268/88 BGHZ 110, 342 (357).

Kommanditisten nichts anderes gelten als für Leistungen an einen Kommanditisten, der zugleich Gesellschafter der Komplementär-GmbH ist.[975] Der Nur-Kommanditist könne ungeachtet seiner Haftung nach § 172 Abs 4 HGB (§ 172 Abs 3 UGB) zwar seine Pflichteinlage entnehmen, soweit dies gesellschaftsvertraglich zulässig sei. Er müsse dabei aber die zwingenden Grenzen des GmbH-Rechts beachten.

Wie schon im Vorurteil BGH II ZR 213/77 (s dazu soeben VI.B.1.a.ii. [303]) hielt der BGH zur Frage, ob das Stammkapital der Komplementär-GmbH beeinträchtigt wurde, fest: Eine Entnahme sei unzulässig, soweit die Entnahme zulasten des Kapitalanteils der GmbH gehe oder soweit in der KG durch die Entnahme eine Überschuldung entstehen würde und die GmbH über kein anderweitiges, das Stammkapital übersteigendes Vermögen verfügt.[976]

Der BGH hat seine Rechtsprechung zur Haftung des Nur-Kommanditisten gem § 30 Abs 1 dGmbHG in der Folge mehrfach bestätigt,[977] sodass in dieser Frage mittlerweile von einer ständigen Rechtsprechung auszugehen ist.[978]

b. Literatur

i. Allgemeines

Die Rechtsprechung des BGH wurde von der deutschen Literatur großteils gebilligt. Einhellige Zustimmung erfuhr zunächst die These, dass durch eine Ausschüttung aus dem Vermögen einer GmbH & Co KG ieS mittelbar auch das Stammkapital der Komplementär-GmbH angegriffen werden kann;[979] auch die Beurteilung durch den BGH, *unter welchen Umständen* eine Leistung aus dem KG-Vermögen das Stammkapital der Komplementär-GmbH beeinträchtigt, fand weitestgehende Billigung.[980] *Gummert* hat allerdings darauf

---

975 BGH II ZR 268/88 BGHZ 110, 342 (357).

976 BGH II ZR 268/88 BGHZ 110, 342 (358).

977 BGH II ZR 30/94 NJW 1995, 1960; BGH II ZR 180/06 BGHZ 174, 370 Rz 10 mwN.

978 Vgl BGH aaO.

979 *Immenga*, ZGR 1975, 487 (490); *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 128; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 65; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 172 Rz 65; *Schall/Warmer* in *Heidel/Schall*, HGB § 172 Rz 52; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 32; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 172 Rz 53; *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 30 Rz 68; *Heidinger* in *Michalski*, GmbHG[2] § 30 Rz 160; *Verse* in *Scholz*, GmbHG[11] § 30 Rz 131; *Habersack* in *Ulmer*, GmbHG[2] § 30 Rz 126; *Gehling*, BB 2011, 73 (76); vgl schon *Winkler*, NJW 1969, 1009 (1010 f); *Kuhn* in FS Heusinger 203 (214 f).

980 *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 65; *Zacher* 184 f; *Schlichte*, DB 2006, 1357 f; *Pöschke/Steenbreker*, NZG 2015, 614 (616 f); *Gummert* in MüHdb GesR II[4] § 54 Rz 22; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 172 Rz 64; *Schall/Warmer* in *Heidel/Schall*, HGB § 172 Rz 53; *Verse* in *Scholz*, GmbHG[11] § 30 Rz 130; *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 30 Rz 68; *Heidinger* in *Michalski*, GmbHG[2] § 30 Rz 161; *Habersack* in *Ulmer*, GmbHG[2] § 30 Rz 125; *M. Karollus* in FS Kropff

hingewiesen, dass bei der Frage, ob das Haftungsrisiko der Komplementär-GmbH durch die Vermögensauskehr an einen Kommanditisten vergrößert wird, auch Bestehen und Werthaltigkeit allfälliger Freistellungs- und Regressansprüche der GmbH gegen die Kommanditisten zu berücksichtigen seien.[981]

Die im Schrifttum herrschende Ansicht bejaht mit dem BGH auch die Anwendbarkeit der §§ 30 f dGmbHG auf den Nur-Kommanditisten.[982] Nach einer Mindermeinung sollen die §§ 30 f dGmbHG dagegen nur auf solche Nur-Kommanditisten anwendbar sein, die auch über Informationsrechte verfügen, die mit § 51a dGmbHG vergleichbar sind;[983] dies sei erforderlich, damit ein Nur-Kommanditist auch so wie ein GmbH-Gesellschafter überhaupt einschätzen könne, ob durch eine Leistung aus dem KG-Vermögen das Stammkapital der Komplementär-GmbH angegriffen wird.

Zur Begründung für die Haftung des Nur-Kommanditisten gem § 30 Abs 1 dGmbHG wird im Schrifttum ebenfalls darauf verwiesen, dass die Kommanditisten eine „Verantwortung" für die Kapitalerhaltung der Komplementär-GmbH treffe. So schreibt *Verse*, als Gesellschafter einer KG ohne natürliche Person als Komplementär müsse sich der Nur-Kommanditist entgegen halten lassen, dass die Besetzung der Komplementär-Stelle mit einer Kapitalgesellschaft auch von ihm besondere Rücksichtnahme auf die Interessen der Gesellschaftsgläubiger verlangt.[984] *Heidinger* sieht den tragenden Grund für die Haftung des Nur-Kommanditisten nicht in dessen Mitverantwortung für die Kapitalausstattung der KG, sondern in seiner Verantwortung „in Bezug auf die Kapitalerhaltung der Komplementär-GmbH".[985] Nur durch die Erstreckung der §§ 30 f dGmbHG auf den Nur-Kommanditisten werde es möglich, auf eine analoge Anwendung der §§ 30 f dGmbHG auf die GmbH & Co

669 (671); Vermögensnachteil bei Entwertung der KG-Beteiligung: *Heidinger* in *Michalski*, GmbHG[2] § 30 Rz 160; ausf *Gehling*, BB 2011, 73 (76 f); *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 32; vgl schon *Winkler*, NJW 1969, 1009 (1011); *Körmann* 54 ff; *Günter* 86 f.

981 *Gummert* in MüHdb GesR II[4] § 54 Rz 22.

982 *K. Schmidt*, GesR[4] § 56 V 1.b (1656); *ders* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 128; *Körmann* 59 ff; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 68; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 172 Rz 65; *Schlichte*, DB 2006, 1357 (1358); *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 32; *Schall/Warmer* in *Heidel/Schall*, HGB § 172 Rz 54; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 172 Rz 53; *Heidinger* in *Michalski*, GmbHG[2] § 30 Rz 169 f; *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 30 Rz 70; *Potsch* 101 f; *Gehling*, BB 2011, 73 (76); vgl auch schon *Immenga*, ZGR 1975, 487 (489 f); nur referierend *Gummert* in MüHdb GesR II[4] § 54 Rz 23; vor der Beantwortung dieser Frage durch BGH II ZR 268/88 BGHZ 110, 342 noch zweifelnd *Canaris* in FS R. Fischer 31 (62); aA *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 172 Rz 180 f.

983 *Habersack* in *Ulmer*, GmbHG[2] § 30 Rz 128; *Ekkenga* in MüKo GmbHG[2] § 30 Rz 191 f; vgl *Verse* in *Scholz*, GmbHG[11] § 30 Rz 131; einschränkend *Pöschke/Steenbreker*, NZG 2015, 614 (618 f), die auf die faktischen und rechtlichen Einflussmöglichkeiten des jeweiligen Kommanditisten auf GmbH sowie GmbH & Co KG abstellen.

984 *Verse* in *Scholz*, GmbHG[11] § 30 Rz 131.

985 *Heidinger* in *Michalski*, GmbHG[2] § 30 Rz 169 f.

KG ieS selbst zu verzichten.[986] Nach Ansicht von *Schlichte* ist es in der KG Aufgabe der unbeschränkt haftenden Gesellschafterin, *„den Gläubigern einen unbeschränkten Haftungsfonds zu garantieren“*.[987] Eine GmbH als Komplementärin könne dieser Rolle aufgrund der beschränkten Haftung ihrer Gesellschafter aber nicht entsprechen, sodass bei der GmbH & Co KG das gesetzgeberische Haftungskonzept der KG unterlaufen werde. Daraus ergebe sich eine Finanzierungsverantwortung des Kommanditisten gegenüber der Komplementär-GmbH.[988]

Was die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Kapitalerhaltungsgebot gem § 30 Abs 1 dGmbHG anbelangt, spricht sich die deutsche hM mit dem BGH dafür aus, dass Anspruchsgläubiger die KG selbst sei, nicht die GmbH.[989] In der Literatur wird auch befürwortet, dass die Rückforderung von Leistungen zugunsten eines Gesellschafters, die gegen die §§ 30 f dGmbHG verstoßen, unter Umständen auch gegen Dritte geltend gemacht werden kann. Dies ist im GmbH-Recht im Grundsatz anerkannt.[990] Eine Übertragung dieser Grundsätze wird auch für Leistungen der GmbH & Co KG an Dritte zugunsten eines Kommanditisten befürwortet. So sollen Dritte, die einem Kommanditisten nahestehen (zB Treuhänder, Angehörige oder verbundene Unternehmen), zum Rückersatz an die KG verpflichtet sein.[991]

ii. Alternative Ansätze

Allen bisher angeführten Begründungen ist gemeinsam, dass sie eine Haftung des Kommanditisten mit dem Schutz des Vermögens der Komplementär-GmbH begründen. Davon abweichend geht *K. Schmidt* davon aus, dass der bloße Schutz des GmbH-Vermögens eine Anwendung der §§ 30 f dGmbHG auf den Nur-Kommanditisten *nicht* rechtfertigen

---

986 *Heidinger* in *Michalski*, GmbHG[2] § 30 Rz 169 f.

987 *Schlichte*, DB 2006, 1357 (1358).

988 *Schlichte*, DB 2006, 1357 (1358 f).

989 *Lutter/Hommelhoff*, ZGR 1979, 31 (47); *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 67; *K. Schmidt* in MüKo HGB[3] §§ 171, 172 Rz 128; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 172 Rz 65; *Kindler* in *Koller ea*, HGB[8] §§ 171, 172 Rz 32; *Oetker* in *Oetker*, HGB[4] § 172 Rz 54; *Schall/Warmer* in *Heidel/Schall*, HGB § 172 Rz 55; *Gehling*, BB 2011, 73 (77); *Immenga*, ZGR 1975, 487 (492); nur referierend *Gummert* in MüHdb GesR II[4] § 54 Rz 26; krit *Pöschke/Steenbreker*, NZG 2015, 614 (617): Anspruch der GmbH auf Leistung an die KG; abw noch *Winkler*, NJW 1969, 1009 (1011): GmbH sei Anspruchsgläubigerin, könne Zahlung aber nur an die KG verlangen.

990 Vgl nur *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 30 Rz 24 ff mwN.

991 So *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 172 Rz 67; *Haas/Mock* in *Röhricht/v. Westphalen/Haas*, HGB[4] § 172 Rz 66; *Schall/Warmer* in *Heidel/Schall*, HGB § 172 Rz 55.

könne.[992] Stattdessen plädiert *K. Schmidt* für einen originären Schutz des Vermögens jeder KG ohne natürliche Person als Komplementär:[993] Jede Handelsgesellschaft ohne natürliche Person als unbeschränkt haftendem Gesellschafter sei im Gesellschaftsrecht verschärften Normativbeschränkungen ausgesetzt. Der mindeste Preis, der für eine beschränkte Haftung zu zahlen sei, werde durch das dGmbHG markiert.[994] Das GmbH-Recht wirke maßstabgebend für die Kapitalsicherung in der KG ohne natürliche Person als Vollhafter – ungeachtet ob es sich beim Komplementär um eine GmbH handelt oder um eine sonstige juristische Person.[995] Nur so ließe sich auch bei KG, deren Komplementär eine Privatstiftung oder eine ausländische Kapitalgesellschaft sei, angemessener Kapitalschutz sicherstellen.[996] Trotzdem lehnt *K. Schmidt* eine gänzliche, originäre Anwendung der §§ 30 f dGmbHG auf KG ohne natürliche Person als Komplementär allerdings ab: Insbesondere komme es bei der GmbH & Co KG ieS für die Frage, ob das für die Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen angegriffen wurde, auf die Bilanz der Komplementär-GmbH an, nicht (bloß) auf die Bilanz der KG.[997] *Schlichte* hält dazu fest, dass auch die Konzeption *K. Schmidts* damit im Ergebnis doch beim Schutz des GmbH-Vermögens ansetzt.[998]

Mit ähnlicher Begründung kam auch *Höhne* zu einem ganz ähnlichen Ergebnis wie *K. Schmidt*. *Höhne* geht davon aus, dass bei jeder KG ohne natürliche Person als Komplementär jede Leistung an einen Kommanditisten gem § 30 Abs 1 dGmbHG analog unzulässig sei, durch die eine *Überschuldung* der Komplementärin herbeigeführt würde.[999]

Auch *Zacher* ist für eine über den Schutz des Vermögens der Komplementär-GmbH hinausgehende Kapitalerhaltungspflicht des Kommanditisten eingetreten. Anders als *K. Schmidt* sieht *Zacher* als das zu schützende Vermögensobjekt aber das kombinierte Vermögen von GmbH & Co KG und Komplementär-GmbH an. Vereinfacht ausgedrückt würden demnach Leistungen aus dem Vermögen entweder der GmbH & Co KG oder der Komplementär-GmbH an einen Gesellschafter entweder der GmbH oder der KG gegen § 30

---

992 *K. Schmidt*, GmbHR 1989, 141 (143); ähnl *M. Karollus* in FS Kropff 669 (673) vgl *K. Schmidt*, GesR[4] § 56 V 1.b (1656).
993 *K. Schmidt*, GmbHR 1989, 141; ähnl *M. Karollus* in FS Kropff 669 (673); vgl *K. Schmidt*, GesR[4] § 56 V 1.b (1656).
994 *K. Schmidt*, GmbHR 1989, 141 (142).
995 *K. Schmidt*, GmbHR 1989, 141 (142).
996 *K. Schmidt*, GmbHR 1989, 141 (143).
997 *K. Schmidt*, GesR[4] § 56 V 1.b (1656) Fn 131.
998 *Schlichte*, DB 2006, 1357 (1358).
999 *Höhne* 239 ff.

Abs 1 dGmbHG analog verstoßen, wenn dadurch das gemeinsame Reinvermögen von GmbH und KG unter das gezeichnete Stammkapital der GmbH sinken würde.[1000]

Im Ausgangspunkt ähnlich ist eine jüngst von *Teichmann* vorgetragene Argumentation: Allgemeiner Grundgedanke des deutschen Gesellschaftsrechts sei es, dass das Vermögen einer Gesellschaft, für deren Verbindlichkeiten keine natürliche Person haftet, vorrangig der Befriedigung ihrer Gläubiger diene. Der Schluss, den *Teichmann* daraus zieht, bleibt aber weit hinter den Forderungen von *K. Schmidt* oder *Zacher* zurück: Notwendig und ausreichend sei es zum Gläubigerschutz bei einer KG ohne natürliche Person als Komplementär, wenn die Haftung eines Kommanditisten bei solchen Gesellschaften gem § 172 Abs 4 HGB analog gegebenenfalls auch über die Haftsumme hinaus ansteigt; ein *Verbot* einer Einlagenrückgewähr sei dagegen nicht erforderlich.[1001]

2. Österreich

a. Entwicklung bis 2008

In Österreich ist das GmbH-rechtliche Verbot der Einlagenrückgewähr in den §§ 82 f GmbHG geregelt. Die Frage nach einer analogen Anwendung der §§ 82 f GmbHG auf die GmbH & Co KG ieS wurde in der älteren Literatur selten angesprochen, vereinzelt wurde die Frage abgelehnt[1002].

Erst nachdem der BGH[1003] 1990 eine analoge Anwendung der §§ 30 f dGmbHG auf den Nur-Kommanditisten befürwortet hatte, fand die Frage auch in Österreich stärkere Beachtung. Der OGH referierte den deutschen Meinungsstand in einem Urteil aus dem Jahr 1996 mit erkennbarer Sympathie, ohne zu dieser Frage aber eine inhaltliche Entscheidung treffen zu müssen.[1004] Für eine Analogie zu §§ 82 f GmbHG bei der GmbH & Co KG ieS trat in Österreich zunächst vor Allem *M. Karollus* ein.[1005] Seine Stellungnahme ähnelt in rechtlichem Ansatz und Begründung der Ansicht von *K. Schmidt*[1006]. *Karollus* stellte

---

1000 Ausf *Zacher* 206 ff.
1001 *Teichmann*, ZGR 2014, 220 (247 ff, insb 250).
1002 So *Weber/Straube* in *Kastner/Stoll*, Die GmbH & Co KG im Handels-, Gewerbe- und Steuerrecht[2] (1977) 341; vgl auch noch *Szep*, ecolex 2001, 804 (808).
1003 BGH II ZR 268/88 BGHZ 110, 342, dazu oben VI.B.1.a.iii. [303].
1004 OGH 8 Ob 2124/96b SZ 69/166.
1005 *M. Karollus*, ecolex 1996, 860 (861); *ders* in FS Kropff 669; eine Analogie vorsichtig befürwortet hat auch *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 161 Rz 56.
1006 *K. Schmidt*, GmbHR 1989, 141 (143); s dazu schon oben bei Fn 992 ff.

zunächst fest, dass der KG ein den Kapitalgesellschaften entsprechender Vermögensschutz fehle. Grund dafür sei, dass der Gesetzgeber eine Kapitalbindung bei der KG aufgrund der persönlichen Haftung des Komplementärs nicht für notwendig erachtet habe. Bei der GmbH & Co KG ieS treffe diese Wertung aber nicht mehr zu, weil in diesem Fall keine natürliche Person unbeschränkt hafte. Ohne natürliche Person als Komplementär sei ein Verzicht auf einen strengen Kapitalschutz deshalb nicht länger gerechtfertigt. Zur Lückenschließung sei eine analoge Übertragung der §§ 82 f GmbHG auf die GmbH & Co KG ieS notwendig. Dies gelte nicht nur für die GmbH & Co KG ieS, sondern für alle Personengesellschaften, die über keine natürliche Person als unbeschränkt haftendem Gesellschafter verfügen („verdeckte Kapitalgesellschaften"): *„Eigentlicher Grund für den Kapitalschutz in der ‚Personengesellschaft & Co.' ist doch nicht der Umstand, daß für den Komplementär besondere Kapitalschutzregeln gelten, sondern vielmehr jener, daß die KG entgegen dem gesetzlichen Normaltypus nicht mit einer echten ‚persönlichen' Haftung (einer natürlichen Person) ausgestattet ist"*.[1007] Verdeckte Kapitalgesellschaften dürften daher ausschließlich im Rahmen der Verteilung von Reingewinn oder der Durchführung angemessener Drittgeschäfte Leistungen an ihre Gesellschafter erbringen.[1008] Auch Nur-Kommanditisten seien vom Verbot des § 82 GmbHG erfasst, wenn sie sich an einer KG beteiligen, die aufgrund der Rechtsform ihres Komplementärs in Wahrheit eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung sei.[1009]

Für eine analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG auf verdeckte Kapitalgesellschaften – ungeachtet der Rechtsform des Komplementärs – trat auch *Reich-Rohrwig*[1010] ein. Er argumentierte, dass verdeckte Kapitalgesellschaften nur einen beschränkten Haftungsfonds besäßen. Ein adäquater Kapitalschutz setze daher auch bei verdeckten Kapitalgesellschaften eine Anwendung der für die Kapitalgesellschaften geltenden Schutzvorschriften voraus. Dass eine Gleichbehandlung von verdeckten Kapitalgesellschaften mit AG und GmbH der gesetzlichen Wertung entspreche, leitete *Reich-Rohrwig* auch aus § 67 KO sowie § 221 Abs 5 HGB ab. § 67 Abs 1 KO (jetzt § 67 Abs 1 IO) stellte verdeckte Kapitalgesellschaften und „echte" Kapitalgesellschaften im Hinblick auf den Insolvenzgrund der Überschuldung gleich;

1007 *M. Karollus* in FS Kropff 669 (672).

1008 *M. Karollus*, ecolex 1996, 860 (861). Anmerkung des Verfassers: § 82 GmbHG ist – im Gegensatz zu § 30 dGmbHG – eine Beschränkung des Verbots der Einlagenrückgewähr auf den Schutz der Stammeinlagen fremd.

1009 *M. Karollus*, ecolex 1996, 860 (862).

1010 *Reich-Rohrwig* 403 ff.

§ 221 Abs 5 HGB (vgl § 221 Abs 5 UGB) normierte eine Gleichstellung im Hinblick auf das Rechnungslegungsrecht.

Auch *Dellinger*[1011] trat für eine analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG auf die GmbH & Co KG ieS ein. Im Gegensatz zu *M. Karollus* und *Reich-Rohrwig* begnügte er sich allerdings mit einer Erstreckung des Gebots der Erhaltung des Kapitals der Komplementär-GmbH auf Nur-Kommanditisten. *Dellinger* folgte damit dem Begründungsansatz des BGH[1012].

Gegen eine analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG auf verdeckte Kapitalgesellschaften sprachen sich in Österreich zunächst vor allem *Koppensteiner/Rüffler*[1013] aus: Eine analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG auf die GmbH & Co KG entferne sich zu weit vom Gesetz. Angesichts der Haftungsregelungen der §§ 128, 171 ff UGB fehle auch eine Lücke.[1014]

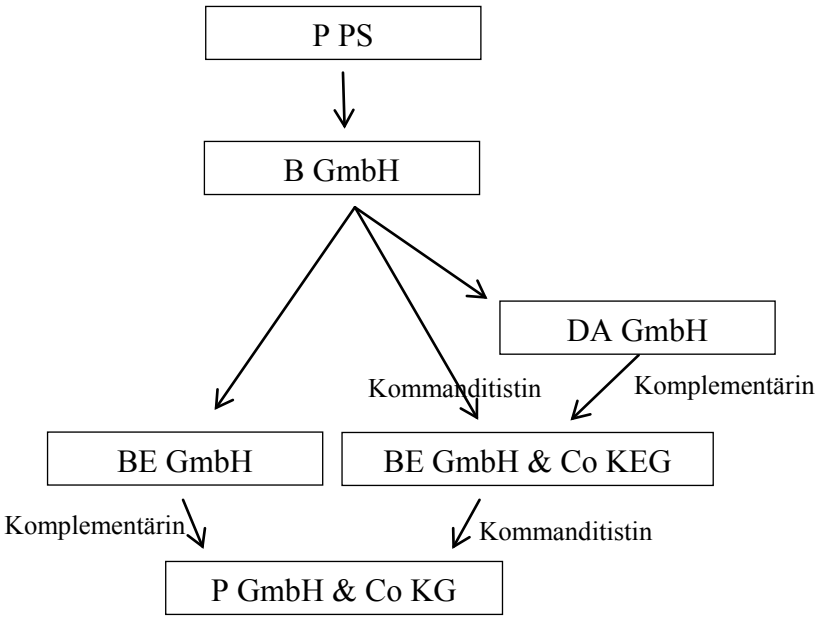
Wenger hielt in einem 2005 erschienen Beitrag die bis zu diesem Zeitpunkt in der österreichischen Literatur vorgebrachten Argumente für eine analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG auf verdeckte Kapitalgesellschaften ebenfalls nicht für überzeugend.[1015] Immerhin trat *Wenger* bei KG ohne natürliche Person als Vollhafter für zusätzliche Kapitalschutzmaßnahmen im Vergleich zur gewöhnlichen KG ein. Ein Schutzbedürfnis sah er vor allem in Fällen, in denen eine Ausschüttung aus dem KG-Vermögen zur bilanziellem Überschuldung der KG führen würde.[1016]

b. OGH 2 Ob 225/07p

Der OGH[1017] hat sich 2008 für die analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG auf Personengesellschaften ohne natürliche Person als unbeschränkt haftendem Gesellschafter entschieden. Er ist damit jedenfalls im Ergebnis der von *K. Schmidt*[1018], *M. Karollus*[1019] und *Reich-Rohrwig*[1020] vorgetragenen Ansicht gefolgt:

1011 *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 68.
1012 BGH II ZR 268/88 BGHZ 110, 342, s dazu oben VI.B.1.a.iii. [303].
1013 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 82 Rz 20.
1014 Ähnl auch *Szep*, ecolex 2001, 804 (808); *Frank/Kusternigg*, RdW 2010, 384 (385); *Frank*, Kapitalerhaltung 65 ff.
1015 *Wenger*, RWZ 2005, 326 (328).
1016 *Wenger*, RWZ 2005, 326 (329).
1017 OGH 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 [*Stingl*] = RWZ 2008, 260 [*Wenger*] = GES 2008,315 [*Bauer*] = JAP 2008/2009,100 [*Rauter*] = ÖBA 2009/1522 [*Bollenberger*].
1018 *K. Schmidt*, GmbHR 1989, 141 (143); s dazu schon oben bei Fn 992 ff.

i. Sachverhalt



Die Entscheidung betraf eine KG, die P GmbH & Co KG, die auf der untersten Ebene eines Geflechts von Kapital- und Personengesellschaften stand.[1021] Einzige Komplementärin dieser KG war die BE GmbH, alleinige Kommanditistin die BE GmbH & Co KEG. Einzige Gesellschafterin der BE GmbH war wiederum die B GmbH. Gleichzeitig war die B GmbH auch einzige Kommanditistin sowie – vermittelt durch die DA GmbH als Zwischengesellschaft – einzige Komplementärin der BE GmbH & Co KEG. Mittelbar war die B GmbH daher alleinige Gesellschafterin der P GmbH & Co KG. Geschäftsführer all dieser Kapitalgesellschaften war Gerald S. Alleingesellschafter der B GmbH war die P Privatstiftung.

Beklagte war eine Bank, bei der sowohl Gerald S als auch die BE GmbH & Co KEG Darlehen aufgenommen hatten. Die P GmbH & Co KG leistete in der Folge für beide Darlehen Teilrückzahlungen an die Bank. Nachdem sowohl die P GmbH & Co KG als auch die B GmbH in Konkurs gefallen waren, forderte der gemeinsame Masseverwalter beider Gesellschaften von der beklagten Bank und anderen die Rückzahlung der von der P GmbH & Co KG geleisteten Darlehensrückzahlungen. Er stützte sich dabei einerseits auf die

---

1019 *M. Karollus*, ecolex 1996, 860 (861); *ders* in FS Kropff 669 (672).
1020 *Reich-Rohrwig* 403 ff.
1021 Vgl die Aufbereitung des Sachverhalts bei *Wenger*, RWZ 2008, 260.

Konkursanfechtung unentgeltlicher Verfügungen gem § 29 Z 1 KO (vgl § 29 Z 1 IO), andererseits auf das Verbot der Einlagenrückgewähr gem § 82 Abs 1 GmbHG.

ii. Rechtliche Beurteilung durch den OGH

Der OGH befürwortete die analoge Anwendung von § 82 Abs 1 GmbHG auf KG ohne natürliche Person als unbeschränkt haftendem Gesellschafter. Nachdem der OGH den Meinungsstand in Österreich und Deutschland ausführlich über mehrere Seiten referiert hatte, fällt die eigentliche Begründung vergleichsweise knapp aus: Der Gesetzgeber habe Personengesellschaften ohne natürliche Person als unbeschränkt haftendem Gesellschafter (sogenannte „verdeckte Kapitalgesellschaften") im Laufe der letzten Jahrzehnte mehrfach den Kapitalgesellschaften gleichgestellt. Im Urteil wird hierbei auf vier Regelungsbereiche verwiesen: § 67 Abs 1 KO (jetzt § 67 Abs 1 IO), wonach der Insolvenzgrund der Überschuldung auf verdeckte Kapitalgesellschaften anzuwenden ist; die partielle Gleichstellung im Rechnungslegungsrecht (vgl § 189 Abs 1 Z 2, § 221 Abs 5, § 244 Abs 3 UGB); die Haftung der geschäftsführenden Organwalter einer verdeckten Kapitalgesellschaft für Verstöße gegen das URG gem § 22 Abs 2 URG sowie die Anwendbarkeit des EKEG auf verdeckte Kapitalgesellschaften (§ 4 Z 3 EKEG). Normzweck der Gleichstellung verdeckter und echter Kapitalgesellschaften sei jeweils der Gläubigerschutz gewesen.[1022] Auch Normzweck des § 82 Abs 1 GmbHG sei der Schutz der Gesellschaftsgläubiger. Diese Übereinstimmung im Normzweck genügt dem OGH zur Bejahung der Analogie: *„Aufgrund des insoweit gleichen Zwecks der erwähnten Gesetzesbestimmungen und des Verbots der Einlagenrückgewähr kommt daher der erkennende Senat zum Ergebnis, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr gem § 82 Abs 1 GmbHG* ***auch auf den ‚Nur'-Kommanditisten*** *einer GmbH & Co KG [gemeint wohl einer GmbH & Co KG ieS] analog anzuwenden ist".*[1023] Zur Klage aufgrund eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr aktivlegitimiert sei diesfalls nicht die Komplementär-GmbH, sondern die betroffene KG selbst.[1024]

Das einzige Argument *gegen* eine Analogie, mit dem sich der OGH inhaltlich auseinandergesetzt hat, betraf ein Argument von *Wenger*. Dieser hatte geschrieben, die Nichtregelung der GmbH & Co KG durch das HaRÄG sei bewusst erfolgt, sodass keine per Analogie zu schließende Lücke vorliege. Der OGH setzt dem entgegen, dass die Probleme

[1022] OGH 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 [*Stingl*] (313) mit Nachweisen zu den einschlägigen Gesetzesmaterialien.
[1023] OGH 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 [*Stingl*] (313). Fettauszeichnung nicht im Original.
[1024] OGH 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 [*Stingl*] (314).

der GmbH & Co KG in den Materialien zum HaRÄG „mit keinem Wort erwähnt“ würden. Aus dem Schweigen des Gesetzgebers könne daher kein Argument gegen die Analogie abgeleitet werden.[1025] Im Übrigen begnügt sich der OGH bei der Auseinandersetzung mit den sonstigen, in der Literatur vertretenen Argumente pro & contra Analogie mit dem Hinweis, es möge sein, „dass einige der von den Befürwortern der Analogie im österreichischen Recht vorgebrachten Argumente nicht überzeugend sind“.[1026]

Bis hierher vermittelt das Urteil den Eindruck, der OGH folge „bloß“ der in Deutschland vom BGH[1027] vertretenen Ansicht: § 82 Abs 1 GmbHG sei mit der Wirkung analog auf Nur-Kommanditisten zu erstrecken, dass auch dem Nur-Kommanditisten eine (mittelbare) Verminderung des Vermögens der Komplementär-GmbH durch eine (unmittelbare) Ausschüttung aus dem KG-Vermögen verboten sei.

Mitnichten. Im Anschluss heißt es nämlich, das Ergebnis lasse sich *„wie folgt zusammenfassen: Ist bei einer KG kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person, so sind die Vorschriften über das Verbot der Einlagenrückgewähr gem § 82 Abs 1 und § 83 Abs 1 GmbHG auf die KG im Verhältnis zu ihren Kommanditisten analog anzuwenden.“*[1028] Damit geht der OGH in seiner Zusammenfassung über das bisher gefundene Ergebnis hinaus und es wird klar: Der OGH intendiert nicht (bloß) den Schutz des Vermögens der Komplementär-GmbH, sondern einen originären Schutz des Vermögens der KG selbst, egal ob eine GmbH, eine Privatstiftung oder zB auch eine ausländische Kapitalgesellschaft die Komplementärs-Stellung bekleidet. Die Analogie betrifft damit auch bei der GmbH & Co KG ieS nicht bloß den Nur-Kommanditisten. Auch ein Kommanditist, der gleichzeitig Gesellschafter der Komplementär-GmbH ist, wäre von einer solchen Analogie betroffen: Als Gesellschafter der GmbH wäre er für den Erhalt *ihres* Vermögens verantwortlich; kumulativ würde diesen Gesellschafter in seiner Funktion als Kommanditist einer KG ohne natürliche Person als Komplementär aber eine unmittelbare Pflicht zur Erhaltung des *KG-Vermögens selbst* gem § 82 Abs 1 GmbHG analog treffen. Der OGH folgt damit nicht der Ansicht des BGH, der bloß das Vermögen der Komplementär-GmbH schützen möchte (oben VI.B.1.a.iii. [303]), sondern dem Ansatz von *K. Schmidt*[1029],

[1025] OGH 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 [*Stingl*] (313 f).
[1026] OGH 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 [*Stingl*] (313).
[1027] BGH II ZR 268/88 BGHZ 110, 342.
[1028] OGH 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 [*Stingl*] (314).
[1029] *K. Schmidt*, GmbHR 1989, 141 (143); s dazu schon oben bei Fn 992 ff.

M. Karollus[1030] und *Reich-Rohrwig*[1031], die einen originären Schutz des Vermögens einer KG ohne natürliche Person als Komplementär befürworten (soeben a. [309]).

Im Übrigen folgte der OGH den Ausführungen des Berufungsgerichts: Die Zahlungen der P GmbH & Co KG zugunsten von Gerald S hätten nicht gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen, weil Gerald S nicht Gesellschafter der KG gewesen sei – weder unmittelbar noch mittelbar. Die Leistungen zugunsten der BE GmbH & Co KEG als (Nur-)Kommanditistin der P GmbH & Co KG hätten dagegen sehr wohl gegen § 82 Abs 1 GmbHG analog verstoßen. Letztere Zahlungen seien daher verbotswidrig erfolgt; sie könnten von der empfangenden Bank zurückgefordert werden, soweit diese von der Verbotswidrigkeit der Zahlungen Kenntnis hatte oder die Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruhte. Letzteres beruht auf etablierter Rechtsprechung zur GmbH: Zahlungen an Dritte, die gegen § 82 Abs 1 GmbHG verstoßen, können bei Kenntnis bzw vorwerfbarer Unkenntnis von der Verbotswidrigkeit der Zahlung vom Dritten zurückgefordert werden.[1032] Der OGH hat diese Rechtsprechungslinie jüngst bestätigt.[1033]

c. Rezeption in der Literatur

i. Überblick

Die Entscheidung des OGH hat in der Literatur hohe Wellen geschlagen und eine breite Diskussion ausgelöst. Befürworter und Gegner der vom OGH vertretenen Analogie halten sich dabei etwa die Waage.[1034]

1030 *M. Karollus*, ecolex 1996, 860 (861); *ders* in FS Kropff 669 (672).

1031 *Reich-Rohrwig* 403 ff.

1032 RIS-Justiz RS0105536.

1033 OGH OGH 23.2.2016, 6 Ob 171/15p Rz 5.3, 6.4.

1034 Dem OGH zustimmend *M. Karollus* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 31; *Harrer* 444 ff; *ders*, wbl 2009, 328; *Grossmayer*, ecolex 2008, 1023; *Bauer/Zehetner* in WK GmbHG § 82 Rz 232; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I^2 § 161 Rz 55; *Bauer*, Anm zu 2 Ob 225/07p GES 2008, 315 (316); vgl auch *Kalss* in GedS W.-D. Arnold 79; *Artmann* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Unternehmensbewertung und Gesellschaftsrecht 77 (104) Fn 159; *Moser*, SWK 2008, W 187; *Reinold*, GesRZ 2014, 100 (107 f); zweifelnd *Rauter*, JAP 2008/2009, 100 (101 f); *C. Nowotny*, RdW 2009, 326 (331); abl *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65; *U. Torggler*, GBU 2008/12/08; *Koppensteiner* in FS Roth 395; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I^4 § 161 Rz 21; *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 82 Rz 68; *Frank*, Kapitalerhaltung 63 ff; *Frank/Kusternigg*, RdW 2010, 384 (385 f); *Hügel* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 111 (125 f, 134 f); *Bergmann/Schörghofer*, GesRZ 2014, 340; *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 2/940; krit zum OGH auch *Stingl*, Anm zu 2 Ob 225/07p, GesRZ 2008, 310 (314 ff); auch *Schummer* in FS Koppensteiner (2016) 303, nach dessen Ansicht eine Einlagenrückgewähr an einen Kommanditisten aber überhaupt (auch bei der gesetzestypischen KG) verboten sein soll, selbst mit Zustimmung aller Gesellschafter.

ii. Im Schrifttum vorgebrachte Argumente für eine analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG

Soweit die Entscheidung des OGH Zustimmung erfuhr, ähneln die Begründungen im Schrifttum der dem OGH-Urteil vorangegangenen Argumentation von *M. Karollus*[1035]: So schreibt *Großmayer*, der Gläubigerschutz bei der KG setze die unbeschränkte Haftung einer natürlichen Person voraus.[1036] Soweit die Komplementär-Stellung bloß von einer Kapitalgesellschaft bekleidet werde, fehle eine „echte unbeschränkte Haftung".[1037] Bei der GmbH & Co KG ieS handle es sich aus diesem Grund um eine bloße haftungsbeschränkte Gesellschaft,[1038] die der GmbH näher stehe als der gesetzestypischen KG[1039]. Auf die GmbH & Co KG ieS sei dementsprechend das Kapitalerhaltungsregime des GmbHG anzuwenden. *Bauer/Zehetner* führen dazu aus, eine kapitalerhaltungsrechtliche Gleichstellung der GmbH & Co KG ieS mit Kapitalgesellschaften sei „schon unter Umgehungsgesichtspunkten" geboten.[1040] Ähnlich formulierte dies auch *Großmayer*: Weil der Haftungsfonds der GmbH & Co KG ieS im Ergebnis so wie bei der GmbH beschränkt sei, wäre eine Ungleichbehandlung der beiden Gesellschaftergruppen im Hinblick auf die Rechtsfolgen einer Einlagenrückgewähr nicht zu rechtfertigen.[1041]

Das Vorliegen eines Gläubigerschutzdefizits wurde insbesondere von *Harrer* auch auf die vermeintlich durch die Komplementär-GmbH nur unzureichend ausgefüllte „Bremsfunktion" des Komplementärs gestützt.[1042] Bei der gesetzestypischen KG, bei der ein Mensch Komplementär ist, sei aufgrund dessen Interessenlage kaum damit zu rechnen, dass dieser einer Ausschüttung von KG-Vermögen an einen Kommanditisten zustimmt.[1043] Aus diesem Grund hätte der Gesetzgeber wenig Anlass gehabt, für die KG ein umfassendes und effizientes Gläubigerschutzkonzept zu entwickeln.[1044] Ein dementsprechend „dornenvoller Weg" sei es bei der KG auch, die Haftung des Kommanditisten als Gläubiger tatsächlich in

---

1035 *M. Karollus*, ecolex 1996, 860 (861); s dazu oben VI.B.2.a. [309].

1036 *Grossmayer*, ecolex 2008, 1023: das gesetzliche Kapitalerhaltungskonzept gehe „ganz offensichtlich" von einer natürlichen Person als Komplementär aus.

1037 *Grossmayer*, ecolex 2008, 1023 (1024).

1038 *Grossmayer*, ecolex 2008, 1023 (1024).

1039 *Grossmayer*, ecolex 2008, 1023 (1024).

1040 *Bauer/Zehetner* in WK GmbHG § 82 Rz 232.

1041 *Grossmayer*, ecolex 2008, 1023 (1024).

1042 *Harrer* 444 ff; *ders*, wbl 2009, 328; *Grossmayer*, ecolex 2008, 1023 (1024).

1043 *Harrer* 445 f; vgl *dens*, wbl 2009 (330, s auch 332): durch „die Gefahr einer unbeschränkten persönlichen Einstandspflicht [werden] offensichtlich alle Kräfte mobilisiert, um ein Scheitern des Unternehmens zu verhindern"; ähnl auch *Grossmayer*, ecolex 2008, 1023 (1024).

1044 *Harrer* 445 f; vgl *Harrer*, wbl 2009 (330, 332).

Anspruch zu nehmen.[1045] Bei der GmbH & Co KG ieS entfalle dagegen eine „prohibitive Wirkung" des Komplementärs gegen überzogene Ausschüttungswünsche.[1046] Der gesetzestypische Komplementär sei eine unternehmensleitende, die Gesellschaft prägende Persönlichkeit; eine Komplementär-GmbH sei dagegen bloßer stimmrechtsloser Statist.[1047] Daraus ergebe sich die Gesetzeslücke.[1048] Diese sei durch analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG zu schließen (und zB nicht etwa durch ein bloßes Verbot von Leistungen, die eine Überschuldung der Co KG herbeiführen würden), weil keine Hinweise bestünden, dass die GmbH & Co KG ieS ein geringeres Gefahrenpotential aufweist als die Kapitalgesellschaften.[1049] Dass § 172 Abs 3 UGB zum Gläubigerschutz unzureichend sei, begründet *Harrer* auch damit, dass nach dieser Bestimmung auch bei einer die ursprünglich geleistete Einlage übersteigenden Einlagenrückgewähr die Haftung des Kommanditisten mit der Haftsumme gedeckelt sei.[1050]

Von jenen Autoren, die grundsätzlich eine Analogie befürworten, geht die Mehrheit davon aus, dass § 172 Abs 3 UGB durch die §§ 82 f GmbHG verdrängt werde.[1051] Dies sei geboten, um eine *Schlechterstellung* der Kommanditisten einer GmbH & Co KG im Vergleich zu Gesellschaftern einer GmbH zu verhindern.[1052] Eine Schlechterstellung bei kumulativer Anwendung beider Normen drohe insbesondere deshalb, weil § 172 Abs 3 UGB keine Verjährung kennt.[1053]

iii. Im Schrifttum vorgebrachte Argumente gegen eine analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG

Zahlreiche Autoren lehnen die Argumentation des OGH ab. Kritisiert wurde zunächst die Begründung des OGH, aus § 67 Abs 1 KO, § 4 Z 3 EKEG sowie dem

---

1045 *Harrer* 445; *Harrer*, wbl 2009, 328 (329).

1046 *Harrer* 446.

1047 So bildhaft *Harrer*, wbl 2009, 328 (333); vgl *Grossmayer*, ecolex 2008, 1023 (1024): der vom Gesetzgeber vorausgesetzter Interessengegensatz zwischen Komplementär und Kommanditisten fehle bei der GmbH & Co KG ieS.

1048 *Harrer* 446; *ders*, wbl 2009, 328 (333).

1049 *Harrer* 449.

1050 *Harrer*, wbl 2009, 328 (332); s dazu aber abl schon oben I.F. [37].

1051 *Grossmayer*, ecolex 2008, 1023 (1024 f); *Bauer/Zehetner* in WK GmbHG § 82 Rz 232; s auch *Koppensteiner* in FS Roth 395 (401), der eine analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG im Übrigen aber ohnehin ablehnt; aA (§§ 82 f GmbHG treten neben § 172 Abs 3 UGB) *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I^2 § 161 Rz 55.

1052 *Grossmayer*, ecolex 2008, 1023 (1024 f); *Bauer/Zehetner* in WK GmbHG § 82 Rz 232; vgl *Koppensteiner* in FS Roth 395 (401).

1053 *Bauer/Zehetner* in WK GmbHG § 82 Rz 232.

Rechnungslegungsrecht (insb § 221 Abs 5 UGB) sei eine nachträgliche Gesetzeslücke abzuleiten. *C. Nowotny* sieht diese Bestimmungen im Gegenteil als Argument dafür an, dass der Gesetzgeber eine Kapitalerhaltungspflicht für die GmbH & Co KG absichtlich nicht eingeführt hätte.[1054] *U. Torggler*[1055] führte dazu aus, § 67 Abs 1 KO, § 22 Abs 2 URG sowie § 4 Z 3 EKEG könne nur die Wertung entnommen werden, dass verdeckte Kapitalgesellschaften *in Insolvenznähe* wie Kapitalgesellschaften zu behandeln seien.[1056] In dieser Situation hätten Kommanditisten einer GmbH & Co KG ieS – genauso wie bei einer „echten" Kapitalgesellschaft – nichts mehr zu verlieren.[1057] Für sie bestehe deshalb ein Anreiz, auf dem Rücken der Gesellschaftsgläubiger zu spekulieren.[1058] Die Gleichstellung gem § 221 Abs 5 UGB beruhe dagegen auf spezifisch rechnungslegungsrechtlichen Gründen, die keinen Rückschluss auf die Kapitalerhaltung in der verdeckten Kapitalgesellschaften erlauben würde.[1059] Dass sich aus den erwähnten Bestimmungen ein (analoges) Verbot der Einlagenrückgewähr in der GmbH & Co KG ieS ableiten ließe, lehnt *U. Torggler* deshalb ab. Vielmehr dürfe das haftende Vermögen gem §§ 171 f UGB zwischen KG und Kommanditisten „wie zwischen kommunizierenden Gefäßen" fließen.[1060] Bei der GmbH & Co KG bestehe eine besondere Gefahr nur insofern, als Haftvermögen den „Kreislauf" zugunsten eines GmbH-Gesellschafters zu verlassen drohe. Dem sei aber auf Ebene der GmbH Rechnung zu tragen, nicht durch eine Abschottung des GmbH-Vermögens.[1061]

Stingl schreibt, dass das KG-Vermögen selbstverständlich mittelbar geschützt werde, soweit das Vermögen der Komplementär-GmbH betroffen ist.[1062] Soweit das Vermögen des Komplementärs von einer Ausschüttung aus der KG nicht betroffen sei, könne es aber keinen Unterschied machen, ob es sich beim Komplementär um eine natürliche oder juristische Person handle.[1063] Auch eine juristische Person hafte, so *Stingl*, „unbeschränkt" mit ihrem ganzen Vermögen. Für Dritte habe eine GmbH als Komplementärin zudem den Vorteil, dass

---

1054 *C. Nowotny*, RdW 2009, 326 (327).
1055 *U. Torggler*, GBU 2008/12/08.
1056 Zustimmend *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (66, 76 ff); *Stingl*, Anm zu 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 (314 ff); *Koppensteiner* in FS Roth 395 (397 f); *Frank/Kusternigg*, RdW 2010, 384 (385); vgl auch *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 161 Rz 21.
1057 *U. Torggler*, GBU 2008/12/08.
1058 *U. Torggler*, GBU 2008/12/08; *Frank/Kusternigg*, RdW 2010, 384 (385); vgl *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (76 ff).
1059 *U. Torggler*, GBU 2008/12/08.
1060 *U. Torggler*, GBU 2008/12/08.
1061 *U. Torggler*, GBU 2008/12/08; ähnl *Stingl*, Anm zu 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 (314).
1062 *Stingl*, Anm zu 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 (314).
1063 *Stingl*, Anm zu 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 (314).

deren Bonität leichter ersichtlich sei als die Bonität einer natürlichen Person.[1064] Gegen eine Schutzlücke spreche zudem *„die privatautonome Eigenverantwortung von Dritten, die sich eben eine Personengesellschaft als Geschäftspartner […] ausgesucht haben“*.[1065]

Nach *Koppensteiner*[1066] basiert die Analogie zu §§ 82 f GmbHG lediglich auf *rechtspolitischen* Vorstellungen zur Angemessenheit des Gläubigerschutzes.[1067] Es handle sich dabei um ein Musterbeispiel für *„wishful thinking“*.[1068] Eine (anfängliche) Gesetzeslücke würde aber voraussetzen, dass eine natürliche Person als Komplementär im Vergleich zu einer GmbH deutliche Vorteile bietet. Dies sei keinesfalls evident, weil es sich beim Komplementär auch um einen „Habenichts“ handeln könne.[1069] Solange *„das Vermögen der GmbH nicht aus KG-spezifischen Gründen beeinträchtigt wird, die für den ‚natürlichen Komplementär‘ keine Rolle spielen, trifft es also nicht zu, die GmbH generell als den aus Gläubigersicht ‚schlechteren‘ Komplementär aufzufassen“*.[1070] Ansatzpunkt einer Analogie müsse deshalb sein, ob die GmbH als Komplementär einer KG spezifischen Risiken ausgesetzt ist.[1071] Aufgrund § 172 Abs 3 UGB könnten Zuwendungen an Kommanditisten aber nicht dafür kausal sein, dass das GmbH-Vermögen geschmälert wird.[1072] Darüber hinaus würde die Autorisierung einer für die GmbH schädlichen Ausschüttung durch den GmbH-Geschäftsführer § 25 GmbHG widersprechen. Die Verbotswidrigkeit der Ausschüttung erstrecke sich auf dritte Leistungsempfänger unter denselben Voraussetzungen wie ein Verstoß gegen § 82 Abs 1 GmbHG.[1073] Mit der Haftung des GmbH-Geschäftsführers für eine sorgfaltswidrige Genehmigung der Ausschüttung bekämen die KG-Gläubiger außerdem *„just jene natürliche Person als Schuldner, deren Fehlen die aus KG-rechtlicher Sicht systemwidrige Anwendung GmbH-rechtlicher Gläubigerschutzkonzepte begründen soll“*.[1074]

Koppensteiner bezweifelt auch, dass die „Bremsfunktion“ des Komplementärs zu einer unterschiedlichen Behandlung der GmbH & Co KG ieS führen müsse: Zunächst sei auch bei einer natürlichen Person nicht sichergestellt, dass diese exzessive Ausschüttungen an

---

1064 *Stingl*, Anm zu 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 (315); ebenso *Koppensteiner* in FS Roth 395 (398); *Frank/Kusternigg*, RdW 2010, 384 (386).
1065 *Stingl* ebd.
1066 *Koppensteiner* in FS Roth 395.
1067 *Koppensteiner* in FS Roth 395 (405).
1068 *Koppensteiner* in FS Roth 395 (405).
1069 *Koppensteiner* in FS Roth 395 (398); *Auer* in *Gruber/Harrer* § 82 Rz 68.
1070 *Koppensteiner* in FS Roth 395 (398, s auch 399 f).
1071 *Koppensteiner* in FS Roth 395 (401).
1072 *Koppensteiner* in FS Roth 395 (403).
1073 *Koppensteiner* in FS Roth 395 (403 f).
1074 *Koppensteiner* in FS Roth 395 (404).

die Kommanditisten verhindern würde. Beispielsweise könnte auch eine natürliche Person vermögenslos sein oder sich in einem Abhängigkeitsverhältnis zu den Kommanditisten befinden.[1075] Umgekehrt hätten auch bei einer Komplementär-GmbH deren Gesellschafter ein Interesse daran, Ausschüttungen zulasten der GmbH zu verhindern.[1076] Zudem seien die GmbH-Geschäftsführer gesetzlich zum Schutz des GmbH-Vermögens verpflichtet.[1077] Überhaupt seien die Geschäftsführungsregeln der KG nicht als Gläubigerschutzinstrument konzipiert, weil die Geschäftsführung unter Ausschluss des Komplementärs auch an Kommanditisten übertragen werden könne.[1078]

Auer geht im Ausgangspunkt davon aus, dass für eine analoge Anwendung der Kapitalaufbringungsregeln der GmbH auf die GmbH & Co KG ieS Anhaltspunkte fehlten.[1079] Damit fehle aber auch ein Bezugspunkt für die analoge Anwendung der Kapital*erhaltungs*regeln auf verdeckte Kapitalgesellschaften, sodass eine Analogie zu §§ 82 f GmbHG erst recht sachwidrig sei.[1080] Dagegen hat allerdings *Harrer* eingewendet, dass das Beispiel der britischen Limited zeige, dass auch eine starke Ausprägung des Kapitalerhaltungsregimes möglich sei, wenn Kapitalaufbringungsregeln gänzlich fehlten.[1081]

Kritik wurde im Schrifttum außerdem daran geäußert, dass die Folgewirkungen einer Analogie zu §§ 82 f GmbHG unklar wären.[1082] Insbesondere *Hügel* hat die komplexen Folgefragen einer analogen Übertragung der §§ 82 f GmbHG für Gewinnausschüttung und Realteilung einer GmbH & Co KG aufgezeigt.[1083] Eine isolierte Anwendung der §§ 82 f GmbHG auf die GmbH & Co KG ieS wäre nach Ansicht von *Hügel* deshalb nicht

---

1075 *Koppensteiner* in FS Roth 395 (399).

1076 *Koppensteiner* in FS Roth 395 (399).

1077 *Koppensteiner* in FS Roth 395 (399); *Frank/Kusternigg*, RdW 2010, 384 (386): GmbH-Geschäftsführer würden aufgrund § 25 GmbHG in der Regel „mindestens so gewissenhaft und seriös wie eine natürliche Person als Komplementär" handeln, insb Geschäftsführer innerhalb eines Konzerns.

1078 *Koppensteiner* in FS Roth 395 (399).

1079 *Auer* in *Gruber/Harrer* § 82 Rz 68.

1080 *Auer* in *Gruber/Harrer* § 82 Rz 68.

1081 *Harrer* 448.

1082 *Hügel* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 111 (134 f); *Koppensteiner* in FS Roth 395 (401); *Frank/Kusternigg*, RdW 2010, 384 (385); *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (75 ff) bemängeln unklare Folgewirkungen bei Kapitalherabsetzung, Ausscheiden eines Gesellschafters und Liquidation; vgl auch die Darstellung der Rechtsfolgen bei *C. Nowotny*, RdW 2009, 326 (328 ff). S zur Frage, ob bei der Herabsetzung der Haftsumme eines Kommanditisten einer GmbH & Co KG ein Gläubigeraufruf gem § 55 Abs 2 GmbHG analog notwendig sei, *Bergmann/Schörghofer,* GesRZ 2015, 373 (375); die Notwendigkeit eines Gläubigeraufrufs abl *Birnbauer*, GES 2016, 125 (126).

1083 *Hügel* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 111 (134 f).

denkbar.[1084] Eine Umwandlung der GmbH & Co KG in eine *„ganze Kapitalgesellschaft“* wäre dagegen ein *„Großprojekt“,* das dem Gesetzgeber vorbehalten sei.[1085]

Auch *Kalss/Eckert/Schörghofer*[1086] verneinen das Vorliegen einer nachträglichen Lücke. Die Gleichstellung der verdeckten Kapitalgesellschaften mit GmbH und AG betreffe ausschließlich Krisensituationen (§ 67 Abs 1 KO, § 4 Z 3 EKEG, § 22 Abs 2 URG) und Verkehrsinformationspflichten (Rechnungslegungsrecht, Firmenbildungsvorschriften).[1087] Das Fehlen einer Lücke führten *Kalss/Eckert/Schörghofer* außerdem darauf zurück, dass die KG bereits ein eigenes Kapitalerhaltungsrecht besitze (§§ 128, 171 f UGB).[1088] Voraussetzung einer Analogie wäre deshalb der Nachweis, *„dass die Kapitalerhaltungsvorschriften der Kapitalgesellschaft jener der KG überlegen sind und diese Überlegenheit gerade ausschlaggebend dafür ist, dass der Gesetzgeber bei allseitiger Haftungsbeschränkung gerade diesen Weg geht.“*[1089] Dass dies nicht der Fall sei, begründen die Autoren folgendermaßen: *Kalss/Eckert/Schörghofer* differenzieren im Hinblick auf die Erhaltung des Haftungsfonds zwischen dem „Sondervermögensschutz“ bei der GmbH und dem Modell eines „Haftungsverbunds“ bei der KG. Während die Gesellschafter einer GmbH zu Schaffung und Erhaltung einer Sondervermögensmasse im Gesellschaftsvermögen verpflichtet seien, werde bei der KG die Haftungsbasis auf das persönliche Vermögen der Gesellschafter erweitert.[1090] Vermögensverlagerungen seien bei der KG deshalb für die Gläubiger nicht nachteilig, und aus diesem Grund auch nicht verboten.[1091] Ein „Sondervermögensschutz“ wie bei der GmbH sei für die Gesellschaftsgläubiger auch nicht notwendigerweise besser als das Haftungsmodell der KG.[1092] Ausführlich legen die Autoren anhand der historischen Genese der GmbH in Deutschland und in der Schweiz dar, dass sich der Gesetzgeber für das Modell des Sondervermögensschutzes gerade *nicht* aus gläubigerschützenden Erwägungen entschieden hat.[1093] Vielmehr sei die „aktienrechtliche“ Orientierung der Haftungsverfassung der GmbH zunächst scharf kritisiert worden; insbesondere wäre die fehlende persönliche Haftung der Gesellschafter aus Gläubigersicht

---

1084 *Hügel* ebd.
1085 *Hügel* ebd.
1086 *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (66, 76 ff).
1087 Ebenso *Koppensteiner* in FS Roth 395 (397 f); *Bergmann/Schörghofer*, GesRZ 2014, 340 (341).
1088 *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (76); *Bergmann/Schörghofer*, GesRZ 2014, 340 (341).
1089 *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (76); ähnl *Koppensteiner* in FS Roth 395 (398).
1090 *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (70).
1091 *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (70).
1092 *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (72 f).
1093 *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (73 ff).

zunächst problematisch gesehen worden.[1094] Die Entscheidung für den Sondervermögensschutz bei der GmbH sei schließlich nicht aus Gläubigerschutzgründen gefallen, sondern um die bei der GmbH ursprünglich erwarteten, zahlreichen Gesellschafterwechsel zu erleichtern.[1095]

Stattdessen plädieren *Kalss/Eckert/Schörghofer* bei der GmbH & Co KG ieS für punktuelle Analogien, soweit konkret ein Gläubigerschutzdefizit besteht.[1096] So müsse § 172 Abs 3 UGB auch eine die Haftsumme übersteigende Haftung des Kommanditisten gewährleisten, wenn eine „Einlagenrückgewähr" die zunächst geleistete Einlage im Wert übersteigt.[1097] Dies sei allenfalls durch analoge Anwendung von § 172 Abs 3 UGB sicherzustellen (s dazu schon oben I.F. [37]).[1098] Auch § 10 Abs 2 EKEG (Verbot der Rückgewähr der Einlage eines stillen Gesellschafters, wenn die Einlage „eigenkapitalersetzend" ist) sei analog auf den Kommanditisten einer GmbH & Co KG ieS anzuwenden.[1099] Zu einer Nichtigkeit der Einlagenrückgewähr – und damit auch zu einer Einbeziehung bösgläubiger Dritter in das Kapitalerhaltungsregime – käme es schon nach geltendem Recht bei einer sittenwidrigen Gläubigerschädigung, ganz ohne analoge Anwendung von § 82 Abs 1 GmbHG.[1100] Allenfalls könnten beim Nachweis eines „unabweislichen Bedürfnisses" auch Dritte kraft analoger Anwendung der §§ 171 f UGB in die Haftung miteinbezogen werden.[1101]

Eine (enge) Analogiefähigkeit des EKEG klingt auch bei *Stingl* an:[1102] Wenn schon eigenkapitalersetzende Darlehen nicht an verdeckte Kapitalgesellschaften zurückgewährt werden dürfen, müsse dies umso mehr für das sonstige Eigenkapital einer verdeckten Kapitalgesellschaft gelten. Weil das EKEG – ebenso wie URG und § 67 Abs 1 KO – aber nur insolvenznahe Situationen betreffen, sei aber fraglich, ob der OGH die Analogie zu §§ 82 f GmbHG nicht ebenfalls auf insolvenznahe Situationen beschränken hätte müssen.[1103]

1094 *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (73 mwN).
1095 *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (73 ff).
1096 Ähnl *Frank/Kusternigg*, RdW 2010, 384 (385).
1097 *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (77); *Koppensteiner* in FS Roth 395 (402 f).
1098 *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (77).
1099 *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (79).
1100 *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (78 f); ebenso *Koppensteiner* in FS Roth 395 (403).
1101 *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (78 f).
1102 *Stingl*, Anm zu 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 (315).
1103 *Stingl* ebd.

iv. Sonstiges

M. Karollus hat der Argumentation von *Kalss/Eckert/Schörghofer* in einem neueren Aufsatz widersprochen: Zum einen lasse sich – ungeachtet der historischen Auslegung – „nicht ernsthaft leugnen", dass das Fehlen der „persönlichen" Haftung bei den Kapitalgesellschaften der Grund für die Einführung strenger Kapitalschutzvorschriften gewesen sei.[1104] Es gehe nicht darum, was das „bessere" Schutzkonzept sei; vielmehr werde dem personengesellschaftsrechtlichen *„Konzept des ‚Haftungsverbundes' durch die Vermeidung einer ‚echten' persönlichen Haftung die Grundlage entzogen",* sodass das kapitalgesellschaftsrechtliche Gläubigerschutzmodell zur Anwendung kommen müsse.[1105]

Kalss hat ihre Position in einem Folgebeitrag deutlich relativiert.[1106] Sie bejaht nunmehr vor Allem ein weitgehendes Gläubigerschutzdefizit bei der GmbH & Co KG ieS: Durch den Einsatz einer GmbH als Komplementärin bestehe die Gefahr der Aushöhlung des Gläubigerschutzkonzepts der KG:[1107] *„Weil in der GmbH & Co KG ein persönlich haftender Gesellschafter mit unbeschränkter Haftung fehlt, zudem dessen Kontrollfunktion versagt, greift das gesetzgeberische Konzept der typischen KG mit den kommunizierenden Gefäßen der Vermögenszufuhr und der Ausdehnung der Haftung für Gesellschaftsschulden auf die Gesellschafter (Einlageleistung versus Aktivierung des Haftungsverbunds) nicht in ausreichendem Maß, da die im Firmenbuch eingetragene Haftsumme die persönliche Haftung der Kommanditisten-Gesellschafter beschränkt. Die Folge, dass im Falle der Vermögensauskehr und Einlagenrückgewähr in der GmbH & Co KG Defizite für den Gläubigerschutz bestehen, weil die Rückgewähr als solche nicht unzulässig und unwirksam ist, sondern nur die Haftung wiederauflebt, die aber mangels Substrats ins Leere greift, ist evident."*[1108] Trotzdem lehnt *Kalss* eine analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG auf verdeckte Kapitalgesellschaften nach wie vor ab. Stattdessen plädiert sie nunmehr dafür, § 172 Abs 3 UGB bei der GmbH & Co KG ieS als absolutes *Verbot* der Einlagenrückgewähr auszulegen.[1109]

[1104] *M. Karollus* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 31 (59).
[1105] *M. Karollus* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 31 (59 f).
[1106] *Kalss* in GedS W.-D. Arnold 79.
[1107] *Kalss* in GedS W.-D. Arnold 79 (86).
[1108] *Kalss* in GedS W.-D. Arnold 79 (86).
[1109] *Kalss* in GedS W.-D. Arnold 79 (insb 94 f).

Die Position von *Eckert*[1110] und *Schörghofer*[1111] blieb dagegen jedenfalls bisher inhaltlich weitgehend unverändert. *Schörghofer* schrieb in einem jüngst gemeinsam mit *Bergmann* veröffentlichten Aufsatz, die Behauptung einer Gesetzeslücke sei bisher zwar unrichtig, aber vertretbar gewesen.[1112] Mit dem RÄG 2014 seien verdeckte Kapitalgesellschaften allerdings ausdrücklich von der Dotierungspflicht gebundener Rücklagen ausgenommen worden (s § 221 Abs 5 UGB). *Bergmann/Schörghofer* sehen darin eine „Signalwirkung" für die analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG auf verdeckte Kapitalgesellschaften.[1113] Denn die Bildung gebundener Rücklagen gehöre zum Bereich des Kapitalerhaltungsrechts. Der Gesetzgeber habe daher – in Kenntnis der Rechtsprechung des OGH – bei der GmbH & Co KG nun ausdrücklich angeordnet, dass bei der Kapitalerhaltung für verdeckte Kapitalgesellschaften nicht dieselben Regeln wie für „echte" Kapitalgesellschaften gelten.[1114] Spätestens mit dem RÄG 2014 könne daher *„eine Gesetzeslücke iS einer planwidrigen Unvollständigkeit im Bereich des Kapitalerhaltungsrechts verdeckter Kapitalgesellschaften nicht mehr angenommen werden"*.[1115]

C. Allgemeines

1. Präzisierung der Fragestellung

Zum Beginn der eigenen Stellungnahme ist die Fragestellung auf Grundlage des dargestellten Meinungsstands zu präzisieren. Das Vermögen einer GmbH wird durch die §§ 82 f GmbHG nach einhelliger und mE zutreffender Ansicht auch vor einer mittelbaren Vermögensminderung zugunsten eines GmbH-Gesellschafters geschützt. Insofern sind die §§ 82 f GmbHG im Grundsatz auch auf Leistungen anwendbar, die eine Tochtergesellschaft einer GmbH zugunsten eines Gesellschafters der Mutter-GmbH erbringt.[1116] Auch ohne jede Analogie entfalten die Regeln über die Kapitalerhaltung der Komplementär-GmbH insofern

[1110] Vgl *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 161 Rz 17.
[1111] Vgl *Bergmann/Schörghofer*, GesRZ 2014, 340.
[1112] *Bergmann/Schörghofer*, GesRZ 2014, 340 (341 f).
[1113] *Bergmann/Schörghofer*, GesRZ 2014, 340 (341).
[1114] *Bergmann/Schörghofer*, GesRZ 2014, 340 (341 f).
[1115] *Bergmann/Schörghofer*, GesRZ 2014, 340 (342).
[1116] Allgemein *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 52 Rz 40 mwN.

Fernwirkungen auf Leistungen der KG an einen Kommanditisten, der gleichzeitig GmbH-Gesellschafter ist.[1117]

> **Beispiel:** A ist gleichzeitig Kommanditist einer GmbH & Co KG und Gesellschafter ihrer Komplementär-GmbH. Die Komplementär-GmbH ist aufgrund ihres Kapitalanteils zu 50 % an der GmbH & Co KG beteiligt. Die GmbH & Co KG leistet 1.000 an A. Jedenfalls soweit die GmbH & Co KG keinen werthaltigen Anspruch auf Rückersatz der Leistung gegen den Kommanditisten erworben hat, wird der Beteiligungswert der Komplementär-GmbH dadurch um 500 reduziert. In dieser Höhe ist in der Leistung der GmbH & Co KG an A daher auch eine mittelbare Zuwendung aus dem Vermögen der GmbH an A zu erblicken. Zuwendungen einer GmbH an ihre Gesellschafter sind (mit Ausnahme von Gewinnausschüttungen) aber gem § 82 Abs 1 GmbHG verboten. Die Leistung der GmbH & Co KG an A verstößt daher gegen § 82 Abs 1 GmbHG.

Für eine darüber hinausgehende Erweiterung des Anwendungsbereichs der §§ 82 f GmbHG auf GmbH & Co KG ieS kraft Analogie wurden in der Rechtsprechung zwei verschiedene Ansätze entwickelt. Der OGH[1118] sieht eine per Analogie zu schließende Lücke im Recht der Personengesellschaften: Der Schutz der Gläubiger einer Personengesellschaft sei lückenhaft, wenn keine natürliche Person unbeschränkt für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet. Diesfalls müsse die Haftungsordnung der Personengesellschaft um eine analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG ergänzt werden. Ob durch eine Ausschüttung aus dem KG-Vermögen das Vermögen einer Komplementär-GmbH (mittelbar) beeinträchtigt wird, wäre dabei irrelevant. Auch ob es sich bei der Komplementärin überhaupt um eine GmbH oder eine andere juristische Person handelt, wäre unbeachtlich. Der BGH[1119] belässt es hingegen grundsätzlich bei der Anwendung der §§ 30 f dGmbHG auf die Komplementär-GmbH. Allerdings sei der Kommanditist einer GmbH & Co KG ieS im Hinblick auf seine Verantwortung für die Erhaltung *des Stammkapitals der Komplementär-GmbH* den Gesellschaftern der Komplementär-GmbH gleichzustellen. Der persönliche Anwendungsbereich der §§ 30 f dGmbHG sei daher auf den Nur-Kommanditisten zu erstrecken. Ausschüttungen aus dem KG-Vermögen würden demnach aber nur gegen § 30 Abs 1 dGmbHG verstoßen, soweit dadurch auch das Stammkapital der Komplementär-GmbH beeinträchtigt wurde. Die Ansätze des OGH und des BGH sind

---

[1117] S insb BGH II ZR 25/70 BGHZ 60, 324 und dazu oben VI.B.1.a.i. [300].
[1118] OGH 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 [*Stingl*]; s zu dem Urteil oben VI.B.2.b. [311].
[1119] BGH II ZR 268/88 BGHZ 110, 342, s zu dem Urteil oben VI.B.1.a.iii. [303].

rechtlich voneinander zu unterscheiden.[1120] Im Folgenden soll primär die Richtigkeit des vom OGH gezogenen Analogie-Schlusses kritisch gewürdigt werden.

2. Allgemeine Analogievoraussetzungen

Die vom OGH vertretene, unmittelbare Anwendung der §§ 82 f GmbHG auf Personengesellschaften ohne natürliche Person als unbeschränkt haftendem Gesellschafter bedarf offensichtlich einer Analogie. Denn die §§ 82 f GmbHG gelten nach dem Gesetzeswortlaut nur für GmbH. Das Vorliegen einer analogiefähigen Lücke ist nach allgemeinen Grundsätzen anhand des Gleichheitssatzes zu beurteilen:[1121] Gleiche Sachverhalte sind rechtlich gleich zu behandeln, ungleiche ungleich. Voraussetzung einer analogiefähigen Lücke muss dementsprechend sein, dass der von der Norm (§§ 82 f GmbHG) nicht geregelte Fall (Leistungen einer KG ohne natürliche Person als Komplementär an ihre Kommanditisten) mit den von der Norm erfassten Fällen (Leistung einer GmbH an ihre Gesellschafter) vergleichbar ist. Zur Beurteilung der Vergleichbarkeit müssen die aus der Rechtsordnung ableitbaren gesetzlichen Wertungen herangezogen werden.[1122]

Prima facie sind die beiden Fälle ungleich: Der Gesetzgeber hat für die KG schließlich absichtlich andere gesetzliche Normen erlassen als für die GmbH. Insbesondere hat er sich in der KG dazu entschieden, die Gläubiger durch eine unmittelbare Außenhaftung der Gesellschafter zu schützen (§§ 128, 171 f UGB). Die Regelung der KG erscheint deshalb nicht offensichtlich ergänzungsbedürftig. Entscheidende Frage muss damit sein, ob ausreichende Gründe dafür gefunden werden, die trotzdem eine Analogie rechtfertigen.

3. Die Atypizität der GmbH & Co KG ieS

Zur Begründung einer Analogie wurde nun ausgeführt[1123], dass es sich bei der GmbH & Co KG ieS um eine atypische KG handle, die vom Gesetzgeber nicht bedacht worden sei. Mangels einer natürlichen Person als Vollhafter handle es sich bei der GmbH & Co KG ieS um eine haftungsbeschränkte Gesellschaft, auf die zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger

---

1120 Vgl *C. Nowotny*, RdW 2009, 326 (330).
1121 *F. Bydlinski*, Methodenlehre[2] 473 ff.
1122 Vgl *F. Bydlinski*, Methodenlehre[2] 473.
1123 S insb *M. Karollus* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 31 (49 ff); *ders*, ecolex 1996, 860 (861); *Grossmayer*, ecolex 2008, 1023; s näher oben VI.B.2. [309].

dementsprechend auch die gesetzlichen Regeln für haftungsbeschränkte Gesellschaften anzuwenden seien, insbesondere die §§ 82 f GmbHG.[1124]

Bei der GmbH & Co KG ieS handelt es sich tatsächlich um eine atypische Gesellschaft, die der Gesetzgeber bei Einführung des HGB 1897 nicht bedacht hat. Zutreffend ist mE auch, dass die Nichtregelung der GmbH & Co KG ieS durch das HaRÄG alleine das Vorliegen einer analogiefähigen Gesetzeslücke noch nicht ausschließt.[1125] Denn dafür wäre der Nachweis eines (negativen) gesetzgeberischen Willens vonnöten, wonach die §§ 128, 171 f UGB auch bei der GmbH & Co KG ieS zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger genügen; das bloße Fehlen einer Bezugnahme auf die GmbH & Co KG ieS bei Novellierung des KG-Rechts lässt einen dahingehenden Willen wohl nicht mit der notwendigen Deutlichkeit erkennen.[1126]

Dass der Gesetzgeber die GmbH & Co KG ieS nicht bedacht hat, ist für das Vorliegen einer analogiefähigen Lücke freilich auch nicht ausreichend. Erforderlich ist vielmehr, dass der Gesetzgeber – hätte er die GmbH & Co KG ieS im Auge gehabt – für diese auch ein Verbot der Einlagenrückgewähr vorgesehen hätte. Ob dies der Fall ist, gilt es im Folgenden zu erörtern.

4. Ordnung der für die Lückenhaftigkeit des UGB vorgebrachten Argumente

Die für eine Lückenhaftigkeit des UGB vorgebrachten Begründungen lassen sich mit *M. Karollus*[1127] im Wesentlichen in zwei Argumente unterteilen:

Erstens sei der Gläubigerschutz von Personengesellschaften ohne natürliche Person als Gesellschafter („verdeckte Kapitalgesellschaften") nachträglich lückenhaft geworden. Als Beleg dienen die verschiedenen, allesamt erst lange nach dem HGB 1897 eingeführten Normen, bei denen verdeckte Kapitalgesellschaften nachträglich den Kapitalgesellschaften

---

[1124] Vgl auch OLG Celle 9 U 2/03 NJW-RR 2004, 1040: Anwendbarkeit von § 30 dGmbHG auf den Nur-Kommanditisten, wenn und weil Komplementär eine Kapitalgesellschaft sei, „die nur über einen begrenzten Haftungsfonds verfügt".

[1125] OGH 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 [*Stingl*] (313 f); *Harrer* 447; *ders*, wbl 2009, 328 (330 f); aA *Wenger* RWZ 2005, 326 (329); *C. Nowotny*, RdW 2009, 326 (327); wohl auch *Frank*, Kapitalerhaltung 65 ff; vgl auch *Wenger*, RWZ 2008, 260 (262).

[1126] Vgl *Harrer*, wbl 2009, 328 (331): *„Über die Frage, ob der Gesetzgeber das Problem der Kapitalerhaltung vor Augen hatte, ob er das Thema Lehre und Rechtsprechung überlassen wollte oder ob er über die Kapitalbindung bei Schaffung des § 67 Abs 1 KO gar nicht reflektiert hat, kann man nur spekulieren."*

[1127] *M. Karollus* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 31 (49 f).

gleichgestellt wurden. Aus diesen Bestimmungen lasse sich als Wertung des Gesetzgebers ableiten, dass der Schutz der Gläubiger einer verdeckten Kapitalgesellschaft im Hinblick auf die Kapitalerhaltung dieselben Vorkehrungen erfordere wie der Gläubigerschutz bei den Kapitalgesellschaften. S zur Erörterung dieses Arguments sogleich unter D. [328].

Zweitens wird argumentiert, die Haftungsordnung der KG beruhe auf der Existenz einer natürlichen Person als Vollhafter. Bei der GmbH & Co KG ieS handle es sich dagegen in Wahrheit um eine haftungsbeschränkte Gesellschaft, weil hier keine natürliche Person, sondern bloß eine selbst haftungsbeschränkte Gesellschaft unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der GmbH & Co KG hafte. Dadurch würde das Gläubigerschutzsystem der KG unterlaufen. Um einen ausreichenden Schutz der Gesellschaftsgläubiger zu gewährleisten, sei eine Ergänzung der §§ 171 f UGB mit den Kapitalerhaltungsregeln der GmbH notwendig. Denn das Recht der GmbH offenbare die gesetzliche Wertung, welche Gläubigerschutzinstrumente bei haftungsbeschränkten Gesellschaften erforderlich sind. S zu diesem Argument unten E. [338].

Die Stichhaltigkeit beider Argumente soll im Folgenden überprüft werden.

D. Nachträglicher Bedeutungswandel?

1. Zur Begründung des OGH

Der OGH[1128] hat sich in seiner Urteilsbegründung im Wesentlichen auf Normen außerhalb des UGB gestützt, die „verdeckte" Kapitalgesellschaften in verschiedener Hinsicht mit AG und GmbH gleichstellen. Diese gleichstellenden Normen wurden allesamt erst lange nach dem HGB eingeführt. Aus ihnen leitet der OGH nun eine nachträgliche Lückenhaftigkeit des UGB ab.

Methodisch setzt eine nachträgliche Lücke voraus, dass sich aus einer nachträglichen Gesetzesänderung eine Wertung erschließen lässt, die von der bisherigen Bewertung durch den Gesetzgeber abweicht. Wenn – gemessen an der neuen gesetzgeberischen Wertung – eine Alt-Norm lückenhaft erscheint, liegt eine sogenannte nachträgliche Gesetzeslücke vor.[1129] Zur Ableitung der gesetzgeberischen Wertung ist dabei grundsätzlich der gesamte

[1128] OGH 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 [*Stingl*]; s auch schon *Reich-Rohrwig* 403 ff.
[1129] Vgl *F. Bydlinski*, Methodenlehre[2] 585.

Normenbestand heranzuziehen.[1130] Wie der OGH ausgeführt hat, wurden verdeckte Kapitalgesellschaften in verschiedenen Sondergesetzen mit den Kapitalgesellschaften gleichgestellt. Der OGH hat in diesem Zusammenhang auf § 67 Abs 1 KO (entspricht unverändert § 67 Abs 1 IO), das Rechnungslegungsrecht (vgl § 189 Abs 1 Z 2, § 221 Abs 5, § 244 Abs 3 UGB) sowie § 4 Z 3 EKEG hingewiesen.[1131] Zuzustimmen ist dem OGH auch darin, dass der Zweck dieser Normen jeweils (auch) der Gläubigerschutz ist. Zweck der §§ 82 f GmbHG ist ebenfalls (auch) der Gläubigerschutz.[1132] Der OGH schließt daraus, aufgrund des insoweit übereinstimmenden Normzwecks seien auch die §§ 82 f GmbHG auf Personengesellschaften ohne natürliche Person als unbeschränkt haftendem Gesellschafter analog anzuwenden.[1133]

Dieser Schluss ist übereilt. Nähme man die Argumentation des OGH beim Wort, müssten *sämtliche* gläubigerschützende Normen des GmbH-Rechts analog auch auf verdeckte Kapitalgesellschaften angewendet werden – in all diesen Fällen besteht ja insoweit eine „Übereinstimmung im Normzweck". Dies beträfe nicht nur die §§ 82 f GmbHG, sondern insbesondere auch das gesamte Kapitalaufbringungsrecht der GmbH. Auch die Gesellschafter einer GmbH & Co KG ieS müssten diesfalls unter anderem ein Mindestkapital in Höhe von € 35.000 (§ 6 Abs 1 GmbHG) bzw € 10.000 (§ 10b Abs 2 GmbHG) aufbringen. Sacheinlagen müssten unter Umständen einer Gründungsprüfung unterzogen (vgl § 6a Abs 4 GmbHG) und im Zeitpunkt der Firmenbucheintragung der Gesellschaft sofort eingebracht werden (§ 10 Abs 1 GmbHG). Eine so weitreichende Analogie wird, soweit ersichtlich, zu Recht nirgendwo vertreten.[1134] Lediglich bei der Umwandlung einer GmbH in eine KG verlangt der OGH, dass nicht nur die Haftsumme, sondern auch die Pflichteinlagen der Kommanditisten ihrer bisherigen Stammeinlage entsprechen müssten.[1135] Eine analoge Anwendung aller

---

1130 *F. Bydlinski*, Methodenlehre[2] 473.

1131 OGH 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 [*Stingl*] (313) mit Nachweisen zu den einschlägigen Gesetzesmaterialien. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang außerdem auf § 22 Abs 2 URG.

1132 HM, für alle *Bauer/Zehetner* in WK GmbHG § 82 Rz 3 ff mwN.

1133 OGH 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 [*Stingl*].

1134 Eine analoge Anwendung der Kapitalaufbringungsvorschriften der GmbH auf die GmbH & Co KG ieS ausdrücklich abl *M. Karollus* in FS Kropff 669 (677 f) Fn 23; *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 161 Rz 31; ausf diff *Artmann* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 83; *Zacher* 109 ff lehnte eine Haftung des Nur-Kommanditisten für die Aufbringung des Stammkapitals der Komplementär-GmbH entsprechend der Ausfallshaftung der GmbH-Gesellschafter für das Stammkapital (in Österreich gem § 70 GmbHG) überzeugend ab; vgl aber auch *Kalss* in GedS W.-D. Arnold 79 (93): Die Diskussion zur Reichweite der Übernahme kapitalerhaltender Regelungen sei mit dem Urteil des OGH erst eröffnet.

1135 OGH 6 Ob 235/07p SZ 2007/175 unter Berufung auf den Gläubigerschutz; in drei älteren Urteilen (OGH 6 Ob 335/97a RdW 1998, 384 [*C. Nowotny*]; OGH 19.5.1998, 7 Ob 38/98h; OGH 20.5.1999, 6 Ob 27/99k) hatte der OGH iE dasselbe vertreten, in der Sache ging es dort aber um die Wahrung der Beteiligungs- und

gläubigerschützenden Bestimmungen des GmbHG und des AktG auf verdeckte Kapitalgesellschaften wäre aber notwendige Konsequenz, wenn man mit der Begründung des OGH zur nachträglichen Lückenhaftigkeit des UGB Ernst machen würde.[1136]

Eine analoge Anwendung aller gläubigerschützenden Normen des GmbHG und des AktG auf die GmbH & Co KG ieS wäre aber auch methodisch unrichtig. Denn ein dahingehender Wille des Gesetzgebers kann jedenfalls nicht mit der für eine Gesamtanalogie notwendigen Deutlichkeit aus dem Gesetz abgeleitet werden.[1137] Richtig ist, dass der Gesetzgeber bei den verdeckten Kapitalgesellschaften einen Gläubigerschutzbedarf sieht, der *in bestimmten Aspekten* über den Gläubigerschutz in der gewöhnlichen KG hinausgeht und dem Schutzbedürfnis der Gläubiger einer AG oder GmbH entspricht. Es handelt sich bei den erwähnten Sonderbestimmungen aber immer noch bloß um *punktuelle* Gleichstellungen. Das Gläubigerschutzregime der verdeckten Kapitalgesellschaften richtet sich – jedenfalls nach dem Gesetzeswortlaut – in der großen Mehrzahl der Fälle nach wie vor nach dem UGB, und zwar in Abweichung vom Kapitalgesellschaftsrecht. Das spricht dafür, dass der Gesetzgeber bei den verdeckten Kapitalgesellschaften auch nur *punktuell* einen Bedarf zur Anwendung kapitalgesellschaftsrechtlicher Normen sieht. Die aus § 67 Abs 1 KO, § 4 Z 3 EKEG *et alii* ableitbare Wertung ist daher mE nicht, dass verdeckte Kapitalgesellschaften mit der GmbH im Hinblick auf den Gläubigerschutz in *jeder* Hinsicht gleichzustellen wären.[1138] Vielmehr sind dafür nach wie vor konkretere teleologische Hinweise auf ein konkretes Gläubigerschutzdefizit erforderlich. Einen solchen Nachweis ist der OGH schuldig geblieben. Im Folgenden soll der Frage nach einem gezielteren Gläubigerschutzdefizit, das eine nachträgliche Lückenhaftigkeit der Regeln über die Kommanditistenhaftung begründen könnte, nachgegangen werden.

2. § 67 Abs 1 IO, § 22 Abs 2 URG und § 4 Z 3 EKEG

Im Schrifttum wurde zutreffend darauf hingewiesen, dass sich der gemeinsame Normzweck von § 67 Abs 1 IO, § 22 Abs 2 URG und § 4 Z 3 EKEG noch enger eingrenzen

---

Beitragsverhältnisse an der umgewandelten Gesellschaft und damit um das Verhältnis der Gesellschafter untereinander. Krit zum OGH *C. Nowotny*, RdW 2009, 326; aA *Artmann*, GesRZ 1999, 26.

1136 Vgl auch *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 2/940.

1137 Vgl auch *Harrer*, wbl 2009, 328 (331).

1138 *U. Torggler*, GBU 2008/12/08; *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (66, 76 ff); *Stingl*, Anm zu 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 (314 ff); *Koppensteiner* in FS Roth 395 (397 f); *Frank/Kusternigg*, RdW 2010, 384 (385); vgl auch *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 161 Rz 21.

lässt als bloß mit „Gläubigerschutz“:[1139] Alle drei Bestimmungen betreffen nur eine verdeckte Kapitalgesellschaft in der Krise, nachdem das Gesellschaftsvermögen zum Großteil oder zur Gänze aufgebraucht worden ist:[1140] Gem § 67 Abs 1 IO ist die Überschuldung einer verdeckten Kapitalgesellschaft Insolvenzeröffnungsgrund. § 22 Abs 2 URG sieht unter näher bezeichneten Umständen Strafen für bestimmte Organwalter vor, wenn eine verdeckte Kapitalgesellschaft in Insolvenz fällt, nachdem die Beantragung eines Reorganisationsverfahrens pflichtwidrig unterlassen worden ist. § 4 Z 3 EKEG unterstellt verdeckte Kapitalgesellschaften dem EKEG; das EKEG wiederum sieht eine Rückzahlungssperre für „eigenkapitalersetzende“ Darlehen vor, die einer Gesellschaft in der Krise von maßgeblich beteiligten Gesellschaftern gewährt worden waren.

Allen drei Bestimmungen ist nicht nur der Zeitpunkt (Gesellschaftskrise) gemein, indem sie eingreifen – auch die Art und Weise, auf die diese Bestimmungen für Gläubigerschutz sorgen sollen, lässt sich näher eingrenzen: Sowohl § 67 Abs 1 IO als auch § 22 Abs 2 URG sollen mE der Gefahr vorbeugen, dass die Gesellschaft mit ihrem verbliebenen Vermögen „auf dem Rücken ihrer Gläubiger“ spekuliert.[1141] Diese Gefahr ist in der Gesellschaftskrise erhöht: Denn wenn das Eigenkapital der Gesellschaft zum Großteil bereits aufgebracht wurde, setzt die Gesellschaft durch das Eingehen weiterer Risiken primär die Befriedigungsaussichten ihrer Gläubiger aufs Spiel.[1142] Die Gesellschafter haben dagegen kaum mehr etwas zu verlieren, und dementsprechend auch kaum mehr einen Anreiz, der Eingehung weiterer Gesellschaftsrisiken vorzubeugen.[1143] Dieser Gefahr sollen § 67 Abs 1 IO bzw § 22 Abs 2 URG vorbeugen, wenn sie die Geschäftsführung dem Insolvenzverwalter übertragen bzw im Rahmen des Reorganisationsverfahrens einer verstärkten gerichtlichen Kontrolle unterwerfen.[1144] Auch das EKEG dient ausweislich der Materialien der Bekämpfung der Insolvenzverschleppung,[1145] mithin also ebenfalls dem Schutz der

---

1139 Oben Fn 1055 ff.

1140 *U. Torggler*, GBU 2008/12/08; *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (66, 76 ff); *Stingl*, Anm zu 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 (314 ff); *Koppensteiner* in FS Roth 395 (397 f); *Frank/Kusternigg*, RdW 2010, 384 (385); vgl auch *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 161 Rz 21.

1141 *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (76).

1142 *U. Torggler*, GBU 2008/12/08; *Frank/Kusternigg*, RdW 2010, 384 (385); vgl *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (76 ff).

1143 Vgl zur Anreizsteuerung in der GmbH allgemein *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 6 Rz 1: „Eigenopfer“; *dens* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 3 (5 f): „Der Kapitän sitzt im Boot“; *Rüffler*, GES 2005, 140 (145 f).

1144 Vgl zum Normzweck von § 67 IO *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, § 67 KO Rz 2; zur Zwecksetzung des URG ErlRV IRÄG 1997, 734 BlgNR 20. GP 74 f.

1145 ErlRV GIRÄG 2003, 124 BlgNR 22. GP 3.

Gesellschaftsgläubiger vor einer weiteren Verflüchtigung des Gesellschaftsvermögens durch die Weiterführung der Gesellschaftsgeschäfte.

Die Gefahr vor einem Spekulieren auf dem Rücken der Gläubiger besteht bei einer GmbH & Co KG ieS in der Krise nun genauso wie bei einer „echten" Kapitalgesellschaft,[1146] wenn – wovon als Regelfall auszugehen ist – die Komplementär-GmbH außer ihrer Beteiligung an der KG über kein wesentliches eigenes Vermögen verfügt. Die in den § 67 Abs 1 IO, § 4 Z 3 EKEG sowie § 22 Abs 2 URG erfolgte Gleichstellung „verdeckter" und „echter" Kapitalgesellschaften ist also rechtspolitisch überaus einleuchtend. Ihre Berechtigung erfährt sie aber eben nicht in einem blinden Verweis auf Gläubigerschutz, mE nicht einmal mit einer Berufung auf Gläubigerschutz bei einer Gesellschaft in der Krise, sondern (bloß) darin, dass die Gläubiger einer verdeckten Kapitalgesellschaft in der Krise vor der Übernahme inadäquater Geschäftsrisiken durch die Gesellschaft zu schützen sind – genauso wie bei einer GmbH oder AG. (Nur) insoweit rechtfertigen § 67 Abs 1 IO, § 4 Z 3 EKEG sowie § 22 Abs 2 URG dann auch eine Gleichstellung verdeckter Kapitalgesellschaften mit der AG und GmbH.

Zum Schutz der Gläubiger einer verdeckten Kapitalgesellschaft in der Krise vor einem Spekulieren „auf dem Rücken der Gläubiger"[1147] würde eine analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG mE aber keinen Beitrag leisten.

Denn erstens liegt dem Verbot der Einlagenrückgewähr insoweit ein abweichender Normzweck zugrunde:[1148] Auch die §§ 82 f GmbHG dienen dem Gläubigerschutz, allerdings nicht ihrem Schutz vor einem „Spekulieren auf dem Rücken der Gläubiger", wenn die Gesellschaft riskante Geschäfte mit gesellschaftsfremden Dritten eingeht. Normzweck ist stattdessen die Sanktionierung von Leistungen zugunsten der Gesellschafter, die das Gesellschaftsvermögen unmittelbar verringern.[1149] Die § 67 Abs 1 IO, § 22 Abs 2 URG schützen die Gläubiger davor, dass der Geschäftsführer mit der Gesellschaftskassa ins Casino geht. Die §§ 82 f GmbHG schützen die Gläubiger davor, dass der Geschäftsführer die Gesellschaftskassa zum Gesellschafter nach Hause trägt.

1146 Vgl *U. Torggler*, GBU 2008/12/08.

1147 *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (76).

1148 Vgl dazu ausf *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (76 ff); vgl auch *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 2/940: keiner der gleichstellenden Tatbestände habe die Kapitalerhaltung zum Gegenstand.

1149 Vgl OGH 6 Ob 14/14y SZ 2014/125 Rz 4.2.

Zweitens werden die Gläubiger einer GmbH & Co KG vor *dieser* von den §§ 82 f GmbHG erfassten Gefahr, dass das Gesellschaftsvermögen unmittelbar an die Gesellschafter ausgekehrt wird, vom KG-Recht bereits durch § 172 Abs 3 UGB geschützt.[1150] § 172 Abs 3 UGB sorgt in dieser Hinsicht grundsätzlich auch für wirksamen Gläubigerschutz, weil es jede Gesellschaftsleistung an einen Kommanditisten mit einer korrespondierenden Haftung des Kommanditisten beantwortet. Genauso wie durch die §§ 82 f GmbHG werden die Gesellschaftsgläubiger daher auch durch § 172 Abs 3 UGB vor einer Verringerung des ihnen insgesamt zur Verfügung stehenden Haftungsfonds durch Leistungen an einen Kommanditisten geschützt. Ein Gläubigerschutzdefizit würde lediglich drohen, wenn man mit dem BGH[1151] davon ausginge, dass die Haftung der Kommanditisten aufgrund einer Einlagenrückgewähr gem § 172 Abs 3 UGB niemals über deren Haftsumme hinaus ansteigen könnte.[1152] Davon ausgehend würde tatsächlich ein Gläubigerschutzdefizit drohen, und genau aus diesem Grund erweist sich die Ansicht des BGH mE auch als unrichtig (oben I.E.3.b. [34]). Selbst wenn man aber davon ausgeht, dass eine über die Haftsumme hinausgehende Haftung des Kommanditisten im Allgemeinen ausgeschlossen wäre, und dass dies (nur) bei der GmbH & Co KG ieS zu einem Gläubigerschutzdefizit führen würde, wäre zumindest für diesen Fall eine analoge Anwendung von § 172 Abs 3 UGB auf Fälle negativer Einlage als gelinderes Mittel einer Analogie zu §§ 82 f GmbHG vorzuziehen. Dementsprechend hat *Teichmann* für KG ohne natürliche Person als Komplementär auch (bloß) gefordert, dass die Haftung der Kommanditisten gem § 172 Abs 3 UGB auch über die Haftsumme hinaus ansteigen können muss.[1153]

Zusammenfassend entspricht der Normzweck des Verbots der Einlagenrückgewähr in der GmbH mE nicht dem gemeinsamen Normzweck der § 67 Abs 1 IO, § 4 Z 3 EKEG sowie § 22 Abs 2 URG, die in der Gesellschaftskrise einem Spekulieren auf dem Rücken der Gesellschaftsgläubiger vorbeugen sollen. Die §§ 82 f GmbHG dienen dagegen dem Schutz des Gesellschaftsvermögens vor einer unmittelbaren Verringerung zugunsten der Gesellschafter. Vor *dieser* Gefahr werden die Gesellschafter einer KG nach dem Gesetz aber bereits durch § 172 Abs 3 UGB wirksam geschützt. Die genannten Bestimmungen

---

1150 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 82 Rz 20; *Szep*, ecolex 2001, 804 (808); *Frank/Kusternigg*, RdW 2010, 384 (385); *Frank*, Kapitalerhaltung 65 ff; *C. Nowotny*, RdW 2009, 326 (327).

1151 BGH II ZR 25/70 NJW 1973, 1036 (1037); eine analoge Erweiterung von § 172 Abs 3 UGB auch spezifisch für die GmbH & Co KG abl *Zacher* 222 ff.

1152 *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (77); *Koppensteiner* in FS Roth 395 (402 f); *U. Torggler*, GesR AT Rz 698; aA *Reich-Rohrwig* 395 f; wN oben I.F.1. [37] Fn 133 – 136.

1153 *Teichmann*, ZGR 2014, 220 (250); vgl *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (77).

rechtfertigen daher mE keine analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG auf verdeckte Kapitalgesellschaften.

3. § 221 Abs 5 UGB idF RÄG 2014

Gegen die These einer nachträglichen Gesetzeslücke spricht zudem der neue § 221 Abs 5 UGB idF RÄG 2014. § 221 Abs 5 UGB ordnet an, dass auf verdeckte Kapitalgesellschaften grundsätzlich jene rechnungslegungsrechtlichen Bestimmungen anzuwenden sind, die für ihre unbeschränkt haftende Gesellschafterin gelten; soweit es sich bei der unbeschränkt haftenden Gesellschafterin um keine Kapitalgesellschaft handelt, seien die für GmbH geltenden Bestimmungen anzuwenden. In der Vergangenheit war unklar, ob § 221 Abs 5 UGB verdeckte Kapitalgesellschaften gegebenenfalls auch zur Bildung gebundener Rücklagen verpflichten sollte.[1154] Mit der Novellierung des § 221 Abs 5 UGB durch das RÄG 2014 hat der Gesetzgeber nun ausdrücklich klargestellt, dass verdeckte Kapitalgesellschaften *keine* Pflicht zur Dotierung gebundener Rücklagen trifft. Für verdeckte Kapitalgesellschaften gilt damit nunmehr dasselbe wie für kleine und mittlere GmbH, die gem § 229 Abs 4 UGB von der Pflicht zur Dotierung gebundener Rücklagen ausgenommen sind.

§ 221 Abs 5 UGB idF RÄG 2014 hat Bedeutung für die Frage, ob das UGB nachträglich lückenhaft geworden ist. Denn die These einer nachträglichen Lücke beruht auf der Annahme, dass die partielle Gleichstellung „echter" und „verdeckter" Kapitalgesellschaften außerhalb des UGB eine Wertung erkennen lässt, nach der eine Gleichstellung „echter" und „verdeckter" Kapitalgesellschaften auch im Hinblick auf die Kapitalerhaltungsregeln geboten wäre.

Nun zählen die Regeln über die Bildung gebundener Rücklagen materiell zum Kapitalerhaltungsrecht.[1155] Denn durch die Pflicht zur Bindung von Gesellschaftskapital in einer Rücklage wird auch der im Rahmen einer Gewinnausschüttung ausschüttbare Bilanzgewinn der Höhe nach beschränkt. Die Frage, inwieweit Gesellschaftskapital in Rücklagen einzustellen ist, grenzt somit auch das durch den Kapitalerhaltungsgrundsatz der Höhe nach vor einer Auskehr an die Gesellschafter geschützte Gesellschaftsvermögen ab.

[1154] Vgl zu Rechtslage und Meinungsstand vor dem RÄG 2014 *Mollnhuber/Suesserott* in *U. Torggler*, GmbHG § 23 Rz 8; *Bergmann/Schörghofer*, GesRZ 2014, 340 f.

[1155] *Bergmann/Schörghofer*, GesRZ 2014, 340 (341); vgl *Pauli* 17; s zum Verhältnis von Bilanzrecht und Gläubigerschutz allgemein oben II.D.4. [58]; III.C.1. [218] ff.

Insofern bilden die Vorschriften über die Bildung gebundener Rücklagen einen materiellen Bestandteil des Kapitalerhaltungsrechts der Kapitalgesellschaften.

Dass verdeckte Kapitalgesellschaften nunmehr auch ausdrücklich von der Pflicht zur Bildung gebundener Rücklagen ausgenommen wurden, spricht deshalb gegen eine nachträgliche Lückenhaftigkeit des Gläubigerschutzes bei den verdeckten Kapitalgesellschaften.[1156] Denn die Bestimmung zeigt, dass der Gesetzgeber eine gewisse Ungleichbehandlung „echter" und „verdeckter" Kapitalgesellschaften im Hinblick auf die Kapitalerhaltung durchaus beabsichtigt hat:[1157] Während AGs stets der Pflicht zur Bildung gebundener Rücklagen unterliegen und GmbHs bei Erfüllung der Größenmerkmale des § 221 Abs 3 UGB, trifft verdeckte Kapitalgesellschaften eine solche Pflicht nicht – und zwar auch dann nicht, wenn die verdeckte Kapitalgesellschaft selbst die Größenmerkmale, die für große GmbH gelten, erfüllen würde oder die unbeschränkt haftende Gesellschafterin der verdeckten Kapitalgesellschaft selbst der Pflicht zur Dotierung gebundener Rücklagen unterliegt.

Bergmann/Schörghofer schließen aus § 221 Abs 5 idF RÄG 2014 darüber hinaus, dass im Hinblick auf die Kapitalerhaltung bei den verdeckten Kapitalgesellschaften eine analogiefähige Gesetzeslücke überhaupt auszuschließen sei. Denn der Gesetzgeber des RÄG 2014 habe *„im Bewusstsein um die [Debatte zu einer Analogie zu § 82 Abs 1 GmbHG] gerade im Bereich des Kapitalerhaltungsrechts im engeren Sinn ausdrücklich angeordnet, dass für verdeckte Kapitalgesellschaften nicht die hinsichtlich echter Kapitalgesellschaften maßgeblichen Regeln […] gelten sollen."*[1158] Daraus leiten die Autoren ab, dass eine analogiefähige Gesetzeslücke nunmehr auszuschließen sei.

Mit diesem Schluss wird § 221 Abs 5 UGB idF RÄG 2014 aber mE überfordert. Wie dargelegt, spricht diese Bestimmung gegen das Vorliegen einer *nachträglichen* Gesetzeslücke, weil die Bestimmung zeigt, dass der Gesetzgeber eine gewisse Ungleichbehandlung echter und verdeckter Kapitalgesellschaften im Bereich der Kapitalerhaltung durchaus beabsichtigt hat. Deshalb lässt sich aus jenen Bestimmungen außerhalb des UGB, die echte und verdeckte Kapitalgesellschaften partiell gleichgestellt haben, auch nicht die Wertung ableiten, dass eine Gleichstellung auch im Bereich der Kapitalerhaltung erforderlich wäre. Insoweit ist *Bergmann/Schörghofer* zuzustimmen.

1156 *Bergmann/Schörghofer*, GesRZ 2014, 340 (341 f).
1157 Vgl *Bergmann/Schörghofer*, GesRZ 2014, 340 (341 f); s auch *Pauli*, Eigenkapital 17, 22.
1158 *Bergmann/Schörghofer*, GesRZ 2014, 340 (341 f, wörtliches Zitat auf S 342).

Genauso wenig lässt sich aus § 221 Abs 5 UGB und anderen Bestimmungen außerhalb des KG-Rechts aber mE ableiten, dass der Gesetzgeber, nunmehr in Kenntnis der Problematik um die Kapitalerhaltung bei den verdeckten Kapitalgesellschaften, der vom OGH angenommenen Analogie zu § 82 Abs 1 GmbHG ablehnend gegenüberstehen würde:

Zum einen fehlt jeder Hinweis darauf in den Materialien des RÄG 2014. Aus diesen geht vielmehr hervor, dass der Gesetzgeber lediglich eine Klarstellung intendiert hatte: Früher waren die Vorschriften über die gebundenen Rücklagen in § 130 AktG bzw § 23 GmbHG angesiedelt. Das Aktienrechtsänderungsgesetz 2009[1159] verschob die beiden Bestimmungen inhaltlich unverändert[1160] nach § 229 UGB. Damit gelangten diese Vorschriften formal in den Verweisungsbereich des § 221 Abs 5 UGB idF vor dem RÄG 2014. Mit dem RÄG 2014 wollte der Gesetzgeber nun laut Materialien lediglich klarstellen, dass mit dem Aktienrechtsänderungsgesetz 2009 keine Erweiterung der auf verdeckte Kapitalgesellschaften anwendbaren Bilanzierungsvorschriften intendiert gewesen war.[1161] Dass der Gesetzgeber einer Analogie zu § 82 Abs 1 GmbHG auf verdeckte Kapitalgesellschaften ablehnend gegenüberstehen würde, lässt sich aus dem RÄG 2014 insofern historisch nicht ableiten.

Auch auf teleologischer Ebene lässt sich aus § 221 Abs 5 UGB idF RÄG 2014 mE nicht die Wertung erschließen, dass ein analoges Verbot der Einlagenrückgewähr bei den verdeckten Kapitalgesellschaften *auszuschließen* wäre. Denn wie erwähnt sind eben auch kleine und mittlere GmbHs von der Pflicht zur Bildung gebundener Rücklagen ausgenommen (§ 229 Abs 4 UGB). Dies zeigt, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr iSd §§ 82 f GmbHG für den Gesetzgeber nicht notwendigerweise mit der Pflicht zur Bildung gebundener Rücklagen einhergeht.[1162] Dass der Gesetzgeber des RÄG 2014 verdeckte Kapitalgesellschaften von der Pflicht zur Bildung gebundener Rücklagen ausgenommen hat, lässt daher nicht den Schluss zu, dass der Gesetzgeber auch ein Verbot der Einlagenrückgewähr bei den verdeckten Kapitalgesellschaften überhaupt ablehnen würde.

Zusammenfassend zeigt § 221 Abs 5 UGB idF RÄG 2014 mE schlicht, dass sich all jenen nachträglich zum UGB hinzugekommenen Vorschriften, die verdeckte

---

1159 BGBl I 2009/71.

1160 Vgl ErlRV Aktienrechtsänderungsgesetz 2009, 208 BlgNR 24. GP 47.

1161 Vgl ErlRV RÄG 2014, 367 BlgNR 25. GP 9.

1162 Vgl zur Beschränkung des Kapitalerhaltungsgrundsatzes in kleinen und mittleren GmbH durch § 229 Abs 4 UGB AB 421 BlgNR 15. GP 2, abgedruckt in *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005) 520; vgl auch *Wünsch*, Kommentar zum GmbHG, 3. Lieferung (1993) § 23 Rz 1.

Kapitalgesellschaften mit echten Kapitalgesellschaften gleichgestellt haben, keine belastbare nachträgliche Wertung zu der Frage entnehmen lässt, wie mit Fragen der Kapitalerhaltung bei verdeckten Kapitalgesellschaften umzugehen sein soll.

4. § 4 Z 3 EKEG im Speziellen

Eher als mit dem Zweck *aller* Bestimmungen, die verdeckte Kapitalgesellschaften mit AG und GmbH gleichstellen, lässt sich eine (engere) nachträgliche Lückenhaftigkeit des UGB mit § 4 Z 3 EKEG begründen. Das EKEG reglementiert die Rückzahlung sogenannter „eigenkapitalersetzender Darlehen", die Gesellschafter ihrer Gesellschaft gewährt haben. Von den Bestimmungen, die die verdeckten Kapitalgesellschaften mit AG und GmbH gleichstellen, betrifft nur § 4 Z 3 EKEG auch im Kern die Kapitalerhaltung.

Reich-Rohrwig und *Stingl* haben zu Recht darauf hingewiesen, dass dann, wenn die Rückgewähr eigenkapital*ersetzender* Gesellschafterleistungen verboten ist, erst recht auch die Rückgewähr *der von den Kommanditisten geleisteten Einlagen selbst* verboten sein muss. Dies ergibt sich aus einem Größenschluss.[1163] Insoweit ist eine analoge Anwendung des EKEG auf die von den Kommanditisten geleisteten Einlagen geboten. Das EKEG qualifiziert den Verbotstatbestand für die Rückgewähr eigenkapitalersetzender Leistungen allerdings mehrfach. Zunächst ist das EKEG nur auf Darlehen anwendbar, die einer Gesellschaft „in der Krise" gewährt wurden (§ 1 EKEG). Die Rückzahlung ist außerdem zulässig, sobald die Gesellschaft ihre Krise überwunden hat (§ 14 Abs 1 EKEG). Schließlich unterliegen nur solche Gesellschafter dem EKEG, die gem § 5 *leg cit* zumindest zu 25% an der Gesellschaft beteiligt sind oder einen „kontrollierenden" Einfluss ausüben. In diesem Rahmen unterliegen mE auch die von einem Kommanditisten geleisteten Einlagen analog dem EKEG. Die Rückzahlung einer Einlage ist also gem § 14 EKEG analog[1164] (auch bei Zustimmung aller Gesellschafter zur Rückzahlung) verboten, wenn diese Einlage (a) von einem Kommanditisten, der die Voraussetzungen des § 5 EKEG erfüllt, (b) an eine KG ohne natürliche Person als Komplementär (§ 4 Z 3 EKEG) (c) in deren Krise (§ 2 EKEG) geleistet wurde. Das Rückzahlungsverbot entfällt, sobald die Gesellschaft die Krise überwunden hat (§ 14 Abs 1 EKEG). Zu einem ganz ähnlichen Ergebnis führt auch die Ansicht von

[1163] *Reich-Rohrwig* 401; *Stingl*, Anm zu 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 (315); vgl auch OGH 8 Ob 2124/96b SZ 69/166.

[1164] Vgl *Stingl*, Anm zu 2 Ob 225/07p, GesRZ 2008, 310 (315).

Kalss/Eckert/Schörghofer, wonach § 10 EKEG über die Anwendbarkeit des EKEG auf stille Beteiligungen analog auch auf Einlagen von Kommanditisten anzuwenden wäre.[1165]

Ein darüber hinausgehendes Verbot der Einlagenrückgewähr in der GmbH & Co KG ieS, das von Gesellschaftskrise und Mindestbeteiligung unabhängig wäre, lässt sich aus dem EKEG dagegen mE nicht ableiten.

5. Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Zweck von § 67 Abs 1 IO, § 4 Z 3 EKEG und anderer gleichstellender Bestimmungen eine allgemeine „nachträgliche Lückenhaftigkeit" des Gläubigerschutzes in der GmbH & Co KG ieS mE nicht begründen kann. Lediglich eine analoge Anwendung des EKEG auf solche Einlagen ist mE geboten, die dem EKEG unterliegen würden, wenn sie unter denselben Umständen als Darlehen begeben worden wären. Im Übrigen wird noch zu prüfen sein, ob sich ein Schutzdefizit der Gläubiger einer GmbH & Co KG ieS wenigstens unmittelbar aus dem UGB selbst ableiten lässt.

E. Gläubigerschutzdefizit im UGB?

1. Allgemeines

Eine *nachträgliche* Lückenhaftigkeit des UGB wurde soeben unter VI.D. [328] verneint. Zu prüfen bleibt das Vorliegen einer *anfänglichen* Lücke. Zu diesem Zweck ist die Frage zu erörtern, ob das Gläubigerschutzsystem der KG tatsächlich „ausgehöhlt"[1166] wird, wenn keine natürliche Person die Komplementärstellung innehat.

Der Nachweis eines entsprechenden Gläubigerschutzdefizits ist mE bisher nicht erbracht worden. Richtig ist, dass das Gläubigerschutzsystem der KG maßgeblich auf der Stellung ihres Komplementärs als unbeschränkt haftendem Gesellschafter aufbaut.[1167] Die Befürworter einer Analogie leiten daraus ab, dass der Verzicht auf ein Verbot der Einlagenrückgewähr in der KG nur gerechtfertigt wäre, solange auch eine *natürliche* Person

---

[1165] *Kalss/Eckert/Schörghofer*, GesRZ 2009, 65 (79).

[1166] So die Formulierung von *Kalss* in GedS W.-D. Arnold 79 (86); vgl dazu auch *K. Schmidt*, Einlage 29.

[1167] Oben Fn 63; vgl insb *Artmann* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Unternehmensbewertung und Gesellschaftsrecht 77 (104).

als Komplementär unbeschränkt haftet.[1168] Dieser Schluss setzt freilich voraus, dass eine GmbH oder eine andere juristische Person auch nicht zur Ausfüllung jener Rolle in der Lage ist, die der Gesetzgeber zum Schutz der KG-Gläubiger dem Komplementär zugedacht hat.[1169]

Die Befürworter einer Analogie weisen zu diesem Zweck darauf hin, dass der Gesetzgeber von einer natürlichen Person als Haftungsträger ausgegangen sei.[1170] So weit, so richtig. Bei der GmbH & Co KG ieS handelt es sich tatsächlich um eine atypische Gesellschaft, die vom historischen Gesetzgeber nicht bedacht worden ist (s dazu schon oben VI.C.3. [326]). Damit ist aber ebenfalls noch nicht gesagt, dass nicht auch eine GmbH die Rolle des Komplementärs adäquat ausfüllen kann. War dem Gesetzgeber tatsächlich die unbeschränkte Haftung einer natürlichen Person ein *„spezielles Anliegen*" – so die Argumentation von *M. Karollus*[1171] – und setzt der Gläubigerschutz bei der KG dementsprechend die unbeschränkte Haftung einer natürlichen Person voraus? Aus den historischen Materialien kann die „Minderwertigkeit" einer GmbH (oder einer sonstigen juristischen Person) als Komplementärin im Vergleich zu einer natürlichen Person jedenfalls gerade nicht abgeleitet werden. Schließlich hat der historische Gesetzgeber des HGB 1897 den Fall, dass eine juristische Person die Komplementärstellung bekleiden könnte, gar nicht bedacht und sich daher auch nicht dazu geäußert.

Denkbar wäre noch, dass sich ein Gläubigerschutzdefizit bei der GmbH & Co KG ieS aus teleologischen Überlegungen ableiten ließe. Zur Klärung dieser Frage muss herausgearbeitet werden, welche Funktion dem Komplementär im Gläubigerschutzmodell der KG zukommt. In der Literatur werden dem Komplementär zum Schutz der KG-Gläubiger zwei Aufgaben zugeschrieben:[1172] Erstens soll er den Gesellschaftsgläubigern sein persönliches Vermögen als Haftungsmasse zur Verfügung stellen (s dazu sogleich 2. [340]). Zweitens soll der Komplementär aufgrund seiner unbeschränkten Haftung Garant für eine sorgfältige, die Interessen der Gesellschaftsgläubiger wahrende Gebarung der KG sein („Bremsfunktion"; s dazu unten 3. [342]).[1173]

[1168] *M. Karollus* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 31 (59 f); vgl auch schon *Ostheim*, wbl 1995, 217 (222 f).

[1169] Vgl auch *Koppensteiner* in FS Roth 395 (401).

[1170] Vgl *M. Karollus* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG 31 (59 f); *dens* in FS Kropff 669 (673).

[1171] So *M. Karollus* aaO 60.

[1172] Vgl zB *Zacher* 202; *Höhne* 234.

[1173] Vgl BGH II ZR 268/88 BGHZ 110, 342 (356 f); *Harrer* 444 ff; weitere Nw unten Fn 1186. Die Diskussion erinnert insofern an einen ähnlichen Meinungsstreit in der Frühzeit der GmbH & Co KG, als es um die grundsätzliche handels- und steuerrechtliche Anerkennung dieser Mischform ging. Damals wurde der

2. Bereitstellung eines Haftungsfonds durch den Komplementär

Die unbeschränkte, persönliche Haftung des Komplementärs stellt bei der KG sicher, dass den Gläubigern einer KG zumindest derselbe Haftungsfonds zur Verfügung steht wie den Privatgläubigern ihres Komplementärs.[1174] Für einen über das Vermögen des Komplementärs hinausgehenden Haftungsfonds hat der Gesetzgeber bei der KG dagegen keine grundsätzliche Notwendigkeit gesehen.[1175] Insbesondere überlässt das UGB die Wahl der Haftsumme den Gesellschaftern.[1176] Nach der gesetzlichen Wertung ist dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger insofern grundsätzlich Genüge getan, wenn der Haftungsfonds der KG-Gläubiger dem Haftungsfonds zumindest eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters entspricht.[1177]

Es ist mE kein Grund ersichtlich, warum nicht auch der unbeschränkte Zugriff auf das gesamte Vermögen einer Komplementär-GmbH für die KG-Gläubiger grundsätzlich einen ausreichenden Haftungsfonds bereitstellen sollte. Es ist natürlich richtig, dass das Vermögen einer Komplementär-GmbH im Wert beschränkt ist. Dies trifft freilich auf jeden Komplementär zu.[1178] Auch das Vermögen einer natürlichen Person ist im Wert beschränkt und kann das Mindeststammkapital einer GmbH (vgl §§ 6, 10b GmbHG) ohne weiteres unterschreiten.[1179] Das Gesetz fordert aber bewusst nicht, dass der Komplementär auch ein guter, vermögender Schuldner sein muss (vgl oben I.E.2.a. [14]).[1180] Vielmehr ist es nach der gesetzlichen Wertung zum *gesellschaftsrechtlichen* Gläubigerschutz in der KG grundsätzlich ausreichend, wenn die KG-Gläubiger bloß den Privatgläubigern ihres Komplementärs gleichgestellt werden.[1181] Diese Wertung ist auch rechtspolitisch durchaus nachvollziehbar (s schon oben I.E.2.a. [14]): Der Komplementär wäre schließlich auch in der Lage gewesen,

---

GmbH vorgeworfen, sie sei überhaupt ungeeignet, die Komplementärstellung einer KG zu bekleiden. Denn die „haftungsbeschränkte" GmbH sei zur Übernahme der „unbeschränkten" Haftung in der KG nicht in der Lage (s dazu abl *Stölzle*, ÖJZ 1961, 623 [624 f] mwN; vgl auch *O. Huemer*, ÖJZ 1971, 257 f); die bloße Haftung einer GmbH würde nicht dieselbe „Steuerungsfunktion" erfüllen wie die persönliche Haftung einer natürlichen Person: s für eine ausf historische Darstellung *J. Meyer* 90 ff, insb 93 f mit Fn 317 ff mwN.

1174 Eine (für hiesiges Problem unbedeutende) Einschränkung erfährt die Haftung des Komplementärs lediglich nach der Haftungstheorie; s zum Theorienstreit zwischen Haftungs- und Erfüllungstheorie oben Fn 71.

1175 AA *Schlichte*, DB 2006, 1357 (1358): Aufgabe der Komplementärin sei es, „den Gläubigern einen unbeschränkten Haftungsfonds zu garantieren".

1176 Oben Fn 51.

1177 S dazu mN schon oben I.E.2.a. [14], insb Fn 66, 72.

1178 Vgl *Kuhn* in FS Heusinger 203; *Stingl*, Anm zu 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 (315).

1179 Vgl *Koppensteiner* in FS Roth 395 (398); *Auer* in *Gruber/Harrer* § 82 Rz 68; *Konietzko* 169; auch schon RG II B 2/22 RGZ 105, 101 (104 f).

1180 Oben Fn 68.

1181 Oben I.E.2.a. [14], insb bei und in Fn 68 ff.

selbständig ein Unternehmen zu betreiben und damit am Markt aktiv zu werden. Wenn der Komplementär aber ohnehin selbständig am Rechtsverkehr teilnehmen und Geschäfte abschließen darf, warum soll er dies nicht auch im Rahmen einer KG tun dürfen? Mit der Bereitstellung der KG als Rechtsform schafft der Gesetzgeber insofern für die Gesellschaftsgläubiger keine Gefahr, die nicht ohnehin schon durch die Zulassung des Komplementärs zur selbständigen Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr entstanden ist. Vielmehr hat der Gesetzgeber dem Komplementär bloß ermöglicht, eine schon nach allgemeinem Zivilrecht tolerierte Gläubigergefahr in eine KG zu *verlagern*. Insofern ist schon durch die unbeschränkte Haftung des Komplementärs für Gesellschaftsverbindlichkeiten sichergestellt, dass den Gläubigern *durch die Zwischenschaltung einer KG* kein zusätzlicher Nachteil droht, der bei einem selbständigen Auftritt des Komplementärs als Einzelunternehmer nicht ebenso entstanden wäre. Das genügt nach der gesetzlichen Wertung grundsätzlich für den gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz in der KG.

Mit derselben Begründung muss dann aber auch das Vermögen einer GmbH als Komplementärin für die KG-Gläubiger grundsätzlich einen ausreichenden Haftungsfonds darstellen. Auch bei der GmbH & Co KG ieS stellt § 128 UGB sicher, dass die Gläubiger der GmbH & Co KG auf das gesamte Vermögen der Komplementär-GmbH zugreifen können, mithin also denselben Schutz genießen wie sonstige Gläubiger der GmbH. Bereits mit der Zulassung der GmbH als Rechtsform hat der Gesetzgeber nun die grundsätzliche Entscheidung getroffen, dass für die Gläubiger einer GmbH durch die Aufbringung und Erhaltung deren Stammkapitals durch die GmbH-Gesellschafter ein hinreichender Haftungsfonds geschaffen wird. In Anwendung des Gleichheitssatzes muss derselbe Haftungsfonds dann aber grundsätzlich auch zum Schutz der Gläubiger einer GmbH & Co KG ieS genügen. Schließlich basiert der Gläubigerschutz bei der KG lediglich darauf, dass deren Gläubigern eine Gleichstellung mit den Privatgläubigern des Komplementärs garantiert wird.[1182] Die Funktion des Komplementärs, den KG-Gläubigern sein persönliches Vermögen als Haftungsobjekt zur Verfügung zu stellen, kann insofern grundsätzlich auch durch eine Komplementär-GmbH adäquat ausgefüllt werden.

In der Tat wurde bisher auch von Niemandem vertreten, dass in eine GmbH & Co KG ieS in analoger Anwendung von §§ 6, 10 GmbHG durch die Kommanditisten verpflichtend ein Mindestkapital einzuzahlen wäre, weil das Vermögen einer Komplementär-GmbH nur

[1182] Oben I.E.2.a. [14], insb bei und in Fn 68 ff.

einen unzureichenden Haftungsfonds darstellen würde.[1183] Das eigentliche Problem liegt nämlich nicht im Wert des Vermögens einer Komplementär-GmbH begründet, sondern in dessen Erhaltung:[1184] Der Gesetzgeber hat im Gegenzug für die beschränkte Haftung aller Gesellschafter einer GmbH starke Kapitalaufbringungs- und Erhaltungsregeln vorgesehen. Insbesondere sollen die §§ 82 f GmbHG grundsätzlich einer Verminderung des Gesellschaftsvermögens durch die Gesellschafter selbst vorbeugen. Droht nun aber eine Aushöhlung der GmbH-rechtlichen Kapitalerhaltungsregeln durch die Beteiligung einer GmbH an einer Personengesellschaft? Droht eine Verflüchtigung des Vermögens einer Komplementär-GmbH (oder einer anderen juristischen Person als Komplementärin), *weil* sie sich als Komplementärin an einer KG beteiligt und ihr Vermögen in die KG eingebracht hat?[1185] Kann ein Gläubigerschutzdefizit also dadurch begründet werden, dass das Vermögen einer Komplementär-GmbH in eine GmbH & Co KG ieS eingebracht wurde und von dort an einen Kommanditisten ausgeschüttet zu werden droht? Damit ist die Frage angesprochen, ob damit zu rechnen ist, dass eine GmbH in ihrer Rolle als Komplementärin überzogenen Ausschüttungswünschen der Kommanditisten entgegen treten kann und wird. Mit anderen Worten geht es um die Frage, ob davon auszugehen ist, dass eine Komplementär-GmbH ihre „Bremsfunktion" in der KG ausüben wird. Das ist mE grundsätzlich der Fall, s dazu im Folgenden.

3. „Bremsfunktion"

a. Einleitung

Nach einer insbesondere von *Harrer* vorgetragenen Argumentation liegt das Gläubigerschutzdefizit in der GmbH & Co KG ieS darin begründet, dass eine Komplementär-GmbH ihrer „Bremsfunktion" nicht nachkommen würde.[1186] Der Gesetzgeber hat nämlich

---

1183 Oben Fn 1134.

1184 Vgl auch *K. Schmidt*, ZIP 2008, 481 (487).

1185 Der BGH (BGH II ZR 180/06 BGHZ 174, 370; kritisch *K. Schmidt*, ZIP 2008, 481; s auch *Theiselmann*, GmbHR 2008, 521) hat indes entschieden, dass das Stammkapital einer Komplementär-GmbH nicht wirksam geleistet wird, wenn der Gesellschafter seine Einlage mit der Verwendungsabrede an die GmbH leistet, die GmbH möge die Einlage sodann als Darlehen an die GmbH & Co KG weiterreichen; vgl dazu aber den nachfolgend novellierten § 19 Abs 5 dGmbHG idgF. Nach *U. Torggler* in GedS W.-D. Arnold 57 (63 f) kommt es darauf an, ob die Darlehensbedingungen „fremdüblich" waren; dem ist zuzustimmen. Vgl dazu auch *Zacher* 181 ff.

1186 *Harrer* 444 ff; *ders*, wbl 2009, 328; *Grossmayer*, ecolex 2008, 1023 (1024); ähnl BGH II ZR 268/88 BGHZ 110, 342 (356 f); OLG Celle 9 U 2/03 NJW-RR 2004, 1040; *Potsch* 96 f; *Teichmann*, ZGR 2014,

gegen eine Verflüchtigung des KG-Vermögens durch Ausschüttungen an Kommanditisten grundsätzlich auch dadurch Sorge getragen, dass er starke Geschäftsführungs- und Mitbestimmungsrechte der unbeschränkt haftenden Gesellschafter vorgesehen hat. Diese Rechte sollen den bzw die Komplementär(e) in die Lage versetzen, überzogenen Ausschüttungswünschen der Mitgesellschafter entgegen zu treten.[1187]

Harrer hat indes die Wirksamkeit der „Bremsfunktion" bezweifelt, wenn eine GmbH Komplementärin ist.[1188] Die Begründung lässt sich wie folgt skizzieren: Eine Komplementär-GmbH werde von ihren Gesellschaftern gesteuert. Diese besäßen aufgrund ihrer fehlenden Haftung für Verbindlichkeiten der GmbH wiederum keinen ausreichenden Anreiz, um Ausschüttungen aus dem KG-Vermögen zu unterbinden. Die Kompetenzverteilung im Innenverhältnis biete bei der GmbH & Co KG ieS daher gegen Ausschüttungen aus dem KG-Vermögen an die Kommanditisten keinen ausreichenden Schutz. Solange die Kommanditisten einer GmbH & Co KG ieS nicht selbst eine Pflicht zur Kapitalerhaltung iSd §§ 82 f GmbHG trifft, sei der Gläubigerschutz der KG daher lückenhaft und durch analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG zu ergänzen.

An der Kritik *Harrers* ist zutreffend, dass die Entscheidungskompetenz in der GmbH & Co KG ieS mittelbar bei den GmbH-Gesellschaftern liegt. Denn die GmbH-Gesellschafter können über ihre Weisungsbefugnis gegenüber dem GmbH-Geschäftsführer (§ 20 Abs 1 GmbHG) grundsätzlich auch steuern, ob bzw wie die GmbH ihre Rechte als Komplementärin der GmbH & Co KG wahrnehmen wird. Richtig ist auch, dass die Gesellschafter einer GmbH mangels persönlicher Haftung nur verminderte eigene Anreize haben, einer Überschuldung der GmbH bzw auch der GmbH & Co KG vorzubeugen.[1189] Davon schon auf ein Gläubigerschutzdefizit bei der GmbH & Co KG ieS zu schließen, wäre mE aber übereilt:

b. „Bremsfunktion" als notwendiger Baustein des Gläubigerschutzes in der KG?

Zunächst ist fraglich, ob eine Beeinträchtigung der „Bremsfunktion" des Komplementärs eine analoge Anwendung von GmbH-Kapitalerhaltungsrecht überhaupt

220 (247 ff); *Immenga*, ZGR 1975, 487 (489); *Huber*, ZGR 1988, 1 (17); *Kuhn* in FS Heusinger 203 (212); *Winkler*, NJW 1969, 1009; *Strohn* in *Ebenroth ea*, HGB[3] § 171 Rz 4; auch *Mossmann* 129 f.

1187 Oben Fn 65 f.

1188 *Harrer* 444 ff; *ders*, wbl 2009, 328; s auch BGH II ZR 268/88 BGHZ 110, 342 (356 f); *Grossmayer*, ecolex 2008, 1023 (1024); *Huber*, ZGR 1988, 1 (17).

1189 Vgl die Nw oben Fn 1143.

rechtfertigen würde. Hat der Gesetzgeber des UGB der Kompetenzverteilung im Innenverhältnis tatsächlich eine so maßgebliche Funktion für den Gläubigerschutz der KG zugedacht?

Der Gesetzgeber des UGB hat die Kompetenzverteilung im Innenverhältnis bewusst dispositiv ausgestaltet. Dies spricht dagegen, den *dispositiven* Kompetenzen des Komplementärs im Innenverhältnis eine *notwendige* Aufgabe für das Gläubigerschutzkonzept der KG zuzuweisen.

Instruktiv ist in dieser Hinsicht die Begründung des BGH im Rektor-Fall.[1190] Dort hat der BGH einen vermeintlichen Grundsatz der Einheit von Herrschaft und Haftung bei der KG zu Recht abgelehnt. Diese Entscheidung fand in der Literatur letztlich breite Zustimmung.[1191] Die Komplementärin des Rektor-Fall war eine natürliche Person. Sie war aber persönlich mittellos und unterstand im Innenverhältnis den Weisungen des einzigen Kommanditisten.[1192] Der Kommanditist wiederum war *„wirtschaftlich gesehen Alleininhaber"* des von der KG betriebenen Unternehmens und *„mit der Machtfülle eines persönlich haftenden Gesellschafters ausgestattet"*.[1193] Nach den Feststellungen ist nicht davon auszugehen, dass die Komplementärin des Rektorfalls allfälligen Ausschüttungswünschen des Kommanditisten in irgendeiner Form bremsend entgegen getreten wäre – der BGH hat diese Frage in seinem Urteil nicht explizit thematisiert. Trotzdem entschied der BGH, dass den Kommanditisten keine über die Haftsumme hinausgehende Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten trifft. Der für hiesige Frage relevante Teil der Urteilsbegründung lässt sich wie folgt zusammenfassen: Unternehmensleitung und persönliche Haftung stünden bei der KG zwar nach dem dispositiven Recht in einem inneren Zusammenhang. Die gesetzliche Regelung lasse aber klar erkennen, dass es sich hierbei nicht um zwingendes Recht handle, und damit auch um keinen zwingenden Rechtsgrundsatz. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass die Gesellschafter den dispositiven Zusammenhang zwischen Handlungsbefugnis und Haftung *nicht* auflösen, hätte er den Regelungen über Handlungsbefugnis und Haftung zwingenden Charakter eingeräumt, wie das bei den Kapitalgesellschaften teilweise der Fall ist. Der Grundsatz der Einheit von Herrschaft und Haftung sei deshalb auch kein zwingender

---

1190 BGH II ZR 282/63 BGHZ 45, 204.
1191 S die Nw oben Fn 56.
1192 S zur Weisungsbindung der Komplementärin BGH aaO 209.
1193 BGH aaO 205 f.

wirtschaftsverfassungsrechtlicher Grundsatz bei der KG, sondern könne von den Gesellschaftern grundsätzlich nach ihrem Belieben aufgelöst werden.

Die im Rektor-Fall zu beurteilende Rechtsfrage unterscheidet sich von der hier zu lösenden Frage etwas: Im Rektor-Fall ging es um die Frage, ob bzw unter welchen Umständen „herrschende" Kommanditisten, die im Innenverhältnis mit der KG nach Belieben schalten und walten können, eine unbeschränkte Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten treffen soll. Hier geht es um die Frage, ob eine Einlagenrückgewähr an den Kommanditisten gem § 82 Abs 1 GmbHG analog verboten ist, weil eine Komplementär-GmbH angeblich die Gesellschaftsinteressen nicht ausreichend gegen die Eigeninteressen der Kommanditisten verteidigt. Das dahinter stehende Wertungsproblem ist aber in beiden Fällen dasselbe: Kommt es dadurch, dass ein Kommanditist im Vergleich zum Komplementär übermächtig wird, zu einem Gläubigerschutzdefizit, das mit den Regeln der §§ 171 ff UGB nicht mehr bewältigt werden kann?

Im Rektorfall hat es der BGH nun wie erwähnt abgelehnt, aus der Art und Weise der Kompetenzverteilung und -ausübung im Innenverhältnis ein Gläubigerschutzdefizit abzuleiten, weil der Gesetzgeber die Kompetenzverteilung im Innenverhältnis bewusst dispositiv ausgestaltet hat. Mit derselben Begründung muss man dann aber auch dort ein Gläubigerschutzdefizit verneint werden, wo eine GmbH als Komplementärin (freiwillig) ihrer vermeintlichen „Bremsfunktion" nicht nachkommt. Zwar ging es im Rektor-Fall um eine menschliche Komplementärin. Akzeptiert man die Begründung des BGH, kann es aber eigentlich nicht darauf ankommen, ob die Schwäche der Komplementärin gegenüber den Kommanditisten im Innenverhältnis durch ihre Rechtsform indiziert ist (wie bei einer Komplementär-GmbH) oder sich aus sonstigen rechtlichen oder faktischen Umständen ergibt (wie im Rektor-Fall). Die Begründung des BGH im Rektor-Fall spricht deshalb nicht nur dagegen, „herrschenden" Kommanditisten eine unbeschränkte Außenhaftung zuzuweisen; sie spricht vielmehr auch dagegen, Kommanditisten ein Verbot der Einlagenrückgewähr aufzuoktroyieren, nur weil die Komplementärin ihrer angeblichen „Bremsfunktion" nicht nachkommen würde.

Zur Klarstellung: Die Wertung des Rektor-Falls steht mE zum vom OGH[1194] vorgenommenen Analogie-Schluss in Widerspruch, wonach der Schutz der KG-Gläubiger selbst ein Verbot der Einlagenrückgewähr bei den verdeckten Kapitalgesellschaften erfordern würde. Der Argumentation des BGH[1195], wonach eine analoge Erstreckung des § 30 Abs 1 dGmbHG auf den Nur-Kommanditisten *mit dem Schutz des Vermögens der Komplementär-GmbH* zu rechtfertigen ist, steht der Rektor-Fall dagegen nicht entgegen, weil es im Rektor-Fall nur um den Schutz der KG-Gläubiger selbst ging, nicht um den Schutz der Gläubiger der Komplementär-GmbH.

Gegen eine Lückenhaftigkeit des UGB in Fällen, in denen der Komplementär weitreichende Ausschüttungen an die Kommanditisten zulässt, spricht zudem § 172 Abs 3 UGB selbst: Auch wenn der Komplementär KG-Vermögen an die Kommanditisten ausschüttet, sorgt § 172 Abs 3 UGB grundsätzlich dafür, dass der den Gesellschaftsgläubigern insgesamt zur Verfügung stehende Haftungsfonds dadurch nicht beeinträchtigt wird. Gerade deshalb konnte der Gesetzgeber den Gesellschaftern einer KG die Freiheit geben, über das Ob und Wie einer Einlagenrückgewähr frei zu entscheiden. Dies spricht dagegen, dass überhaupt ein vom Gesetzgeber unbeabsichtigtes Gläubigerschutzdefizit entsteht, wenn der Komplementär seiner „Bremsfunktion" nicht nachkommt und die Gesellschafter ihre Einlagen von der Gesellschaft zurück erhalten. Nur in Fällen, in denen der Kommanditist von der Gesellschaft netto mehr erhält als er zuvor als Einlage geleistet hatte, erweist sich § 172 Abs 3 UGB als lückenhaft. Diese Lücke ist mE aber durch eine teleologische Erweiterung von § 172 Abs 3 UGB zu schließen, wonach die Haftung des Kommanditisten auch über seine Haftsumme hinaus ansteigen kann (oben I.F. [37] mN dort). Auch bei Ausschüttungen an die Kommanditisten, die deren zuvor geleistete Einlagen übersteigen, kommt es davon ausgehend dann aber grundsätzlich zu keiner Verringerung des insgesamt dem Gläubigerzugriff ausgesetzten Haftungsreservoirs. Dementsprechend hat *Teichmann* vor kurzem gefordert, notwendig und ausreichend sei es zum Gläubigerschutz, wenn die Haftung eines Kommanditisten einer GmbH & Co KG ieS gem § 172 Abs 4 HGB analog gegebenenfalls auch über die Haftsumme hinaus ansteigt; ein *Verbot* der Einlagenrückgewähr sei dagegen nicht erforderlich.[1196]

[1194] OGH 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 [*Stingl*].
[1195] BGH II ZR 268/88 BGHZ 110, 342.
[1196] *Teichmann*, ZGR 2014, 220 (247 ff, insb 250).

Wer trotzdem eine analoge Anwendung von § 82 Abs 1 GmbHG auf die GmbH & Co KG ieS mit der „Bremsfunktion“ begründet, müsste dagegen konsequenterweise auch für ein Verbot der Einlagenrückgewähr bei KGs mit vergleichbar „schwachen“ menschlichen Komplementären eintreten. Denn die beiden Fälle sind durchaus vergleichbar: Ob nun aufgrund der Vermögensverhältnisse des Komplementärs, seiner Stellung im Innenverhältnis, seinen sonstigen Verflechtungen mit den Kommanditisten oder seiner Rechtsform indiziert ist, dass der Komplementär Ausschüttungswünschen der Kommanditisten vermutlich nicht wirksam entgegen treten wird – all diese Fälle sind teleologisch durchaus vergleichbar und daher auch im Hinblick auf eine allfällige analoge Anwendung von § 82 Abs 1 GmbHG gleich zu behandeln. Auch Kommanditisten einer KG mit einer natürlichen Person als Komplementär, deren Fähigkeit oder Wille zu bremsendem Einwirken auf Ausschüttungswünsche der Kommanditisten fraglich erscheint, müsste dann einem Verbot der Einlagenrückgewähr gem § 82 Abs 1 GmbHG analog unterliegen, wenn man dies für die GmbH & Co KG ieS vertritt. Im Hinblick auf das grundsätzliche Ziel des UGB-Gesetzgebers, Entscheidungen über Aufbringung und Erhaltung des Vermögens einer Personengesellschaft deren Gesellschaftern zu überlassen,[1197] wäre dies aber höchst bedenklich.

Zusammenfassend ist kein Grund ersichtlich, abweichend von der gesetzlichen Wertung bei der KG *de lege lata* ein Verbot der Einlagenrückgewähr einzuführen, nur weil der Komplementär nicht willens oder in der Lage ist, Ausschüttungen aus dem KG-Vermögen an die Kommanditisten zu unterbinden. Denn auch diese Fälle sind von der Wertung des UGB-Gesetzgebers erfasst, Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen zuzulassen und lediglich mit einer Außenhaftung des betroffenen Gesellschafters zu substituieren, und auch die Art und Weise der Entscheidung über die Durchführung der Leistung der Vereinbarung der Gesellschafter im Innenverhältnis zu überlassen. Daraus, dass eine Komplementär-GmbH Ausschüttungen aus dem KG-Vermögen faktisch nicht unterbinden würde, lässt sich deshalb noch kein Schutzdefizit der KG-Gläubiger ableiten. Dies ist letztlich (auch) eine Konsequenz der hinter dem Rektor-Urteil stehenden Prämisse, dass der Gesetzgeber den Gesellschaftern bewusst die Gestaltung der Mitbestimmungsbefugnisse im Innenverhältnis freigestellt hat.

[1197] Vgl oben Fn 115 f, 124 ff.

c. §§ 25, 82 f GmbHG als allgemeine Vorschriften zur Anreizsteuerung bei der GmbH

Die Begründung einer Lückenhaftigkeit des UGB mit der fehlenden „Bremswirkung" einer Komplementär-GmbH ist mE noch in einem zweiten Punkt angreifbar: Es ist fraglich, ob die fehlende „Bremswirkung" einer Komplementär-GmbH überhaupt in signifikantem Umfang durch ihre Rechtsform indiziert ist. Das eingangs geschilderte Anreizproblem, wonach die Gesellschafter einer GmbH kein besonderes eigenes Interesse haben, einer Überschuldung „ihrer" GmbH vorzubeugen, ist nämlich ein allgemeines GmbH-rechtliches Problem, das der Gesetzgeber schon im GmbHG vor Allem mit zwei Vorschriften zu überwinden trachtet:

- Erstens trifft die Geschäftsführer einer GmbH eine persönliche Haftung für Schäden, die der Gesellschaft aus einer sorgfaltswidrigen Verminderung des Gesellschaftsvermögens entstehen (§ 25 Abs 2 GmbHG). Daraus resultierende Haftungsansprüche sind unverzichtbar, soweit sie zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich sind (§ 25 Abs 7 GmbHG).
- Zweitens sind Zuwendungen einer GmbH an ihre Gesellschafter mit Ausnahme der Ausschüttung wirklich erzielter Gewinne grundsätzlich verboten und mit Ersatzansprüchen sanktioniert (§§ 82 f GmbHG).

Beide Bestimmungen sind in den noch darzulegenden Grenzen auch auf Handlungen (inkl Unterlassungen) anwendbar, die eine Komplementär-GmbH in Ausübung ihrer Mitbestimmungsrechte in der KG setzt[1198] und gewährleisten mE (auch ohne Analogie zu §§ 82 f GmbHG), dass auch eine Komplementär-GmbH ungerechtfertigte Ausschüttungen aus dem KG-Vermögen typischerweise unterbinden wird:

[1198] Vgl auch *Schlichte*, DB 2006, 1357.

d. Anreizsteuerung durch § 25 GmbHG bei Ausschüttungen aus dem Vermögen einer GmbH & Co KG

i. Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers gegenüber der GmbH gem § 25 Abs 2 GmbHG

Die Geschäfte einer GmbH & Co KG ieS werden durch ihre Komplementär-GmbH geführt, da diese als einzige Komplementärin grundsätzlich zur Führung der KG-Geschäfte berechtigt und verpflichtet ist (§ 114 iVm § 164 UGB); ein gänzlicher Entzug ihrer Geschäftsführungsbefugnis durch Gesellschaftsvertrag ist nach der hM unzulässig, weil nach dem Prinzip der Selbstorganschaft zumindest die Letztentscheidungsbefugnis über Angelegenheiten der Geschäftsführung bei zumindest einem Komplementär zu verbleiben hat (vgl zur Vertretung auch § 170 UGB).[1199] Ausgeübt wird die Befugnis der Komplementär-GmbH zur Führung der KG-Geschäfte aber durch den GmbH-Geschäftsführer.[1200]

§ 25 GmbHG verpflichtet die Geschäftsführer einer GmbH zur sorgfältigen Ausübung ihrer Geschäftsführungsbefugnis. Sofern die GmbH an dritten Gesellschaften Beteiligungen hält, haben die GmbH-Geschäftsführer auch die Mitbestimmungsrechte der GmbH in der dritten Gesellschaft sorgfältig anhand der Interessen der GmbH auszuüben.[1201] Auch bei der Führung der KG-Geschäfte sind die GmbH-Geschäftsführer deshalb an § 25 GmbHG gebunden: Soweit durch eine sorgfaltswidrige Geschäftsführungshandlung (bzw auch durch das sorgfaltswidrige Unterlassen einer gebotenen Handlung) ein (mittelbarer) Vermögensnachteil für die GmbH entsteht, trifft den GmbH-Geschäftsführer dafür grundsätzlich eine Haftung gegenüber der GmbH gem § 25 Abs 2 GmbHG.[1202] S zur von der Rechtsprechung teilweise befürworteten unmittelbaren Haftung des GmbH-Geschäftsführers gegenüber der GmbH & Co KG unten iv. [359].

[1199] Str, s *Enzinger* in WK UGB I[4] § 114 Rz 28 f mwN; *Chalupsky/Schmidsberger* in *Bertl ea*, GmbH & Co KG 51 (54 f); aA *Koppensteiner* in FS Roth 395 (399); vgl zur Vertretung der KG *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 125 Rz 5; vgl zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis der Komplementär-GmbH gem § 117 Abs 1 UGB *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 161 Rz 13 mwN; *C. Nowotny*, NZ 1982, 81 bei und nach Fn 26; *Jabornegg* in FS Koppensteiner (2001) 105; *Harrer*, wbl 1991, 145.

[1200] OGH 6 Ob 185/13v SZ 2014/82 Rz 18; *Eckert* in *U. Torggler*, UGB[2] § 161 Rz 11, 14; *Diregger/Eckert*, RdW 2013, 579 (580); *Leupold*, RdW 2008, 191; *M. Karollus*, ecolex 1990, 669 (671).

[1201] BGH II ZR 86/11 ecolex 2014, 251 (252); *Reich-Rohrwig* in WK GmbHG § 25 Rz 48; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 25 Rz 10; vgl OGH 28.11.1985, 6 Ob 757/83.

[1202] BGH II ZR 86/11 ecolex 2014, 251; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 41; *Diregger/Eckert*, RdW 2013, 579 (580).

Beispiel: Eine Komplementär-GmbH unterlässt, vertreten durch ihren Geschäftsführer, sorgfaltswidrig (§ 1299 ABGB ist anwendbar[1203]) die Geltendmachung einer Forderung der GmbH & Co KG gegenüber einem Drittschuldner, sodass die Forderung verjährt. Der KG entsteht durch den Forderungsausfall ein Schaden von 100. Für diesen Schaden haftet die GmbH der KG gem § 114 Abs 1 iVm § 1191 ABGB,[1204] sodass die GmbH den Schaden zu tragen hat. Die GmbH kann sich wiederum gem § 25 Abs 2 GmbHG bei ihrem Geschäftsführer regressieren. Die KG kann den der GmbH gegen ihren Geschäftsführer zustehenden Ersatzanspruch auch exekutiv pfänden und sich überweisen lassen.[1205]

Die Gläubiger der KG können wiederum im Exekutionsweg auf den Anspruch der KG gegen die GmbH zugreifen. Gleichzeitig können KG-Gläubiger über § 128 UGB auch unmittelbar gegen die GmbH zugreifen und so auch auf den Anspruch der GmbH gegen ihren Geschäftsführer zugreifen.

§ 25 GmbHG bindet den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH daher auch dann, wenn er eine Ausschüttung von KG-Vermögen an einen Kommanditisten vornimmt, einer solchen Ausschüttung zustimmt oder bloß das gebotene Einschreiten gegen eine solche Ausschüttung unterlässt. Insofern reizt § 25 GmbHG den Geschäftsführer dazu an, für die GmbH auch deren vermeintliche „Bremsfunktion" als Komplementärin der Co KG auszuüben.

Ein Schadenersatzanspruch der GmbH gegen ihren Geschäftsführer setzt freilich voraus, dass der GmbH durch die sorgfaltswidrige (Un-)Tätigkeit ihres Geschäftsführers auch ein Schaden entstanden ist, dass aus der fraglichen Leistung aus dem KG-Vermögen also auch zumindest mittelbar ein Vermögensnachteil der Komplementär-GmbH resultiert ist. Die Bedingungen, unter denen eine Ausschüttung von KG-Vermögen an einen Kommanditisten mittelbar zu einer Verminderung des Werts des GmbH-Vermögens führt, wurden vom BGH[1206] dabei durchaus zutreffend abgegrenzt: Zu einer mittelbaren Auskehr von GmbH-Vermögen kommt es zunächst dann, wenn die GmbH mit einem eigenen Kapitalanteil am Vermögen der KG beteiligt ist, weil eine Verminderung des KG-Vermögens dann auch auf den Wert der von der GmbH gehaltenen Beteiligung an der KG durchschlägt. Wurde durch eine Ausschüttung von KG-Vermögen eine Überschuldung der KG geschaffen oder vertieft, wird von einem mittelbaren Schaden für die Komplementär-GmbH insoweit auszugehen sein,

---

1203 *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 41; vgl *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 161 Rz 20: Sorgfaltsmaßstab der GmbH als Komplementärin gegenüber der KG ließe sich § 25 GmbHG entnehmen.

1204 Vgl *S.-F. Kraus* in *U. Torggler*, UGB[2] § 114 Rz 11; *Harrer*, wbl 1991, 145 bei Fn 22; *Chalupsky/Schmidsberger* in *Bertl ea*, GmbH & Co KG 51 (79); auch *C. Nowotny*, NZ 1982, 81 bei Fn 18; *M. Karollus*, ecolex 1990, 669 (671).

1205 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 25 Rz 30.

1206 BGH II ZR 213/77 BGHZ 76, 326 (336 f).

als die Komplementär-GmbH aufgrund ihrer Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nun selbst für Gesellschaftsverbindlichkeiten einstehen muss, die ansonsten mit dem ausgeschütteten Betrag abgedeckt worden wären.[1207] *Gummert* hat allerdings zutreffend darauf hingewiesen, dass bei der Frage, ob das Haftungsrisiko der Komplementär-GmbH durch eine Vermögensauskehr an einen Kommanditisten vergrößert wird, auch Bestehen und Werthaltigkeit allfälliger Freistellungs- und Regressansprüche der GmbH gegen die Kommanditisten zu berücksichtigen sind.[1208] ME ist noch zu ergänzen: Auch wenn die Komplementär-GmbH zwar nicht am Gesellschaftsvermögen mit einem eigenen Kapitalanteil beteiligt ist, entsteht durch eine das Jahresergebnis der KG beeinträchtigende Verminderung des KG-Vermögens ein mittelbarer, vermögenswerter Nachteil für die GmbH, sofern die Gewinnbezugs- und -entnahmerechte der GmbH vom Gesellschaftsergebnis abhängig sind.

Insofern decken sich die Fälle, in denen dem GmbH-Geschäftsführer eine Haftung gem § 25 GmbHG droht, grundsätzlich mit den Fällen, in denen auch eine natürliche Person als Komplementär einen Anreiz gehabt hätte, Ausschüttungen aus dem KG-Vermögen zu unterbinden: Soweit der GmbH als Komplementärin aufgrund einer Verminderung des KG-Vermögens ein eigener (mittelbarer) Vermögensnachteil droht, insbesondere auch aufgrund einer dröhnenden Inanspruchnahme aus § 128 UGB, ist der GmbH-Geschäftsführer grundsätzlich gem § 25 Abs 2 GmbHG haftbar. In diesen Fällen ist auch der GmbH-Geschäftsführer ähnlich wie ein natürlicher Komplementär vom Gesetz dazu angereizt, das KG-Vermögen zu behüten.[1209] Soweit sich eine Leistung an einen Kommanditisten dagegen für die Komplementär-GmbH nicht nachteilig auswirkt, insbesondere zu keinem reellen Haftungsrisiko für die GmbH gem § 128 UGB führt, trifft den GmbH-Geschäftsführer gegenüber seiner GmbH zwar grundsätzlich keine Schadenersatzpflicht; in derselben Situation hätte aber auch ein menschlicher Komplementär keine besonderen Anreize gehabt, die Leistung zu unterbinden.

1207 Vgl BGH aaO.

1208 *Gummert* in MüHdb GesR II[4] § 54 Rz 22; vgl allgemein zu Wirksamkeit und Grenzen entsprechender Vereinbarungen im Innenverhältnis *Wünsch* in FS Wilburg 477; *Fehl*, BB 1976, 109 mit einem Überblick zur älteren Literatur.

1209 Vgl *Frank/Kusternigg*, RdW 2010, 384 (386): GmbH-Geschäftsführer würden aufgrund § 25 GmbHG in der Regel „mindestens so gewissenhaft und seriös wie eine natürliche Person als Komplementär" handeln, insb Geschäftsführer innerhalb eines Konzerns.

ii. Haftungsausschluss durch Weisung/Verzicht?

§ 25 GmbHG hat auch gläubigerschützenden Charakter.[1210] Das geht insbesondere aus seinem Abs 7 hervor, wonach „diese" Ersatzansprüche unverzichtbar sind, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Nach traditioneller, noch überwiegender Ansicht bezieht sich § 25 Abs 7 auf alle Schadenersatzansprüche gegen den GmbH-Geschäftsführer gem § 25 GmbHG und macht den Geschäftsführer auch dann haftbar, wenn im Innenverhältnis ein grundsätzlich wirksamer Verzichts-Beschluss vorliegen sollte.[1211] Konsequenz dieser Ansicht ist, dass die GmbH-Gesellschafter insoweit nicht wirksam auf einen Haftungsanspruch der GmbH gegen ihren Geschäftsführer verzichten können, als der Betrag zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. Entsprechendes gilt, wenn der Geschäftsführer in Befolgung einer Weisung gehandelt hat: Auch in diesem Fall kann sich der Geschäftsführer nach der überwiegenden Ansicht gem § 25 Abs 5 GmbHG nicht auf weisungskonformes Handeln berufen, soweit der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist.[1212] Selbst wenn der GmbH-Geschäftsführer davon ausgehen sollte, von seinen Gesellschaftern *nicht* in Anspruch genommen zu werden, hat er als Konsequenz der überwiegenden Ansicht also zumindest einen starken Anreiz, (mittelbare) Verminderungen des GmbH-Vermögens zu unterbinden, die die Fähigkeit der Gesellschaft zur vollständigen Befriedigung aller Gläubiger gefährden würden. § 25 Abs 7 GmbHG würde für den GmbH-Geschäftsführer insofern ähnliche Anreize setzen wie die unbeschränkte Haftung gem § 128 UGB für den Komplementär. Denn auch beim Komplementär beschränkt sich die Anreizwirkung von § 128 UGB ja darauf, die Fähigkeit der KG zur Befriedigung ihrer Gläubiger zu bewahren.

Nach einer stichhaltig begründeten, im Vordringen befindlichen Literaturansicht sind die §§ 25 Abs 5, 7 GmbHG dagegen nur auf Ersatzansprüche anzuwenden, die aus einem Verstoß gegen gläubigerschützende Vorschriften oder andere zwingende Normen resultieren.[1213] Auch unter Zugrundelegung dieser Ansicht droht dem GmbH-Geschäftsführer freilich oftmals eine unverzichtbare Haftung, wenn er KG-Vermögen ohne sachliche

---

1210 *Reich-Rohrwig* in WK GmbHG § 25 Rz 6.

1211 So *Reich-Rohrwig* in WK GmbHG § 25 Rz 214 ff mwN; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 140 ff; vgl OGH 3 Ob 323/97i RdW 1998, 276.

1212 *Reich-Rohrwig* aaO Rz 190 mwN; vgl OGH 3 Ob 323/97i RdW 1998, 276.

1213 *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (92 f); *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 30 ff; weitergehend *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 25 Rz 19, 24 mwN: § 25 Abs 5, 7 GmbHG komme überhaupt kein eigener Anwendungsbereich (mehr) zu, weil gegen gläubigerschützende Normen verstoßende Verzichts- oder Weisungsbeschlüsse nichtig seien, sodass ihnen von vornherein keine haftungsbefreiende Wirkung zukomme (vgl insofern auch OGH 3 Ob 287/02f SZ 2003/133).

Rechtfertigung an Kommanditisten auskehrt, und es dadurch zu einem Gläubigerausfall kommt; insbesondere sind auch nach dieser Ansicht rechtswidrig in den Gläubigerschutz eingreifende Weisungen nichtig und können weder die Handlungsbefugnis noch das Haftungsrisiko des Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränken[1214]:

Zunächst ist ein Haftungsanspruch gegen den GmbH-Geschäftsführer unverzichtbar, wenn die Ausschüttung aus dem KG-Vermögen an einen Kommanditisten geflossen ist, der gleichzeitig Gesellschafter der Komplementär-GmbH war.[1215] Denn soweit durch die Leistung auch das Vermögen der GmbH (mittelbar) im Wert beeinträchtigt wurde, also der Geschäftsführer überhaupt gem § 25 GmbHG (hier: § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG) ersatzpflichtig geworden ist, liegt gleichzeitig ein Verstoß gegen das GmbH-rechtliche Verbot der Einlagenrückgewähr gem § 82 Abs 1 GmbHG vor (sogleich VI.E.3.e. [362]).[1216]

Außerdem liegt ein Verstoß gegen zwingende gläubigerschützende Normen vor, wenn der Geschäftsführer in einer Situation, in der bereits über das Vermögen der KG (§ 67 iVm 69 IO) oder der GmbH (§ 69 IO) die Insolvenz zu eröffnen gewesen wäre, Zahlungen aus dem Vermögen der KG leistet (vgl § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG).[1217]

Weiters liegt ein Verstoß gegen gläubigerschützende Vorschriften bei „kridaträchtigen Maßnahmen“ iSd § 159 Abs 5 StGB vor.[1218] Zu den kridaträchtigen Maßnahmen zählt unter anderem gem Z 1 *leg cit* das Verschleudern oder Verschenken bedeutender eigener Vermögensbestandteile. In der strafrechtlichen Literatur wurde für die Qualifizierung eines „bedeutenden Vermögensbestandteils“ teilweise eine absolute Wertgrenze von lediglich € 300 vertreten.[1219] „Verschleudern“ liegt vor, wenn eigenes Vermögen ohne auch nur annähernd wertadäquate Gegenleistung übertragen wird.[1220] Bei Leistungen aus dem KG-Vermögen an einen Kommanditisten ohne Gegenleistung wird deshalb regelmäßig von einer „kridaträchtigen Handlung“ iSd § 159 Abs 5 StGB auszugehen sein. Auch wenn KG-Vermögen im Rahmen eines Darlehens an einen Kommanditisten ausgekehrt wurde, die

---

1214 Vgl OGH 23.2.2016, 6 Ob 171/15p Rz 5.2. Vgl zur Bindung der Komplementär-GmbH an Beschlüsse der Gesellschafter der GmbH & Co KG *K. Schmidt*, JZ 2008, 425 (432).

1215 Vgl BGH II ZR 360/13 NZG 2015, 225 Rz 13.

1216 S für die Unwirksamkeit von Weisungen, die auf einen Verstoß gegen § 82 Abs 1 GmbHG gerichtet sind, mwN *Karollus* in *Leitner*, Handbuch[2] 49; vgl zur Haftung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH, wenn durch eine Ausschüttung von KG-Vermögen § 30 Abs 1 dGmbHG verletzt wurde, BGH II ZR 360/13 NZG 2015, 225.

1217 Vgl *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 31; auch *Schimka/Schörghofer* in GedS W.-D. Arnold 115 (117 f).

1218 *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 31.

1219 *Kirchbacher* in *Höpfel/Ratz*, WK StGB[2] § 159 Rz 40.

1220 *Kirchbacher* in *Höpfel/Ratz*, WK StGB[2] § 159 Rz 41; ähnl *Schmieder* in *Leitner*, Handbuch[2] 392.

Uneinbringlichkeit des Darlehensrückzahlungsanspruchs aber von Anfang an bekannt sein musste, dürfte der Tatbestand des „Verschleuderns“ iSd § 159 Abs 5 StGB erfüllt sein.[1221] Schließlich ist von einer „kridaträchtigen Handlung“ auszugehen, wenn mit dem Kommanditisten ein Drittvertrag abgeschlossen wurde, bei dem Leistung und Gegenleistung in einem offensichtlichen, jedermann erkennbaren Missverhältnis standen. Dementsprechend schreibt *Schmieder*, vom Tatbestand des § 159 StGB seien zwar Handlungen ausgeklammert, die im Einklang mit Grundsätzen ordentlichen Wirtschaftens erfolgen. In Fällen, in denen (bei einer Leistung an einen GmbH-Gesellschafter) eine verdeckte Gewinnausschüttung iSd § 82 GmbHG vorliegt, sei aber regelmäßig auch ein Verstoß gegen den Grundsatz ordentlichen Wirtschaftens zu bejahen.[1222] Davon ausgehend dürften Leistungen, die bei der GmbH & Co KG den Tatbestand der Einlagenrückgewähr gem § 82 Abs 1 GmbHG erfüllen würden, in den meisten Fällen auch unter den Tatbestand der kridaträchtigen Handlungen iSd § 159 Abs 5 StGB fallen. Nur bei Drittgeschäften, bei denen lediglich ein geringes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bestand, wäre der Tatbestand der Einlagenrückgewähr erfüllt, *ohne* dass eine kridaträchtige Handlung vorliegt. Dass letztere Fallgruppe ausreichend wäre, um bei der GmbH & Co KG ieS ein Gläubigerschutzdefizit zu begründen, das wiederum eine analoge Anwendung von § 82 Abs 1 GmbHG rechtfertigen könnte, erscheint zweifelhaft.

Strafrechtlich erfüllen kridaträchtige Handlungen freilich nur dann den Tatbestand der „grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen“ gem § 159 Abs 1, 2 oder 3 StGB, wenn diese Maßnahmen auch den Erfolg einer Zahlungsunfähigkeit, der Vereitelung einer Gläubigerbefriedigung oder der nur durch das Einschreiten einer Gebietskörperschaft vereitelten Zahlungsunfähigkeit herbeiführen. Daraus ergibt sich gesellschaftsrechtlich die Frage, ob auch „kridaträchtige Maßnahmen“, die zu *keinem* Erfolg iSd Abs 1-3 *leg cit* führen, insbesondere weil die Gesellschaft auch nach der „Verschleuderung“ eigenen Vermögens noch zur vollen Gläubigerbefriedigung in der Lage ist, einen Verstoß gegen zwingende gläubigerschützende Normen konstituieren; ein solcher Verstoß wäre wie erwähnt wiederum Voraussetzung für die Anwendung von § 25 Abs 5, 7 GmbHG bzw für die absolute Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen, die den Gesellschafter zu einer kridaträchtigen

[1221] War der Rückzahlungsanspruch gegen den Kommanditisten dagegen ursprünglich werthaltig, erscheint auch gesellschaftsrechtlich ein Gläubigerschutzbedürfnis nicht evident, weil den KG-Gläubigern in diesem Fall schon durch eine allfällige Haftung des Kommanditisten gem § 172 Abs 3 UGB wirksamer Schutz zugekommen wäre.

[1222] *Schmieder* in *Leitner*, Handbuch[2] 391.

Maßnahme anweisen bzw auf Ersatzansprüche der Gesellschaft wegen einer entsprechenden Handlung des Geschäftsführers verzichten. ME kommt es darauf an, ob für den Geschäftsführer der GmbH *ex ante* erkennbar war, dass die kridaträchtige Maßnahme möglicherweise zu einem Erfolg iSd § 159 Abs 1-3 StGB führen würde. Dementsprechend ist ein auf die Verschleuderung von Gesellschaftsvermögen gem § 159 Abs 5 Z 1 StGB gerichteter Weisungsbeschluss jedenfalls dann nichtig, wenn im Zeitpunkt der Beschlussfassung erkennbar war, dass die Weisungsausführung womöglich einen Erfolg iSd § 159 Abs 1-3 StGB zur Folge haben würde. War dies zum Beschlusszeitpunkt nicht der Fall, aber verschlechtert sich die Lage der Gesellschaft nach Beschlussfassung und vor Weisungsausführung, so kann die Weisung dadurch nachträglich unbeachtlich werden. Hat der Geschäftsführer eine kridaträchtige Maßnahme gesetzt, und verzichten die Gesellschafter nachträglich auf Ersatzansprüche der Gesellschaft, so ist dieser Verzicht den Gesellschaftsgläubigern gegenüber gem § 25 Abs 7 GmbHG unwirksam, wenn im Zeitpunkt der kridaträchtigen Maßnahme für einen sorgfältigen Geschäftsführer erkennbar gewesen wäre, dass die kridaträchtige Maßnahme womöglich einen Erfolg iSd § 159 Abs 1-3 StGB herbeiführen würde.

Davon ausgehend verbleiben als denkbare Fälle, in denen ein GmbH-Geschäftsführer, der Vermögen aus einer GmbH & Co KG sorgfaltswidrig an einen Kommanditisten ausgekehrt hat, durch eine Weisung bzw Verzicht der GmbH-Gesellschafter tatsächlich von seinem Haftungsrisiko befreit wird, lediglich Fälle, in denen Leistung und Gegenleistung zumindest „annähernd“ ausgeglichen waren oder in denen ein Ausfall gegenüber den Gesellschaftsgläubigern von vornherein auszuschließen war. Dass erstere Fallgruppe ausreichend wäre, um bei der GmbH & Co KG ieS ein Gläubigerschutzdefizit zu begründen, das wiederum eine analoge Anwendung von § 82 Abs 1 GmbHG rechtfertigen könnte, erscheint zweifelhaft. Was letztere Fallgruppe anbelangt, ist eine Nichterfüllung der Bremsfunktion durch die GmbH dagegen schon grundsätzlich nicht indiziert.

Waren KG und Komplementär-GmbH zur vollständigen Befriedigung ihrer Gläubiger imstande, bedeutet das nämlich nichts anderes, als dass der Vermögensnachteil der GmbH zulasten der GmbH-Gesellschafter selbst geht. In diesem Fall ist aber auch nicht davon auszugehen, dass die GmbH-Gesellschafter einer Verringerung des KG-Vermögens, die sich nachteilig auf die Komplementär-GmbH auswirkt und durch die auch nicht die GmbH-Gesellschafter selbst begünstigt werden (andernfalls liegt ja ein Verstoß gegen § 82 Abs 1 GmbHG vor), zustimmen würden. Für diesen Fall ist eine Unverzichtbarkeit des

Schadenersatzanspruches gegen den GmbH-Geschäftsführer daher gar nicht notwendig, um zum Ergebnis zu gelangen, dass die Komplementär-GmbH sich typischerweise entsprechenden Ausschüttungswünschen der Kommanditisten verwehren wird. Waren KG und Komplementär-GmbH *nicht* zur vollständigen Befriedigung ihrer Gläubiger in der Lage, ist der Schadenersatzanspruch gegen den GmbH-Geschäftsführer dagegen nach dem Gesagten in aller Regel gem § 25 Abs 5, 7 GmbHG iVm § 159 Abs 5 StGB ohnehin unverzichtbar.

Als Faustregel ist mE folgende Abgrenzung tauglich: Soweit durch eine sachlich nicht gerechtfertigte Auskehr von KG-Vermögen an Kommanditisten eine bilanzielle Überschuldung der GmbH geschaffen oder vertieft wird, ist eine Weisung zur Vornahme der Leistung an den GmbH-Geschäftsführer regelmäßig nichtig und ein nachträglicher Verzicht auf entstandene Ersatzansprüche gegen den Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftsgläubigern gem § 25 Abs 7 GmbHG unwirksam. Denn in diesen Fällen bedroht die Ausschüttung GmbH-Vermögen, das bilanziell gerade deshalb nicht als Gewinn an die Gesellschafter ausgeschüttet werden darf, weil es zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger zur Verfügung stehen soll. Unter diesen Umständen dürfen die GmbH-Gesellschafter ihren Geschäftsführer dann aber auch nicht anweisen, GmbH-Vermögen zu gesellschaftsfremden Zwecken zu verbrauchen. Einschlägig sind insbesondere Fälle, in denen durch die Verminderung des KG-Vermögens in der Bilanz der GmbH die Bildung von Rückstellungen für Haftungsrisiken aufgrund § 128 UGB notwendig wäre. Denkbar (aber an dieser Frage nicht zu entscheiden) erscheint, den Gesellschaftern einer GmbH die über die Weisungsbefugnis an den Geschäftsführer vermittelte mittelbare „Verfügungsbefugnis" über das Gesellschaftsvermögen schon zu entziehen, sobald bloß eine Beeinträchtigung des Stammkapitals der GmbH droht.[1223]

Zusammenfassend ist daher festzuhalten: Selbst wenn der GmbH-Geschäftsführer davon ausgehen sollte, von „seinen" Gesellschaftern nicht in Anspruch genommen zu werden, hat er im Regelfall einen Anreiz, dem Sorgfaltsmaßstab des § 25 Abs 1 GmbHG widersprechende Ausschüttungen aus dem KG-Vermögen zu unterbinden, aufgrund derer die KG und die Komplementär-GmbH voraussichtlich nicht mehr selbst zur Befriedigung all

[1223] Vgl auch (allerdings im Zusammenhang mit Zahlungen an einen GmbH-Gesellschafter) BGH II ZR 360/13 NZG 2015, 225 Rz 13: *„Das Einverständnis der Gesellschafter mit den Entnahmen entlastet den Bekl. nicht. Der Bekl. musste als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH unabhängig von Weisungen der Gesellschafter von GmbH oder KG dafür sorgen,* ***dass das Stammkapital der GmbH nicht angegriffen wurde****"* (Fettauszeichnung nicht im Original).

ihrer Gläubiger in der Lage wären. Denn in solchen Fällen kann der GmbH-Geschäftsführer von seinem Haftungsrisiko durch Weisungs- bzw Verzichtsbeschlüsse der GmbH-Gesellschafter im Regelfall nicht mit Wirkung gegenüber den Gläubigern befreit werden. Soweit der GmbH dagegen auch nach einer Ausschüttung von KG-Vermögen an Kommanditisten positives Bilanzvermögen verbleibt, geht die Ausschüttung zulasten des positiven Werts der GmbH und damit zulasten der GmbH-Gesellschafter – in diesem Fall haben die GmbH-Gesellschafter grundsätzlich schon selbst einen Anreiz, die Ausschüttung zu unterbinden. Dass die GmbH-Gesellschafter trotzdem für eine Ausschüttung von KG-Vermögen an Kommanditisten eintreten, ist in dieser zweiten Fallgruppe deshalb nur zu erwarten, wenn der betreffende Kommanditist selbst GmbH-Gesellschafter ist bzw zumindest mit einem GmbH-Gesellschafter in einem Naheverhältnis steht. In diesem Fall verstößt die Leistung aus dem KG-Vermögen aber ohnehin gegen § 82 Abs 1 GmbHG (ohne Analogie). In allen genannten Fällen ist mE kein hinreichender Grund ersichtlich, daran zu zweifeln, dass eine Komplementär-GmbH aufgrund ihrer Binnenstruktur ihrer „Bremsfunktion" nicht ähnlich wie ein menschlicher Komplementär nachkommen würde.

iii. Zustimmung zum KG-Gesellschaftsvertrag als haftungsbegründende Handlung

Sorgfaltswidrig kann es im Rahmen von § 25 Abs 1 GmbHG nicht bloß sein, wenn der Geschäftsführer eine konkrete, sachlich nicht gerechtfertigte Ausschüttung an einen Kommanditisten toleriert. Wie die Zustimmung zu einem sonstigen Vertrag ist schon die Zustimmung zum KG-Gesellschaftsvertrag durch den GmbH-Geschäftsführer mE sorgfaltswidrig, wenn die mit der Beteiligung verbundenen Nachteile für die GmbH (insbesondere eine drohende Haftungsinanspruchnahme sowie die Pflicht zur Leistung einer Einlage an die KG) nicht durch die erwarteten Vorteile (zB eine Beteiligung am KG-Vermögen, eine Beteiligung am Gesellschaftsgewinn oder eine fixe Vergütung) zumindest ausgeglichen werden.[1224] Dementsprechend ist nach einem älteren Urteil des OGH eine Beteiligung einer GmbH als Arbeitsgesellschafterin einer KG dann zulässig, wenn *„die GmbH für ihre Tätigkeit und Aufwendungen eine angemessene Vergütung erhält und auch ihr unbeschränktes Haftungsrisiko bei der Gewinnverteilung unter Bedachtnahme auf die Höhe*

[1224] Vgl *Schulze zur Wiesche/Ottersbach*, GmbH & Co. KG[3] § 1 Rz 104 f: Übernahme von Geschäftsführung und Haftung durch die Komplementär-GmbH sei bei Gewinnverteilung besonders zu vergüten. Vgl zur ähnlich gelagerten Frage, inwieweit die Haftungsübernahme durch eine KG zugunsten ihres Kommanditisten den Tatbestand von § 172 Abs 3 UGB erfüllt, oben II.G.2.a.iv.3. [200].

ihrer Eigenmittel entsprechend berücksichtigt wird".[1225] Der VwGH hat die Frage, unter welchen Bedingungen eine Abgeltung der Komplementär-GmbH für ihre Haftungsübernahme in der GmbH & Co KG „angemessen" ist, aus abgabenrechtlicher Sicht ausführlich erörtert.[1226] Die steuerrechtliche Rechtsprechung dürfte in dieser Frage auch für die gesellschaftsrechtliche Beurteilung instruktiv sein.

Bestand eine Weisung an den GmbH-Geschäftsführer zur Unterzeichnung des KG-Vertrags, kommt es dementsprechend darauf an, ob die Weisung iSd § 41 GmbHG rechtskräftig war. War die Weisung dagegen wegen eines Verstoßes gegen gläubigerschützende Vorschriften nichtig und daher rechtlich unbeachtlich, bleibt es bei der Pflichtwidrigkeit des Geschäftsführerhandelns, wenn er den KG-Gesellschaftsvertrag unterfertigt. Wenn GmbH-Gesellschafter gleichzeitig als Kommanditisten an der zu gründenden GmbH & Co KG beteiligt werden sollen, dürfte ein die GmbH übervorteilender Gesellschaftsvertrag gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gem § 82 Abs 1 GmbHG verstoßen.

Schon bei der Verfassung des KG-Gesellschaftsvertrags, insbesondere der Vermögens- und Mitbestimmungsrechte der Komplementär-GmbH, ist deshalb darauf zu achten, ob ein maßgerechter GmbH-Geschäftsführer diesem Gesellschaftsvertrag hätte zustimmen können. Was die Rechtsfolgen einer sorgfaltswidrigen und nicht durch eine rechtskräftige Weisung gedeckten Zustimmung zum KG-Gesellschaftsvertrag anbelangt, bedürfte dies wohl einer eigenen, umfassenden Untersuchung. Soweit den KG-Gesellschaftern die Pflichtwidrigkeit im GmbH-Innenverhältnis bekannt sein musste, dürfte dies aber auch für das Innenverhältnis der KG nicht ohne Folgen bleiben.

> **Beispiel:** Eine GmbH wird mit € 35.000 Stammkapital gegründet. Im Gesellschaftsvertrag der GmbH ist vorgesehen, dass sich ihre Geschäftstätigkeit in der Beteiligung an der K GmbH & Co KG als Komplementärin erschöpfen soll. Der Gesellschaftsvertrag der K GmbH & Co KG sieht wiederum vor, dass die GmbH € 35.000 als Einlage einbringt, die übrigen Kommanditisten (die gleichzeitig GmbH-Gesellschafter sind) haben Einlagen iHv insgesamt € 5.000 zu leisten. Der Gewinn der K GmbH & Co KG soll aber zu 80% den Kommanditisten zustehen. Aufgrund der (im Verhältnis zu den Leistungspflichten der einzelnen Gesellschafter) unverhältnismäßig geringen Gewinnbeteiligung der GmbH würde deren Vermögen mit dem Beitritt zur K GmbH & Co KG in wirtschaftlicher Sicht zugunsten der Kommanditisten geschmälert werden. Ungeachtet der gesellschaftsvertraglichen Determinierung des Gesellschaftszwecks wäre es mE sorgfaltswidrig, wenn der GmbH-Geschäftsführer

[1225] OGH 1 Ob 797, 802/76 SZ 49/163; vgl auch OGH 6 Ob 8/00w; *Saria,* ÖJZ 2002, 252 bei und nach Fn 60.
[1226] VwGH 17. 12. 2014, 2010/13/0115 ÖStZB 2015, 207.

dem Gesellschaftsvertrag der K GmbH & Co KG zustimmt. Zudem würde der Gesellschaftsvertrag § 82 Abs 1 GmbHG widersprechen, weil durch diesen Gesellschaftsvertrag GmbH-Vermögen im Ergebnis zu den GmbH-Gesellschaftern als Kommanditisten fließen würde.

Variante: Der Alleingesellschafter einer neu zu gründenden GmbH bringt als Sacheinlage eine Beteiligung als Komplementärin an der K GmbH & Co KG ein.[1227] Der Wert des von der KG betriebenen Unternehmens beträgt € 35.000. Die eingebrachte Beteiligung ist aber nur mit 20% an Gewinn und Vermögen der K GmbH & Co KG beteiligt. Der wirtschaftliche Beteiligungswert beträgt daher allenfalls € 7.000. Mit Einbringung der Beteiligung als Sacheinlage hat der Gesellschafter daher eine Sacheinlage im Wert von bloß € 7.000 aufgebracht.[1228]

iv. Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers gegenüber der GmbH & Co KG gem § 25 Abs 2 GmbHG analog nach der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung bejaht darüber hinaus in bestimmten Fällen eine unmittelbare Haftung des GmbH-Geschäftsführers gegenüber der GmbH & Co KG. Durch das damit einhergehende Haftungsrisiko des GmbH-Geschäftsführers wird dessen Anreiz, einer Aushöhlung des Vermögens der KG vorzubeugen, noch verstärkt:

Gem § 43 Abs 2 dGmbHG haften Geschäftsführer einer GmbH dieser für Schäden, die durch die Verletzung von Obliegenheiten der Geschäftsführer entstanden sind. Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH[1229] kann auch eine GmbH & Co KG aus dieser Vorschrift eigene Schadenersatzansprüche gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH geltend machen. Voraussetzung sei lediglich, dass *„die alleinige oder wesentliche Aufgabe“* der Komplementär-GmbH in der Führung der Geschäfte der KG besteht.[1230] Diesfalls müsse die Komplementär-GmbH *„darauf vertrauen dürfen, dass ihr Geschäftsführer den Angelegenheiten der Kommanditgesellschaft die gleiche Sorgfalt widmet wie ihren eigenen“*. Der Schutzbereich von § 25 Abs 2 GmbHG erstrecke sich diesfalls auch auf Schäden, die der KG selbst durch sorgfaltswidrige Geschäftsführung durch den GmbH-Geschäftsführer entstanden sind. Soweit *„alleinige oder wesentliche Aufgabe“* einer Komplementär-GmbH die Geschäftsführung für die GmbH & Co KG ist, ist der GmbH-Geschäftsführer nach Ansicht des BGH also der KG selbst für eine sorgfältige Führung der KG-Geschäfte verantwortlich; die KG ist demnach nicht nur zur Geltendmachung von

---

1227 Vgl zur „Einbringung“ einer KG in eine GmbH *Pucher*, ecolex 2010, 1161.
1228 Vgl zur Einbringung einer Beteiligung an der KG als Sacheinlage in eine GmbH *Zacher* 48 ff.
1229 BGH II ZR 86/11 BGHZ 197, 304 mwN; zust zuletzt *Pöschke/Steenbreker*, NZG 2015, 614 (619).
1230 Vgl dazu *Nietsch*, GmbHR 2014, 348 mit einem Überblick über die heterogenen, in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Begründungsansätze ab Seite 349.

Schadenersatzansprüchen aktivlegitimiert, sondern kann ihr entstandene Schäden auch unabhängig davon geltend machen, inwieweit dadurch auch der Komplementär-GmbH selbst ein (mittelbarer) Schaden entstanden ist.

In ähnlicher Weise vertritt der OGH, dass den Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH bei Hinzutreten „besonderer Umstände" eine unmittelbare Verantwortung gem § 25 Abs 1, 2 GmbHG analog gegenüber der KG treffe.[1231] Als solche besonderen Umstände hat es der OGH jüngst angesehen, wenn die GmbH außerhalb der Geschäftsführung für die KG keine anderen Aufgaben wahrnimmt, sodass die Komplementär-GmbH der KG „rein formal als Zwischenglied vorgeschoben" werde.[1232] Ersatzansprüche der GmbH & Co KG gegen den GmbH-Geschäftsführer gem § 25 Abs 2 GmbHG analog wären auch gem § 25 Abs 7 GmbHG analog unverzichtbar, soweit sie zur Befriedigung der KG-Gläubiger erforderlich sind.[1233] Jüngst haben *Schopper/Walch* im Wesentlichen mit dem Argument, den (mittelbaren) Geschäftsführer einer GmbH & Co KG müsse aufgrund von Anreizüberlegungen auch eine haftungsrechtliche Verantwortung (gegenüber der KG) treffen, die Aktivlegitimation einer GmbH & Co KG für Schadenersatzansprüche gegen den GmbH-Geschäftsführer allgemein bejaht.[1234]

Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BGH und des OGH hat der Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH, deren Tätigkeit sich auf die Beteiligung an bzw Geschäftsführung für eine GmbH & Co KG beschränkt, daher aufgrund seiner drohenden Haftung ein eigenes Interesse daran, *allen* sorgfaltswidrigen Verringerungen des KG-Vermögens vorzubeugen – unabhängig davon, ob dadurch auch die Vermögensinteressen der Komplementär-GmbH selbst mittelbar betroffen sind. Insofern würde § 25 Abs 2 GmbHG analog für den GmbH-Geschäftsführer in mancher Hinsicht *stärkere* Anreize zum Schutz des KG-Vermögens setzen, als es § 128 UGB für den Komplementär tut. Denn § 128 UGB reizt den Komplementär letztlich nur dazu an, einer Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der KG vorzubeugen, während dem GmbH-Geschäftsführer gem § 25 Abs 2 GmbHG analog bei *jeder* Verminderung des KG-Vermögens grundsätzlich eine Haftung droht.

1231 OGH 23.2.2016, 6 Ob 171/15p; vgl RIS-Justiz RS0059661; aA *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 41; *Harrer*, wbl 1991, 145; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 25 Rz 30; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I[4] § 161 Rz 20.

1232 OGH 23.2.2016, 6 Ob 171/15p Rz 4.1; weitergehend wohl *M. Karollus*, ecolex 1990, 669 (670 ff); auch *Chalupsky/Schmidsberger* in *Bertl ea*, GmbH & Co KG 51 (80), die für eine Haftung gegenüber der KG bei jeder GmbH & Co KG ieS eintreten und sich dabei auf *Karollus* berufen; ähnl wie letztere auch *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I[2] § 161 Rz 44.

1233 OGH 23.2.2016, 6 Ob 171/15p Rz 5.2; *Schopper/Walch*, NZ 2016, 163 (173).

1234 *Schopper/Walch*, NZ 2016, 163 (168 ff).

v. Zwischenergebnis

Zusammenfassend hat der Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH aufgrund seiner gem § 25 GmbHG drohenden Haftung ähnlich wie eine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter ein persönliches Interesse daran, gesellschaftsschädliche Leistungen der KG an ihre Kommanditisten zu unterbinden. Eine solche Haftung droht zunächst gem § 25 GmbHG unmittelbar gegenüber der GmbH, nach der Rechtsprechung darüber hinaus auch gegenüber der GmbH & Co KG gem § 25 GmbHG analog.

Eine Haftung gem § 25 Abs 2 GmbHG droht dem Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH insbesondere auch dann, wenn er eine sachlich nicht gerechtfertigte Ausschüttung von KG-Vermögen an einen Kommanditisten vornimmt, einer solchen Ausschüttung zustimmt oder bloß das gebotene Einschreiten gegen eine Ausschüttung unterlässt – also in den Fällen, in denen es auf die „Bremsfunktion" des Komplementärs ankommen soll. Genauso wie eine natürliche Person als Komplementär ist der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH aufgrund seiner Geschäftsführungsbefugnis auch zu einem entsprechenden Einschreiten rechtlich in der Lage. Zwar sind Schadenersatzansprüche gegen GmbH-Geschäftsführer weitgehend durch Weisungs- oder Verzichtsbeschlüsse der GmbH-Gesellschafter einschränkbar; gerade in den Fällen, in denen eine Verminderung des KG-Vermögens zulasten der GmbH-Gläubiger gehen würde, sind diese Ansprüche aber im Regelfall unverzichtbar (vgl § 25 Abs 5, 7 GmbHG). In sonstigen Fällen, in denen die Verminderung des KG-Vermögens (lediglich) das verbleibende Reinvermögen der Komplementär-GmbH vermindert, haben die GmbH-Gesellschafter selbst einen Anreiz, einer mittelbaren Verminderung des Vermögens der Komplementär-GmbH durch Ausschüttungen aus der KG vorzubeugen. Das spricht dafür, dass auch eine Komplementär-GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer, ihre „Bremsfunktion" in der KG ähnlich wie ein menschlicher Komplementär ausüben wird.[1235] Zumindest bestehen dafür grundsätzlich ausreichende rechtliche Anreize.

[1235] Vgl schon RG II B 2/22 RGZ 105, 101 (104 f).

e. Anreizsteuerung durch §§ 82 f GmbHG bei Ausschüttungen aus dem Vermögen einer GmbH & Co KG

In der Praxis mag es nun häufig vorkommen, dass sich der Geschäftsführer einer GmbH in einem Abhängigkeitsverhältnis zu einem Gesellschafter befindet[1236] und deshalb sorgfaltswidrig (und haftungsbegründend) einer Ausschüttung von Gesellschaftsvermögen an diesen zustimmt. Auch dies ist kein spezifisches Problem der GmbH & Co KG ieS, sondern droht grundsätzlich bei jeder GmbH. Der Gesetzgeber begegnet *diesem* Problem mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr gem § 82 Abs 1 GmbHG. Was Ausschüttungen einer GmbH & Co KG an einen Kommanditisten betrifft, sind dabei zwei Fälle zu unterscheiden: Ausschüttungen an einen Kommanditisten, der gleichzeitig Gesellschafter der Komplementär-GmbH ist und Ausschüttungen an einen Nur-Kommanditisten, der an der Komplementär-GmbH keine eigene Beteiligung hält.

Einseitige Leistungen einer GmbH & Co KG an einen Gesellschafter der Komplementär-GmbH verstoßen ohne weiteres gegen § 82 Abs 1 GmbHG, soweit die Leistung (mittelbar) das Vermögen der Komplementär-GmbH beeinträchtigt.[1237] Nur wenn die vermögenswerten Interessen der Komplementär-GmbH durch die Ausschüttung ausnahmsweise *nicht* betroffen sind, liegt auch kein Verstoß gegen GmbH-Recht vor. Wenn die Vermögensinteressen der Komplementärin durch eine Ausschüttung von KG-Vermögen nicht betroffen sind, ist aber auch zweifelhaft, ob eine natürliche Person als Komplementär der Ausschüttung widersprochen hätte.

Hat eine GmbH & Co KG an einen Nur-Kommanditisten geleistet, wäre § 82 Abs 1 GmbHG dagegen *prima facie* nicht anwendbar, weil diese Bestimmung nur Leistungen an GmbH-Gesellschafter sanktionieren soll. Es ist aber in Rechtsprechung und Wissenschaft allgemein anerkannt, dass auch Leistungen einer GmbH an dritte Personen den Tatbestand der Einlagenrückgewähr erfüllen, soweit die Leistung einen ausreichenden Nahebezug zu einem GmbH-Gesellschafter aufweist.[1238] Insbesondere wird das Vorliegen einer Einlagenrückgewähr bejaht, wenn eine GmbH an einen Dritten leistet, der zu einem GmbH-

---

[1236] Vgl zu den verschiedenen Gestaltungsvarianten in der Praxis *K. Schmidt*, JZ 2008, 425 (426).

[1237] BGH II ZR 25/70 BGHZ 60, 324; *Immenga*, ZGR 1975, 487 (491); *Stingl*, Anm zu 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 (314); vgl *Canaris* in FS R. Fischer 31 (60 f); *Günter* 86 f; *Körmann* 56 f; *Lutter/Hommelhoff*, ZGR 1979, 31 (46); s allgemein zur Einlagenrückgewähr durch Ausschüttungen aus dem Vermögen einer Tochtergesellschaft *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG^2 § 52 Rz 40 mwN.

[1238] Vgl BGH II ZR 180/06 BGHZ 174, 370 Rz 7; insoweit zust *K. Schmidt*, ZIP 2008, 481 (486); s auch die Nw in den folgenden Fn. Vgl zu Fällen der Leistung einer KG an Dritte, die einen Bezug zu einem Kommanditisten aufweisen, oben II.G.2.a. [189]

Gesellschafter in einem besonderen Naheverhältnis steht.[1239] So hat der OGH eine Anwendung von § 82 Abs 1 GmbHG bejaht, wenn die Leistung an einen Dritten zugleich eine Leistung an den Gesellschafter darstellt oder wenn der Dritte eine Stellung einnimmt, die jener eines Gesellschafters gleichkommt.[1240] Auch wenn die Leistung an den Dritten bloß von einem GmbH-Gesellschafter veranlasst worden ist, wird teilweise eine Anwendbarkeit von § 82 Abs 1 GmbHG bejaht.[1241]

Ausschüttungen einer GmbH & Co KG an einen Nur-Kommanditisten, der zu einem oder mehreren GmbH-Gesellschaftern in einem solchen qualifizierten Naheverhältnis steht, verstoßen daher ebenfalls gegen § 82 Abs 1 GmbHG, ganz ohne Analogie.[1242] Wenn dem Nur-Kommanditisten der Verstoß gegen § 82 Abs 1 GmbHG bekannt war oder nur aufgrund grober Fahrlässigkeit unbekannt war, hat der Nur-Kommanditist dies auch gegen sich gelten lassen zu lassen, sodass die KG zur Rückforderung der Leistung vom Kommanditisten berechtigt ist.[1243] Grobe Fahrlässigkeit liegt nach der Rechtsprechung des OGH jedenfalls vor, wenn sich der Verdacht eines Verstoßes gegen § 82 Abs 1 GmbHG „geradezu aufdrängen musste“.[1244]

Nun haftet an der GmbH-rechtlichen Frage, ob zwischen einem Nur-Kommanditisten und einem GmbH-Gesellschafter ein Naheverhältnis bestand, der Makel geringer Rechtsklarheit aufgrund hoher Einzelfalllastigkeit an[1245]. Dem Verfasser erscheint es deshalb im Interesse der Rechtssicherheit zumindest als vertretbar, bei der GmbH & Co KG ieS ein besonderes Naheverhältnis zwischen den Nur-Kommanditisten der KG und den Gesellschaftern der Komplementärs-GmbH zu vermuten,[1246] wenn sich die Geschäftstätigkeit der GmbH in ihrer Beteiligung an einer GmbH & Co KG ieS erschöpft. Folge davon wäre, dass alle Leistungen einer GmbH & Co KG ieS an einen Nur-Kommanditisten, durch die das GmbH-Vermögen (mittelbar) beeinträchtigt wird, § 82 Abs 1 GmbHG zu unterstellen wären.

1239 Vgl *Canaris* in FS R. Fischer 31 (35 ff); *Karollus* in *Leitner*, Handbuch[2] 31 ff mwN zu den diskutierten Fallgruppen; *Zacher* 177.

1240 OGH 6 Ob 14/14y SZ 2014/125 Rz 1.4; vgl auch dort Rz 2.5: Einlagenrückgewähr bei Leistungen an Dritte, die *„wirtschaftlich dem Gesellschafter zugutekommen“*.

1241 So zB *Zacher* 177 f; vgl auch *Günter* 105 ff: Leistung *causa societatis* an Nichtgesellschafter verstoße gegen § 30 Abs 1 dGmbHG; vgl zur Zurechnung aufgrund Veranlassung im UGB oben II.G.2.a.iii. [193].

1242 Vgl *Pöschke/Steenbreker*, NZG 2015, 614 (618); *Heidinger* in *Michalski*, GmbHG[2] § 30 Rz 170; *Canaris* in FS R. Fischer 31 (61); *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 172 Rz 180 ff.

1243 RIS-Justiz RS0105536; vgl BGH II ZR 25/70 NJW 1973, 1036 (1038); *Canaris* in FS R. Fischer 31 (58 f, s auch 43): Gegen § 30 GmbHG verstoßende Zahlung nichtig, wenn Empfänger bösgläubig war; vgl auch OGH 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 [*Stingl*]; *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[20] § 30 Rz 26 f.

1244 ZB OGH 3 Ob 50/13v GES 2013, 389 Rz 1.6; OGH 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 [*Stingl*].

1245 Vgl dazu allgemein auch *U. Torggler*, JBl 2011, 762.

1246 Vgl aber auch *Canaris* in FS R. Fischer 31 (61).

Dies würde die Rechtslage an die vom BGH vertretene analoge Erweiterung des GmbH-rechtlichen Kapitalerhaltungsgrundsatzes auf Nur-Kommanditisten einer GmbH & Co KG ieS[1247] annähern. *Verse* schrieb dazu, die Entscheidung des BGH „erscheint zwar nicht unbedingt zwingend, sie ist im Interesse des Gläubigerschutzes aber doch grundsätzlich zu begrüßen".[1248] Dem ist beizupflichten. Anders als nach der vom OGH vertretenen Analogie[1249] wären §§ 82 f GmbHG aber diesfalls *nicht* ohne weiteres auf eine KG anwendbar, deren Komplementär keine GmbH, sondern eine andere juristische Person ist. Auch bei einer GmbH & Co KG würden Ausschüttungen aus dem KG-Vermögen nur insoweit gegen § 82 GmbHG analog verstoßen, soweit dadurch auch das Vermögen der Komplementär-GmbH (mittelbar) vermindert worden ist.

Auch wenn man eine Anwendung von § 82 GmbHG auf Ausschüttungen an Nur-Kommanditisten ablehnt, bleibt aber § 25 GmbHG anwendbar: Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ist bei der Zustimmung zur Ausschüttung gem § 25 GmbHG zur Wahrung der Vermögensinteressen der Komplementär-GmbH verpflichtet (soeben VI.E.3.d. [349]). Stimmt der Geschäftsführer sorgfaltswidrig einer gesellschaftsschädlichen Ausschüttung zu, und kannte der (Nur-)Kommanditist deren objektive Pflichtwidrigkeit, muss der Kommanditist sich die fehlende Erlaubtheit der Vertretungshandlung im GmbH-Innenverhältnis auch entgegen halten lassen.[1250] Rechtsfolge einer dem Kommanditisten bekannten Kompetenzüberschreitung ist die schwebende Unwirksamkeit der Vertretungshandlung vorbehaltlich ihrer Genehmigung durch die GmbH-Gesellschafter, bei einem Verstoß gegen § 82 Abs 1 GmbHG[1251] oder andere zwingende Rechtsvorschriften (zB § 159 StGB, s dazu schon oben VI.E.3.d.ii. [352]) überhaupt die Nichtigkeit der Vertretungshandlung.[1252] Erteilen die GmbH-Gesellschafter die nachträgliche Genehmigung nicht bzw war die Vertretungshandlung überhaupt nichtig, können KG und GmbH (letztere im Wege der *actio pro socio*) die dadurch rechtsgrundlos gewordene Leistung der KG vom (Nur-)Kommanditisten zurückfordern.[1253] Entsprechendes gilt mE auch für im Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co KG vorgesehene Entnahmerechte, weil der GmbH-

---

1247 BGH II ZR 268/88 BGHZ 110, 342.
1248 *Verse* in *Scholz*, GmbHG[11] § 30 Rz 131.
1249 OGH 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 [*Stingl*].
1250 Im Einzelnen strittig; wie hier mwN *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 20 Rz 27; s spezifisch zur GmbH & Co KG *Koppensteiner* in FS Roth 395 (403 f).
1251 Vgl dazu RIS-Justiz RS0105536 und dazu soeben Fn 1243.
1252 *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 20 Rz 28 mwN.
1253 Vgl schon *Weber/Jansen*, NJW 1971, 1678.

Geschäftsführer bei seiner Zustimmung zum Gesellschaftsvertrag ebenfalls an § 25 GmbHG gebunden war (oben VI.E.3.d.iii. [357]).

Im Übrigen ist bei Ausschüttungen an einen Nur-Kommanditisten, der mit den GmbH-Gesellschaftern tatsächlich in keinem Naheverhältnis steht, aber auch nicht ersichtlich, warum die Gesellschafter der Komplementär-GmbH für eine Ausschüttung von KG-Vermögen an einen ihnen fremden Kommanditisten Stimmung machen sollten.[1254] Die Gesellschafter der GmbH haben schließlich ein eigenes Interesse an der Unterbindung von Ausschüttungen, die den Wert „ihrer" GmbH mittelbar verringern, wenn Nutznießer bloß ein „fremder" Nur-Kommanditist wäre. Was Ausschüttungen an einen Nur-Kommanditisten, der in keinem Naheverhältnis zu den Gesellschaftern der Komplementär-GmbH steht, anbelangt, ist deshalb grundsätzlich ebenfalls davon auszugehen, dass die Komplementär-GmbH ihrer „Bremsfunktion" im selben Ausmaß wie ein menschlicher Komplementär nachkommen wird. Darüber hinaus werden die KG-Gläubiger in diesem Fall selbstverständlich auch durch § 172 Abs 3 UGB vor einer Verringerung des ihnen zur Verfügung stehenden Haftungsfonds durch Ausschüttungen an Nur-Kommanditisten geschützt.[1255]

f. Synthese und Zwischenergebnis

Bei einer Komplementär-GmbH ist im Allgemeinen aufgrund ihrer rechtlichen Verfassung davon auszugehen, dass diese überzogenen Ausschüttungswünschen der Kommanditisten entgegentreten wird:

Denn erstens droht dem Geschäftsführer der GmbH eine eigene Haftung gem § 25 Abs 2 GmbHG, wenn er einer sachlich nicht gerechtfertigten Ausschüttung von KG-Mitteln zustimmt und dadurch (mittelbar) das GmbH-Vermögen verringert. Weisen die GmbH-Gesellschafter ihren Geschäftsführer zu einer entsprechenden Ausschüttung an, kommt dieser Weisung mE jedenfalls insoweit keine Wirkung zu, als ersichtlich war, dass die damit einhergehende Verminderung des KG-Vermögens letztlich zu einem Gläubigerausfall führen würde, der von der GmbH mangels ausreichenden eigenen Vermögens nicht gedeckt werden könnte (vgl § 25 Abs 5, 7 GmbHG). Der GmbH-Geschäftsführer hat deshalb einen eigenen Anreiz, die Mitbestimmungsrechte der GmbH in der GmbH & Co KG jedenfalls insoweit

[1254] Vgl auch *Thiessen* in GroßK HGB IV[5] § 172 Rz 182.
[1255] Vgl schon oben bei und in Fn 1150.

sorgfältig im Interesse der Komplementär-GmbH auszuüben, als andernfalls ein Ausfall der Gesellschaftsgläubiger drohen würde.

Soweit durch eine Ausschüttung von KG-Vermögen dagegen das GmbH-Vermögen mittelbar im Wert beeinträchtigt wird, ohne dass dies aber zu einer GmbH-Insolvenz führen würde, haben die GmbH-Gesellschafter selbst (so wie eine natürliche Person) grundsätzlich kein Interesse an einer solchen Ausschüttung, die ihre eigenen Vermögensinteressen schädigt. Ein Anreizproblem ist zwar auch in diesem Fall denkbar, wenn die Ausschüttung aus dem KG-Vermögen einem GmbH-Gesellschafter zugute kommt. In diesem Fall verstößt eine (mittelbar das Vermögen der Komplementär-GmbH beeinträchtigende) Ausschüttung aber ohnehin gegen § 82 Abs 1 GmbHG, ohne dass es einer Analogie bedürfte. Dasselbe gilt für Ausschüttungen an einen Nur-Kommanditisten, der sich zu einem GmbH-Gesellschafter in einem qualifizierten Naheverhältnis befindet. Zumindest vertretbar erscheint es, ein solches Naheverhältnis bei der GmbH & Co KG ieS zu vermuten.

Wurden die Vermögensinteressen der Komplementär-GmbH einschließlich der Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme aus § 128 UGB schließlich durch eine Ausschüttung von KG-Vermögen *nicht* tangiert, wäre auch bei einer natürlichen Person als Komplementärin nicht davon auszugehen gewesen, dass diese einen wesentlichen eigenen Anreiz hätte, der Ausschüttung zu widersprechen.

Alles in allem stellt daher bereits eine sachgerechte Auslegung des GmbHG sicher, dass jene Bestimmungen, die im GmbHG für eine Interessenkongruenz der Geschäftsführer und Gesellschafter mit den GmbH-Gläubigern sorgen sollen, auch im Rahmen der Führung der KG-Geschäfte durch eine Komplementär-GmbH greifen. Es ist daher schon aufgrund der rechtlichen Verfasstheit der GmbH grundsätzlich davon auszugehen, dass eine GmbH als Komplementärin sorgfältig ihre essentiellen Vermögensinteressen schützen und überzogenen Ausschüttungswünschen der Kommanditisten entgegen treten wird. Selbst wenn man (mE zu Unrecht: oben VI.E.3.b. [343]) der Bremsfunktion eine notwendige Funktion im Gläubigerschutzsytem der KG zuweist, ist eine GmbH daher mE grundsätzlich geeignet, die vom Gesetzgeber dem Komplementär im Rahmen des Gläubigerschutzes zugedachte Rolle angemessen auszufüllen.

Insgesamt besteht bei der GmbH & Co KG ieS daher kein grundsätzliches Gläubigerschutzdefizit, das durch eine analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG auf die GmbH & Co KG ieS beseitigt werden müsste.

F. Zwischenergebnis

§ 82 Abs 1 GmbHG verbietet Ausschüttungen aus dem Vermögen einer GmbH an deren Gesellschafter außerhalb einer Gewinnausschüttung. Der OGH vertritt, dass § 82 Abs 1 GmbHG analog auf Ausschüttungen aus dem Vermögen einer GmbH & Co KG ieS an deren Kommanditisten anzuwenden sei. Das Vorliegen einer dafür erforderlichen Gesetzeslücke wurde vom Verfasser geprüft und verneint.

Der OGH hat eine nachträgliche Gesetzlücke mit den § 67 Abs 1 IO, § 22 Abs 2 URG, § 4 Z 3 EKEG und § 221 Abs 5 UGB begründet, die „verdeckte" Kapitalgesellschaften im Hinblick auf spezifische Rechtsfolgen jeweils mit „echten" Kapitalgesellschaften gleichstellen. Verdeckte Kapitalgesellschaften sind Personengesellschaften, die über keine natürliche Person als unbeschränkt haftendem Gesellschafter verfügen. Der Zweck dieser gleichstellenden Bestimmungen kann eine allgemeine „nachträgliche Lückenhaftigkeit" des Gläubigerschutzes bei den verdeckten Kapitalgesellschaften aber nicht begründen. Denn die Gleichstellung ist nur eine punktuelle, und kann eine allgemeine Übertragung des Gläubigerschutzrechts der GmbH auf die GmbH & Co KG ieS nicht rechtfertigen. Auch eine „bloße" Anwendung des Kapitalerhaltungsrechts der GmbH auf die GmbH & Co KG ieS lässt sich auf diese Art und Weise nicht begründen. Denn erstens werden die Gläubiger einer GmbH & Co KG ieS vor einer Verminderung des KG-Vermögens zugunsten der Kommanditisten grundsätzlich bereits durch § 172 Abs 3 UGB wirksam geschützt. Zweitens beziehen sich diese gleichstellenden Bestimmungen mit Ausnahme von § 4 Z 3 EKEG nicht auf die Kapitalerhaltung im Speziellen, sondern auf andere Aspekte des Gläubigerschutzes. Gerade § 67 Abs 1 IO und § 22 Abs 2 URG dienen dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger davor, dass das Gesellschaftsvermögen einer verdeckten Kapitalgesellschaft in der Krise überhöhten Geschäftsrisiken ausgesetzt wird.

Gegen das Bestehen einer nachträglichen Lücke spricht auch § 221 Abs 5 UGB idF RÄG 2014. Der Gesetzgeber hat nunmehr klargestellt, dass verdeckte Kapitalgesellschaften unabhängig von ihrer Größe keine gebundene Rücklagen zu bilden haben, während „große" GmbH iSd § 221 Abs 3 UGB sehr wohl dazu verpflichtet sind. Die Verpflichtung zur Bildung gebundener Rücklagen zählt materiell zum Bereich der Kapitalerhaltung. Die Bestimmung zeigt, dass der Gesetzgeber „echte" und „verdeckte" Kapitalgesellschaften durchaus auch im Bereich der Kapitalerhaltung unterschiedlich behandeln möchte. Aus den verschiedenen gleichstellenden Bestimmungen lässt sich daher auch nicht als Wertung

ableiten, dass der Gesetzgeber verdeckte Kapitalgesellschaften und echte Kapitalgesellschaften im Bereich der Kapitalerhaltung gleichzustellen gedenkt.

Durchaus angebracht ist dagegen eine analoge Anwendung des EKEG auf von Kommanditisten geleistete Einlagen, die, wenn sie zum Zeitpunkt ihrer Leistung als Darlehen begeben worden wären, dem Rückzahlungsverbot des EKEG unterliegen würden. Unter diesen engeren Bedingungen trifft Gesellschafter einer verdeckten Kapitalgesellschaft also ein Einlagenrückgewährverbot.

Auch eine anfängliche Lückenhaftigkeit des UGB wurde im Hinblick auf eine Anwendung des § 82 Abs 1 GmbHG auf die GmbH & Co KG ieS vom Verfasser geprüft und verneint. Vielmehr sorgen auch bei dieser Gesellschaftsform schon die Bestimmungen des UGB für ausreichenden Gläubigerschutz. Zwar hatte der Gesetzgeber bei der Kodifizierung des UGB eine natürliche Person als Komplementär im Auge. Aber auch eine GmbH kann jene Rolle adäquat ausfüllen, die der Gesetzgeber zum Schutz der Gläubiger einer KG dem Komplementär zugedacht hat:

Erstens stellt auch eine GmbH als Komplementärin den KG-Gläubigern „ihr gesamtes Vermögen“ als Haftungsobjekt zur Verfügung. Zwar ist das Vermögen einer GmbH zunächst auf deren Stammkapital beschränkt. Auch das Vermögen einer natürlichen Person ist freilich beschränkt, ohne dass der Gesetzgeber für dessen Höhe Mindestkriterien aufgestellt hätte. Dem Gesetzgeber genügt es bei der KG stattdessen grundsätzlich zum Gläubigerschutz, dass die KG-Gläubiger auf das gesamte Vermögen des Komplementärs zugreifen können und sohin denselben Schutz genießen wie die Privatgläubiger des Komplementärs. Bereits mit der Zulassung der GmbH als Rechtsform hat der Gesetzgeber die Wertung getroffen, dass deren Stammeinlagen den Gesellschaftsgläubigern grundsätzlich ein ausreichendes Haftungsreservoir bereitstellen. Derselbe Haftungsfonds muss dann gem § 128 UGB auch den Gläubigern einer GmbH & Co KG ieS genügen.

In Literatur und Rechtsprechung wurde weiters vertreten, dass dem Komplementär bei der KG die Funktion zukomme, auf Ausschüttungswünsche der Kommanditisten, durch die eine Verminderung des KG-Vermögens drohen würde, „bremsend“ einzuwirken; eine natürliche Person als Komplementär hätte aufgrund ihrer unbeschränkten Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten einen dementsprechenden Anreiz. Wie aus dem „Rektor-Fall“ hervorgeht, erscheint die These, dass der Machtverteilung im Innenverhältnis eine essentielle Rolle für das Gläubigerschutzsystem der KG zukäme, aber zweifelhaft. Denn erstens sorgt

nach der gesetzlichen Konzeption schon § 172 Abs 3 UGB für Gläubigerschutz, wenn der Komplementär einer Ausschüttung von KG-Vermögen an die Kommanditisten zustimmt. Zweitens hat der Gesetzgeber die Rollenverteilung im Innenverhältnis bewusst dispositiv ausgestaltet und den Gesellschaftern die Möglichkeit gegeben, frei über die Ausschüttung des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter zu befinden. Hätte der Gesetzgeber „unvernünftige" Ausschüttungen verhindern wollen, hätte er ein Verbot der Einlagenrückgewähr wie im GmbHG erlassen. Hätte der Gesetzgeber es für notwendig erachtet, dass der Komplementär im Gläubigerinteresse eine „Bremsfunktion" ausübt, hätte er die Rollenverteilung im Innenverhältnis zwingend ausgestaltet.

Jedenfalls ist bei einer Komplementär-GmbH im Allgemeinen aufgrund ihrer rechtlichen Verfassung aber ohnehin davon auszugehen, dass diese überzogenen Ausschüttungswünschen der Kommanditisten entgegentreten wird:

Denn erstens droht dem Geschäftsführer der GmbH eine eigene Haftung gem § 25 Abs 2 GmbHG, wenn er einer sachlich nicht gerechtfertigten Ausschüttung von KG-Mitteln zustimmt und dadurch (mittelbar) das GmbH-Vermögen verringert. Weisen die GmbH-Gesellschafter ihren Geschäftsführer zu einer entsprechenden Ausschüttung an, kommt dieser Weisung mE jedenfalls insoweit keine Wirkung zu, als ersichtlich war, dass die damit einhergehende Verminderung des KG-Vermögens letztlich zu einem Gläubigerausfall führen würde, der von der GmbH mangels ausreichenden eigenen Vermögens nicht gedeckt werden könnte (vgl § 25 Abs 5, 7 GmbHG).

Soweit durch eine Ausschüttung von KG-Vermögen dagegen das GmbH-Vermögen mittelbar im Wert beeinträchtigt wird, ohne dass dies aber zu einer GmbH-Insolvenz führen würde, haben die GmbH-Gesellschafter selbst (so wie eine natürliche Person) grundsätzlich kein Interesse an einer solchen Ausschüttung, die ihre eigenen Vermögensinteressen schädigt. Ein Anreizproblem ist zwar auch in diesem Fall denkbar, wenn die Ausschüttung aus dem KG-Vermögen einem GmbH-Gesellschafter zugute kommt. In diesem Fall verstößt eine (mittelbar das Vermögen der Komplementär-GmbH beeinträchtigende) Ausschüttung aber ohnehin gegen § 82 Abs 1 GmbHG, ohne dass es einer Analogie bedürfte.

Wurden die Vermögensinteressen der Komplementär-GmbH einschließlich der Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme aus § 128 UGB schließlich durch eine Ausschüttung von KG-Vermögen *nicht* tangiert, wäre auch bei einer natürlichen Person als

Komplementärin nicht davon auszugehen gewesen, dass diese einen wesentlichen eigenen Anreiz hätte, der Ausschüttung zu widersprechen.

Alles in allem ist daher aufgrund der rechtlichen Verfasstheit der GmbH nicht davon auszugehen, dass eine GmbH als Komplementärin typischerweise weniger als eine natürliche Person als Komplementär ihrer Bremsfunktion nachkommen würde. Eine sachgerechte Auslegung der §§ 25, 82 f GmbHG vorausgesetzt, ist daher auch eine GmbH grundsätzlich geeignet, die vom Gesetzgeber dem Komplementär im Rahmen des Gläubigerschutzes zugedachte Rolle angemessen auszufüllen. Bei der GmbH & Co KG ieS besteht daher kein grundsätzliches Gläubigerschutzdefizit, das durch eine analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG auf die GmbH & Co KG ieS beseitigt werden müsste.

VII. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

A. Grundlagen

1. Einleitung

Die Haftung des Kommanditisten für die Gesellschaftsverbindlichkeiten ist in den §§ 171 ff UGB geregelt. Demnach ist die Haftung des Kommanditisten der Höhe nach mit der im Firmenbuch eingetragenen Haftsumme begrenzt und wird ausgeschlossen, soweit dieser eine Einlage an die Gesellschaft geleistet hat (§ 171 Abs 1 UGB). Die Außenhaftung des Kommanditisten lebt erneut auf, soweit die Gesellschaft die Einlage an den Kommanditisten zurückbezahlt (§ 172 Abs 3 UGB).

2. Historische Entwicklung

Die KG wurde erstmals im AHGB von 1863 kodifiziert. Die Redaktoren des AHGB sahen die KG dabei als eine Weiterentwicklung der stillen Gesellschaft an, bei der die Kommanditisten ebenso wie stille Gesellschafter grundsätzlich nur mit einer Kapitaleinlage an der Gesellschaft beteiligt sind, anders als stille Gesellschafter aber durch ihre Eintragung im Handelsregister auch nach außen auftreten. Art 165 Abs 1 AHGB bestimmte, dass die Kommanditisten für die Gesellschaftsverbindlichkeiten „nur mit ihrer Einlage“ bzw „mit dem versprochenen Betrage“ haften – gemeint war jeweils die im Handelsregister eingetragene Einlage.

Die Bestimmungen zur KG wurden mit dem deutschen HGB 1897, in Österreich 1938 in Kraft getreten, novelliert. Die Regelungen über die Haftung des Kommanditisten erhielten im HGB im Wesentlichen ihren heute noch gültigen Wortlaut. Allerdings war auch nach dem HGB noch die „Einlage“ des Kommanditisten im Handelsregister einzutragen. Erst seit Einführung des UGB 2005 wird die im Firmenbuch eingetragene Einlage als „Haftsumme“ bezeichnet. Damit drückt auch der Gesetzeswortlaut nun aus, dass die im Firmenbuch eingetragene Haftsumme die Haftung des Kommanditisten gegenüber den

Gesellschaftsgläubigern festsetzt, während die im Innenverhältnis geschuldete Einlage ausschließlich durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt wird.

3. Normzweck

Der Gläubigerschutz bei der KG basiert auf dem Modell eines Haftungsverbunds, bei dem die Gesellschafter eine persönliche Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten übernehmen. Primär soll die unbeschränkte Haftung des Komplementärs die Gesellschaftsgläubiger schützen. Dafür war der Gesetzgeber bereit, die Wahl der Haftsumme den Gesellschaftern zu überlassen und auf eine Mindesthaftsumme zu verzichten. Welchen Beitrag die Haftung des Kommanditisten mit der Haftsumme zum Schutz der KG-Gläubiger konkret leistet, hat der Gesetzgeber damit im Wesentlichen der Dispositionsfreiheit der Gesellschafter überlassen. Insgesamt kommt der Haftung der Kommanditisten mit der Haftsumme für das Gläubigerschutzmodell der KG nur untergeordnete Bedeutung zu.

Mit der Möglichkeit zur Eintragung einer (nicht ganz unbedeutenden) Haftsumme möchte der Gesetzgeber den Kommanditisten die Möglichkeit geben, außenwirksam Verantwortung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten zu übernehmen, und so die Bonität der KG zu signalisieren. Dass der Gesetzgeber den Gesellschaftern die Wahl einer Haftsumme nicht gänzlich freistellt, sondern *irgendeine* Haftsumme fordert, lässt sich am besten damit erklären, dass der Gesetzgeber die KG damit stärker von der stillen Gesellschaft (§§ 179 ff UGB) differenzieren wollte.

Dass der Kommanditist durch die Leistung einer Einlage an die Gesellschaft von seiner Außenhaftung frei wird, soll die Übernahme einer zumindest der bedungenen Einlage entsprechenden Haftsumme für den Kommanditisten attraktiver machen. Gleichzeitig ist eine Haftungsbefreiung durch Einlagenleistung aus Gläubigersicht gerechtfertigt, weil auch die geleistete Einlage den Gesellschaftsgläubigern als Haftungsobjekt zur Verfügung steht. Dass die Haftung des Kommanditisten auflebt, wenn er seine Einlage von der Gesellschaft zurückerhält, soll sicherstellen, dass der den Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehende Haftungsfonds durch Vermögensflüsse von der Gesellschaft an den Kommanditisten insgesamt nicht beeinträchtigt wird.

4. Haftung bei „negativer Einlage“

Die Außenhaftung eines Kommanditisten übersteigt entgegen der deutschen hM die Haftsumme, soweit dieser von der Gesellschaft Leistungen erhalten hat, die den Wert der von ihm geleisteten Einlage insgesamt übersteigen („negative Einlage“). Dies ergibt sich daraus, dass sich der Kommanditist mit Übernahme der Haftsumme dazu verpflichtet hat, durch die Bereitstellung eigenen Vermögens den den Gesellschaftsgläubigern insgesamt zur Verfügung stehenden Haftungsfonds zu vergrößern – sei es durch die Leistung einer Einlage oder durch die (bloße) Übernahme einer Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten. Dementsprechend statuiert § 172 Abs 3 UGB, dass die Haftung des Kommanditisten grundsätzlich auflebt, wenn er seine Einlage von der Gesellschaft zurückerhält. Dies soll sicherstellen, dass der den Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehende Haftungsfonds durch Vermögensflüsse von der Gesellschaft an den Kommanditisten insgesamt nicht beeinträchtigt wird. Dementsprechend muss jeder Abfluss von haftendem Vermögen aus der Gesellschaft an den Kommanditisten die Außenhaftung des Kommanditisten vergrößern – und zwar auch über dessen Haftsumme hinaus.

B. Bewertung und Gläubigerschutz

1. Objektive Leistungsbewertung

Der Tatbestand der Einlagenleistung bzw Einlagenrückgewähr iSd § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB kann auch durch Sachleistungen erfüllt werden. Zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger ist dabei eine objektive Leistungsbewertung geboten: Eine Überbewertung geleisteter Sacheinlagen ist im Außenverhältnis ebenso unwirksam wie eine Unterbewertung von Leistungen, durch die der Kommanditist seine Einlage von der Gesellschaft zurückerhalten hat. Überhaupt muss jede Leistung, die der Kommanditist von der Gesellschaft empfängt und die weder aus dem Gesellschaftsgewinn erfolgt noch durch eine gleichwertige Gegenleistung des Kommanditisten gerechtfertigt ist, zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger gem § 172 Abs 3 UGB mit ihrem tatsächlichen Wert das Aufleben der Haftung des Kommanditisten zur Folge haben. Insbesondere wird der Tatbestand der Einlagenrückzahlung gem § 172 Abs 3 UGB auch in Fällen der „verdeckten Einlagenrückgewähr“ erfüllt, bei denen die Leistung im Innenverhältnis nicht als Rückzahlung der Pflichteinlage vereinbart worden ist.

2. Bewertungsmaßstab

Sowohl Leistungen des Kommanditisten an die Gesellschaft als auch Leistungen der Gesellschaft an den Kommanditisten sind iSd § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB mit ihrem „Ertragswert" zu bewerten, das ist jener Wert, den die Leistung für das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen besitzt und der der Leistung von einem sorgfältigen geschäftsführenden Komplementär zugemessen worden wäre. Auch die Einbringung von Knowhow, Dienstleistungen und anderen Sacheinlagen, die das exekutionsfähige Gesellschaftsvermögen *nicht* vermehren, kann den Kommanditisten deshalb von seiner Außenhaftung befreien, soweit die Leistung bloß für das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen werthaltig war.

Dies unterscheidet den im UGB anzuwendenden Bewertungsmaßstab von den im Kapitalgesellschaftsrecht anzuwendenden Bewertungsmaßstäben. Im Kapitalgesellschaftsrecht hat der Gesetzgeber Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung hinreichend unterschiedlich geregelt, um unterschiedliche Bewertungsmaßstäbe bei Einlagenleistung und Einlagenrückgewähr zu rechtfertigen. Konkret ist es im Kapitalgesellschaftsrecht vor allem aus zwei Gründen gerechtfertigt, bei der Bewertung von Sacheinlagen besonders vorsichtig zu sein: einerseits aufgrund der detaillierten gesetzlichen Regelungen für Sacheinlagen, insbesondere der allfälligen Erforderlichkeit einer Gründungsprüfung; andererseits, weil sich der Haftungsfonds zugunsten der Gesellschaftsgläubiger zunächst auf die geleisteten Einlagen beschränkt. Das vergleichsweise bündig gehaltene Verbot der Einlagenrückgewähr rechtfertigt es andererseits, auch im Kapitalgesellschaftsrecht den Bewertungsmaßstab bei der Einlagenrückgewähr auf die Prüfung der objektiven Drittvergleichsfähigkeit des Geschäfts zu beschränken.

Anders als im Kapitalgesellschaftsrecht ist im KG-Recht eine besondere Vorsicht des Gesetzgebers im Hinblick auf Sacheinlagen dagegen nicht erkennbar. Diese Differenzierung zwischen KG- und Kapitalgesellschaftsrecht ist auch sachlich gerechtfertigt, weil nur die KG über den Komplementär als unbeschränkt haftendem Gesellschafter verfügt. Daraus lässt sich schließen, dass der KG-Gesetzgeber Einlagenleistung und -rückgewähr absichtlich gleich behandelt hat – eine Lückenhaftigkeit der Regeln des UGB über die Leistung von Sacheinlagen ist nicht erkennbar. Weil Einlagenleistung und -rückgewähr die Interessen von Kommanditist und Gesellschaftsgläubigern grundsätzlich auf dieselbe Art und Weise betreffen, sind bei der KG deshalb auch auf Einlagenleistung und -rückgewähr grundsätzlich

übereinstimmende Bewertungsmaßstäbe anzuwenden. Es wäre daher ein Wertungswiderspruch, vom Kommanditisten bei der Einlagenleistung die Zuführung eines exekutionsfähigen Objekts zu verlangen und auf den Einzel(weiter-)veräußerungswert der geleisteten Sache abzustellen, demselben Kommanditisten aber im Rahmen eines Drittgeschäfts die Verringerung des exekutionsfähigen Haftungsfonds der Gesellschaft zu gestatten.

Aufgrund des unternehmerischen Charakters der KG wäre für die Gläubiger durch ein Abstellen auf den Einzelveräußerungswert bei der Einlagenleistung zudem nicht viel gewonnen. Zwar ist der Einzelveräußerungswert einer Einlage für die Gläubiger grundsätzlich im Rahmen der Exekutionsführung bzw bei der Verwertung durch den Insolvenzverwalter erzielbar. Bei einer unternehmensbetreibenden KG ist aber damit zu rechnen, dass der Komplementär Bareinlagen und Sacheinlagen mit einem verlässlichen Einzelveräußerungswert im Sinne des Unternehmenszwecks umsetzen wird; die Vermögensgegenstände, die an die Stelle der ursprünglich geleisteten Einlage treten, verfügen vielleicht über überhaupt keinen Einzelveräußerungswert mehr. Ein Abstellen auf den Einzelveräußerungswert anstelle des Ertragswerts bei der Bewertung von Sacheinlagen bietet aus Gläubigersicht deshalb mE keinen entscheidenden Vorteil. Bei der Einlagenrückgewähr spricht dagegen im Einklang mit der hM viel für ein Abstellen auf den Ertragswert als Bewertungsmaßstab. Der allgemeine Bewertungsmaßstab, der auf die Bewertung der geleisteten Einlage ebenso wie auf die Bewertung einer (offenen oder verdeckten) Einlagenrückgewähr gleichermaßen anzuwenden ist, ist aus diesen Gründen der Ertragswert. Die Ausgeglichenheit eines Drittgeschäfts kann in diesem Sinne mit dem objektiven Drittvergleich geprüft werden, dessen Bewertungsmaßstab dem Ertragswert entspricht.

Der Ertragswert von Leistungen kann betriebswirtschaftlich grundsätzlich mithilfe der dynamischen Investitionsrechnung in Form der Kapitalwertrechnung ermittelt werden. Dabei sind die mit einer Leistung kausal verknüpften, zukünftigen Zahlungsströme der Gesellschaft zu schätzen und auf den Leistungszeitpunkt abzuzinsen. Der daraus resultierende Barwert entspricht dem antizipierten Ertragswert einer Leistung für die Gesellschaft. Der Schätzung sind nur jene Informationen zugrunde zu legen, die im relevanten Bewertungszeitpunkt bekannt waren. Konkret kommt es darauf an, welche Informationen dem geschäftsführenden Komplementär der KG bekannt waren bzw iSd § 114 Abs 1 UGB bekannt sein hätten müssen. Darüber hinaus sind Informationen, die dem Kommanditisten tatsächlich bekannt

waren, jedenfalls insoweit der Bewertung zugrunde zu legen, als sie sich für den Kommanditisten bei der Bewertung negativ auswirken.

In vielen Fällen kann der Ertragswert einer Leistung für die Gesellschaft auch ohne Kapitalwertrechnung ermittelt werden. Insbesondere indiziert der Marktwert einer Leistung auch den Ertragswert dieser Leistung für die Gesellschaft. Denn einerseits hätte die Gesellschaft im Allgemeinen zumindest die Möglichkeit gehabt, durch eine Veräußerung der zu bewertenden Sache am Markt deren Einzelveräußerungswert zu lukrieren; daher bildet der Einzelveräußerungswert einer zu bewertenden Sache grundsätzlich die Wertuntergrenze für den Ertragswert dieser Leistung für die Gesellschaft. Andererseits hätte die Gesellschaft die Sache zu ihrem Wiederbeschaffungswert am Markt selbst beschaffen können; daher ergibt sich aus dem Wiederbeschaffungswert einer Sache grundsätzlich auch eine Wertobergrenze für deren Ertragswert für die Gesellschaft iSd §§ 171 f UGB. Nur wenn ein zeitnaher Geschäftsabschluss zum Einzelveräußerungs- bzw Wiederbeschaffungswert faktisch unmöglich war, kann der Ertragswert für die Gesellschaft auch unter dem Einzelveräußerungswert bzw über dem Wiederbeschaffungswert liegen. Dazu wurden verschiedene Fallgruppen erörtert. Insbesondere sind von der Gesellschaft selbst hergestellte Leistungen gem § 172 Abs 3 UGB regelmäßig mit ihren variablen Kosten zu bewerten, soweit die Erzielung eines darüber hinausgehenden Verkaufspreises durch einen Verkauf an Dritte *ex ante* nicht aussichtsreich erschien.

Der Marktpreis kann grundsätzlich anhand der Preisvergleichsmethode ermittelt werden. Dabei werden tatsächlich bezahlte Preise in von der KG mit Dritten abgeschlossenen Geschäften (innerer Preisvergleich) bzw in Geschäften zwischen unbeteiligten Dritten (äußerer Preisvergleich) als Vergleichsbasis herangezogen. Bestand für eine von der Gesellschaft hergestellte Leistung kein Marktpreis, kann die Kostenaufschlagsmethode zur Beurteilung der Frage herangezogen werden, welches Entgelt die Gesellschaft (alternativ zur Leistung an den Kommanditisten) bei der Herstellung einer alternativen Leistung für einen Dritten vermutlich lukrieren hätte können. Bei der Kostenaufschlagsmethode wird zu den Herstellungskosten ein angemessener Aufschlag addiert. Die Kostenaufschlagsmethode ist zur Ermittlung des Ertragswerts einer Gesellschaftsleistung iSd § 172 Abs 3 UGB aber mE grundsätzlich nur heranzuziehen, soweit die Gesellschaft im relevanten Bewertungszeitpunkt auch ausgelastet war.

3. Forderungen zwischen KG und Kommanditist als Gegenstand der Einlagenleistung

ISd § 171 Abs 1 UGB gilt eine haftungsbefreiende Einlage erst als geleistet, wenn die Gesellschaft über den Wert der Einlage ohne weiteres Zutun des Kommanditisten selbst verfügen kann. Insbesondere muss die Einlage soweit in die Verfügungsbefugnis der Gesellschaft übergegangen sein, dass der Wert der Einlage in der Doppelinsolvenz von KG und Kommanditist den KG-Gläubigern zur Verfügung steht. Eine unbesicherte, schuldrechtliche Forderung gegen den Kommanditisten ist deshalb grundsätzlich kein tauglicher Gegenstand einer haftungsbefreienden Einlage. Denn der Kommanditist hat der Gesellschaft damit kein Haftungsobjekt zur Verfügung gestellt, dessen Wert vom Insolvenzrisiko des Kommanditisten unabhängig wäre. Hat der Kommanditist eine *besicherte* Forderung gegen sich selbst als Einlage eingebracht, wird er bloß mit dem Wert der Sicherheit haftungsfrei, bis zur tatsächlichen Forderungserfüllung aber nicht mit einem allfälligen, darüber hinausgehenden Forderungswert. Auch durch die Verschaffung von Knowhow wird eine haftungsbefreiende Einlage erst erbracht, wenn die Gesellschaft über dieses Knowhow ohne weiteres Zutun des Kommanditisten selbst verfügt, zB durch die Übergabe entsprechender Unterlagen oder die Einschulung von Mitarbeitern der Gesellschaft. Die tatsächliche Erbringung von Dienstleistungen kann haftungsbefreiende Einlage sein, nicht aber die bloße Verpflichtung des Kommanditisten zur Erbringung zukünftiger Dienstleistungen.

Dementsprechend können auch *quoad sortem* bzw *quoad usum* überlassene Einlagen Gegenstand einer haftungsbefreienden Einlage sein. Soweit eine Mindestdauer der Nutzungsüberlassung *ex ante* feststeht, und die Gesellschaft ihr Nutzungsrecht über diesen Zeitraum auch selbständig gegen den Kommanditisten und gegen Dritte verteidigen kann, wird der Kommanditist im Zeitpunkt der erstmaligen Übergabe der zur Nutzung überlassenen Sache mit dem Barwert des Nutzungsrechts von seiner Außenhaftung frei. Bei unbefristeten, nicht vom Kommanditisten einseitig kündbaren Nutzungsrechten ist eine unendliche Nutzungsdauer zu unterstellen. Ist eine Nutzungsüberlassung dagegen jederzeit durch den Kommanditisten kündbar, verfügt dieses Nutzungsrecht grundsätzlich über keinen *ex ante* feststellbaren Wert. Diesfalls wird der Kommanditist mit fortschreitender tatsächlicher Dauer der Nutzungsüberlassung *pro rata temporis* von seiner Außenhaftung frei.

Forderungen des Kommanditisten gegen die Gesellschaft, deren Auszahlung gem § 172 Abs 3 UGB zum Aufleben der Außenhaftung des Kommanditisten führen würde, sind in der Gesellschaftsinsolvenz grundsätzlich nicht durchsetzbar. Denn der Insolvenzverwalter wäre im Falle einer Auszahlung berechtigt, den ausbezahlten Betrag sogleich gem § 171 Abs 2 UGB vom Kommanditisten zurückzufordern. Ein trotzdem erfolgtes Leistungsverlangen des Kommanditisten wäre deshalb zumindest rechtsmissbräuchlich: *dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*. Der OGH bejaht mit demselben Ergebnis eine Befugnis des Insolvenzverwalters, gegen die Forderung des Kommanditisten den mit der Auszahlung bedingten Haftungsanspruch gem § 171 Abs 2 UGB aufzurechnen. Vom Verfasser offengelassen wurde, ob in diesem Fall aber auch die für eine Aufrechnung erforderliche Gegenseitigkeit der Forderungen gegeben ist. Der Insolvenzverwalter hat dem Kommanditisten (durch Aufrechnung bzw *dolo agit*-Einrede) die Anmeldung seiner Forderung auch zu verweigern, wenn der Kommanditist für seine Forderung an und für sich ein Recht auf Ab- oder Aussonderung besitzt, die Auszahlung der so gesicherten Forderung aber den Tatbestand von § 172 Abs 3 UGB erfüllen würde. Auf eine (offene oder verdeckte) Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB gerichtete Forderungen des Kommanditisten sind in der Gesellschaftsinsolvenz daher effektiv nachrangig.

Aus diesem Grund lässt auch die Begründung bzw das Entstehen einer auf eine (offene oder verdeckte) Einlagenrückgewähr gerichteten Forderung des Kommanditisten gegen die Gesellschaft die Außenhaftung des Kommanditisten iSd § 172 Abs 3 UGB noch unberührt. Denn aus der effektiven Nachrangigkeit solcher Forderungen in der Gesellschaftsinsolvenz folgt auch, dass solche Forderungen bis zu ihrer tatsächlichen Erfüllung den den übrigen Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehenden Haftungsfonds noch unberührt lassen. Es genügt daher zum Gläubigerschutz, wenn die Haftung des Kommanditisten (erst) auflebt, sobald und soweit er von der Gesellschaft tatsächlich eine Leistung erhalten hat.

4. Bewertungszeitpunkt

Grundsätzlich sind Leistungen des Kommanditisten an die Gesellschaft bzw der Gesellschaft an den Kommanditisten im Hinblick auf ihre Haftungswirkung gem § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB im Zeitpunkt ihrer tatsächlichen Erbringung zu bewerten. (Nur) im Hinblick auf die Prüfung der Einlagenrückgewähr ist für die Bewertung unter zwei Voraussetzungen nicht der Zeitpunkt der tatsächlichen Vermögensverschiebung

entscheidend, sondern jener des Risikoübergangs im Innenverhältnis: Für eine solche Vorverlegung des Bewertungszeitpunkts erforderlich ist *erstens*, dass Risiken im Innenverhältnis zivilrechtlich wirksam zwischen Kommanditist und Gesellschaft umverteilt wurden, ohne dass gleichzeitig schon eine „Leistung" iSd § 172 Abs 3 UGB vorlag. Das ist namentlich beim Abschluss eines Drittvertrags der Fall, der nicht schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sofort ausgeführt wurde. *Zweitens* muss eine Vorverlegung des Bewertungszeitpunkts auch mit dem Gläubigerschutz vereinbar sein. Eine Vorverlegung des Bewertungszeitpunkts wäre mit dem Gläubigerschutz unvereinbar, soweit die Gesellschaft ein unvertretbares, weil existenzgefährdendes Risiko vom Kommanditisten übernommen hat. Weist ein Geschäft dagegen ein „bloßes" Leistungsgefälle zulasten der Gesellschaft auf, das durch die Vereinbarung eines angemessenen Entgelts ausgeglichen worden wäre, ist die Nachteiligkeit des Geschäfts für die Gesellschaft zwar bei der Bewertung zu berücksichtigen; relevanter Bewertungszeitpunkt ist aber auch in diesem Fall der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

5. Fälle mit Drittbezug

Der mit einer Leistung der Gesellschaft an einen Dritten verbundene Gesellschaftsnachteil ist dem Kommanditisten als Einlagenrückgewähr zuzurechnen, wenn der Kommanditist entweder aus der Gesellschaftsleistung an den Dritten selbst einen Vorteil zieht oder aber die Gesellschaftsleistung in Kenntnis des Gesellschaftsnachteils veranlasst hat. Soweit der Kommanditist an einer dritten Gesellschaft, die von der KG eine sachlich nicht gerechtfertigte Leistung erhalten hat, eine Beteiligung hält, liegt ein eigener Vorteil des Kommanditisten dabei in Höhe der Beteiligungsquote des Kommanditisten vor.

Leistungen eines Dritten an den Kommanditisten erfüllen den Tatbestand der Einlagenrückgewähr jedenfalls dann, wenn der Dritte auf Anweisung und Rechnung der KG gehandelt hat. Leistungen eines Komplementärs an den Kommanditisten erfüllen den Tatbestand der Einlagenrückgewähr, wenn die Leistung mittelbar aus dem Gesellschaftsvermögen erfolgt ist. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Komplementär für seine Leistung einen Erstattungsanspruch gegen die KG hat.

Der Kommanditist wird von seiner Außenhaftung auch frei, wenn der Komplementär oder ein anderer Dritter für ihn die Einlage leistet. Auch durch eine „Umbuchung", bei der die von einem anderen Gesellschafter an die KG geleistete Einlage auf den Kommanditisten

übertragen wird, wird letzterer von seiner Außenhaftung frei. Leistet der Kommanditist an einen gesellschaftsfremden Dritten, ist ein allfällig daraus der Gesellschaft erwachsender Vorteil ebenfalls dem Kommanditisten zurechenbar und als Gegenstand einer haftungsbefreienden Sacheinlage tauglich. Einschlägig sind insbesondere Fälle, in denen der Kommanditist eine Verbindlichkeit der KG gegenüber einem Drittgläubiger befriedigt hat.

C. Leistung „auf die Einlage“ als Tatbestandsmerkmal von § 171 Abs 1 UGB?

1. Grundsatz

Im Schrifttum ist strittig, ob den Kommanditisten jede objektiv werthaltige Leistung an die Gesellschaft von seiner Haftung befreit (sogenannte „Verrechnungstheorie“), oder ob dies nur auf Leistungen zutrifft, die der Kommanditist auch „auf die Einlage“ erbracht hat („Vertragstheorie“). Die überwiegende Ansicht folgt insoweit der Vertragstheorie.

Die Frage ist im Zusammenhang mit der bilanziellen Gewinnermittlung zu sehen. Ein von der Gesellschaft tatsächlich erzielter Gewinn darf haftungsneutral an die Kommanditisten ausgeschüttet werden. Nach dem Telos von § 172 Abs 3 UGB ist eine haftungsneutrale Ausschüttung eines Gesellschaftsgewinns an die Kommanditisten aber nur zulässig, wenn und weil die von den Kommanditisten geleisteten Einlagen iSd § 171 Abs 1 UGB dadurch nicht angegriffen werden. Eine Auskehr von Gesellschaftsvermögen, die bilanziell die iSd § 171 Abs 1 UGB geleisteten Einlagen aller Kommanditisten in ihrer Substanz angreift, soll dagegen gem § 172 Abs 3 UGB die Außenhaftung des empfangenden Kommanditisten aufleben lassen. Um bilanziell das dem Werte nach den Einlagen entsprechende Gesellschaftsvermögen von einem darüber hinaus erzielten Gesellschaftsgewinn unterscheiden zu können, ist ein bilanzieller Ausweis der Einlagen im Eigenkapital der KG erforderlich. Daraus folgt erstens rechnungslegungsrechtlich, dass jede Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB bilanziell im Eigenkapital der KG auszuweisen ist. Zweitens folgt daraus gesellschaftsrechtlich, dass entgegen der Verrechnungstheorie nicht *jede* objektive Vermehrung des Gesellschaftsvermögens den Kommanditisten von seiner Außenhaftung befreit, sondern nur die Zuführung von *Eigenkapital.*

2. Einzelfälle

Haftungsbefreiend wirkt daher zunächst jede Leistung „auf die Einlage“ mit ihrem tatsächlichen Wert für die Gesellschaft. Ausreichend ist es aber auch, wenn aus dem Kontext hervorgeht, dass der Gesellschaft *Eigenkapital* zugeführt werden sollte.

Haftungsbefreiend wirken auch „Leistungen auf die Haftsumme“. Im Innenverhältnis ist der Kommanditist gegenüber Gesellschaft und Mitgesellschaftern nur zur Leistung von Geld „auf die Haftsumme“ berechtigt, und auch dies nur insoweit, als die Haftsumme den Wert der bedungenen Pflichteinlage übersteigt. Auch ein ausgeschiedener Kommanditist ist im Innenverhältnis zu einer „Leistung auf die Haftsumme“ berechtigt, soweit er gem § 160 UGB noch zumindest einem Altgläubiger gegenüber haftet und ihm von der Gesellschaft nicht gem § 137 Abs 3 UGB Sicherstellung geleistet worden ist.

Darlehen, die ein Kommanditist der Gesellschaft gewährt hat, sind nur auf die haftungsbefreiende Einlage anzurechnen, soweit das Darlehen im Innenverhältnis als materieller Bestandteil der Pflichteinlage bzw zumindest als Bestandteil der haftungsbefreienden Einlage begeben worden ist. Dafür ist es ausreichend, wenn aus dem Gesellschaftsvertrag hervorgeht, dass das Darlehen nach der Vorstellung der Gesellschafter den Kommanditisten auch von seiner Außenhaftung befreien soll. Indizien sind die Vereinbarung der Nachrangigkeit des Darlehensrückzahlungsanspruchs und andere Vereinbarungen, die das Darlehen in die Nähe von Eigenkapital rücken. Soweit ein Darlehen als materieller Bestandteil der Einlage geleistet worden ist, ist der Darlehensrückzahlungsanspruch im Eigenkapital, nicht unter den Fremdverbindlichkeiten auszuweisen. Zinsen, die auf ein der Einlage zuzurechnendes Darlehen bezahlt werden und nicht aus dem Gesellschaftsgewinn geleistet werden, lassen als Einlagenrückgewähr iSd § 172 Abs 3 UGB die Außenhaftung des Kommanditisten erneut aufleben.

Entsprechendes gilt für die Unterbewertung einer Sacheinlage: Wurde eine Sacheinlage unterbewertet, ist die Unterbewertung für die Zwecke von § 171 Abs 1 UGB beachtlich, soweit die Unterbewertung bilanziell zu berücksichtigen ist. Soweit durch eine gesellschaftsvertragliche Unterbewertung ausnahmsweis explizit auch der *haftungsbefreiende* Wert der Sacheinlage gem § 171 Abs 1 UGB begrenzt werden sollte, ist die Unterbewertung ebenso außenwirksam.

Der Nettoleistungsüberschuss aus einem zugunsten der Gesellschaft unausgeglichenen Drittgeschäft (zB: der Kommanditist verkauft eine Sache unter Wert an die Gesellschaft)

befreit den Kommanditisten nur von seiner Außenhaftung, soweit dieses Drittgeschäft als Sacheinlage in die Gesellschaft eingebracht worden ist. Diesfalls ist die Leistung des Kommanditisten grundsätzlich mit ihrem beizulegenden Wert iSd § 202 Abs 1 UGB zu aktivieren, die Differenz zum Leistungswert der Gesellschaft ist im Eigenkapital als Zuwendung *causa societatis* auszuweisen. Der Kommanditist wird von seiner Außenhaftung frei, sobald er die drittvertraglich versprochene Leistung tatsächlich an die Gesellschaft erbracht hat, nicht schon sobald die Gesellschaft einen Anspruch auf Leistung gegen den Kommanditisten erlangt hat. Wurde ein für die Gesellschaft vorteilhaftes Drittgeschäft *nicht* als Sacheinlage eingebracht, befreit der Nettoleistungsüberschuss aus diesem Geschäft den Kommanditisten dagegen nicht von seiner Außenhaftung. Diesfalls entstehen durch das Geschäft bilanziell stille Reserven in Höhe der Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung, die nach ihrer Aufdeckung haftungsneutral an die Gesellschafter ausgeschüttet werden können, ohne den Tatbestand der Einlagenrückgewähr gem § 172 Abs 3 UGB zu erfüllen.

Wurde gesellschaftsvertraglich vereinbart, dass die vom Kommanditisten geleistete Pflichteinlage diesen *nicht* von seiner Außenhaftung befreien soll („negative Tilgungsbestimmung"), so ist diese Vereinbarung außenwirksam. Zur Dokumentation der Haftungsverhältnisse ist im Jahresabschluss der KG auf eine negative Tilgungsbestimmung hinzuweisen.

Auch bilanziell nicht aktivierungsfähige, aber iSd § 171 Abs 1 UGB grundsätzlich werthaltige Leistungen (zB Dienstleistungen) können den Kommanditisten von seiner Außenhaftung befreien. Wurde die Leistung als Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB erbracht, ist zum bilanziellen Gläubigerschutz auch in diesem Fall eine Verbuchung der Leistung im Eigenkapital der KG geboten, und zwar mit ihrem haftungsbefreienden Wert iSd § 171 Abs 1 UGB. Soweit die Leistung bilanziell nicht aktivierungsfähig ist, vermindert der Ausweis im Eigenkapital diesfalls den ausschüttbaren Gesellschaftsgewinn. Im Innenverhältnis ist den Mitgesellschaftern des Kommanditisten bei der Frage, inwieweit eine bilanziell nicht aktivierungsfähige Leistung eines Kommanditisten auf seine haftungsbefreiende Einlage anzurechnen ist, deshalb ein gesteigertes Mitspracherecht zuzuerkennen: Bilanziell nicht aktivierungsfähige, aber iSd § 171 Abs 1 UGB grundsätzlich werthaltige Leistungen befreien den Kommanditisten nur insoweit von seiner Außenhaftung, als dies auch gesellschaftsvertraglich (bzw durch einen einstimmigen Gesellschafterbeschluss) vereinbart worden ist.

D. Haftungsbefreiung durch Gläubigerbefriedigung

Die Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern, denen der Kommanditist gem § 171 Abs 1 UGB in Höhe seiner Haftsumme (abzüglich der von ihm an die Gesellschaft geleisteten Einlage) gehaftet hatte, befreit den Kommanditisten *eo ipso* von seiner Außenhaftung. Denn wie bei jeder Haftung *pro viribus* erschöpft die Gläubigerbefriedigung durch den Kommanditisten dessen mit der Haftsumme summenmäßig beschränkte Haftung. Dass die Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern den Kommanditisten von seiner Außenhaftung befreit, ist deshalb unabhängig von der Frage zu bejahen, inwieweit eine Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern auch als „Leistung einer Einlage" iSd § 171 Abs 1 UGB aufzufassen wäre. Ob durch die Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern auch das Gesellschaftsvermögen mittelbar vermehrt wurde oder ob die Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern im Innenverhältnis als Sacheinlage vereinbart worden war, ist deshalb für die haftungserschöpfende Wirkung der Gläubigerbefriedigung unbeachtlich. In der Gesellschaftsinsolvenz kann der Kommanditist mit haftungsbefreiender Wirkung aber gem § 171 Abs 2 UGB nur mehr an den Insolvenzverwalter leisten.

Im Innenverhältnis führt die Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern durch den Kommanditisten zu einem Regressanspruch gegen die Gesellschaft und (subsidiär) gegen die Mitgesellschafter. Leisten Gesellschaft oder Mitgesellschafter dementsprechend Regress, lebt die Außenhaftung des Kommanditisten (die durch die Gläubigerbefriedigung ja zunächst untergegangen war) erneut auf. In der Gesellschaftsinsolvenz kann der Kommanditist seine Regressforderung grundsätzlich nicht (mehr) anmelden.

Soweit der Kommanditist im Innenverhältnis noch eine Geldeinlage als Pflichteinlage schuldet, kann er alternativ seinen Regressanspruch mit der geschuldeten Einlage aufrechnen. Dadurch geht im Innenverhältnis die Pflicht zur Einlagenleistung unter; im Außenverhältnis ändert sich durch die Aufrechnung grundsätzlich nichts, der Kommanditist bleibt weiterhin mit jenem Betrag von seiner Außenhaftung frei, mit dem er Gesellschaftsgläubiger befriedigt hatte. Die Möglichkeit zur Aufrechnung mit der Pflichteinlage besteht grundsätzlich auch noch in der Gesellschaftsinsolvenz.

E. Aufrechnung mit der Pflichteinlage

Verfügt der Kommanditist über eine Forderung gegen die Gesellschaft, so kann er diese Forderung grundsätzlich gem § 1438 ABGB mit seiner Pflichteinlage aufrechnen, wodurch die Einlage im Innenverhältnis als geleistet gilt. Unter zwei Voraussetzungen wird der Kommanditist dadurch auch gem § 171 Abs 1 UGB von seiner Außenhaftung frei: Erstens wirkt die Aufrechnung im Außenverhältnis nur haftungsbefreiend, soweit die Haftung des Kommanditisten durch eine Erfüllung der Forderung durch die Gesellschaft nicht gem § 172 Abs 3 UGB aufgelebt wäre. Insbesondere sind drittvertragliche Forderungen gegen die Gesellschaft zur haftungsbefreienden Aufrechnung nur geeignet, soweit der Kommanditist als Gegenleistung eine werthaltige Leistung an die Gesellschaft erbracht hatte. Zweitens wirkt die haftungsbefreiende Aufrechnung grundsätzlich nur mit dem wirtschaftlichen Forderungswert im Aufrechnungszeitpunkt haftungsbefreiend. Zur Beurteilung der „wirtschaftlichen Werthaltigkeit" der Forderung kommt es darauf an, ob die Gesellschaft zur tatsächlichen Befriedigung der Forderung in der Lage gewesen wäre. Untergrenze des wirtschaftlichen Forderungswerts ist die Befriedigungsquote, die der Kommanditist im Fall einer Liquidation des Gesellschaftsvermögens bei gleichmäßiger Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger nach insolvenzrechtlichen Grundsätzen voraussichtlich erhalten hätte.

Anderes gilt, wenn der Kommanditist Gesellschaftsgläubiger befriedigt hat und seine Regressforderung gegen die Gesellschaft mit seiner Pflichteinlage aufrechnet: Bereits durch die Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern wurde der Kommanditist gem § 171 Abs 1 UGB von seiner Außenhaftung frei. Rechnet der Kommanditist in der Folge seinen daraus resultierenden Regressanspruch mit seiner Pflichteinlage auf, kommt es zu keiner weiteren Veränderung der Haftungshöhe des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, ungeachtet der wirtschaftlichen Werthaltigkeit der Regressforderung.

Entsprechendes wie für die Aufrechnung mit der Pflichteinlage gilt für die „Aufrechnung mit der Haftsumme". Zur „Aufrechnung mit der Haftsumme" ist der Kommanditist berechtigt, wenn er im Innenverhältnis keine Pflichteinlage (mehr) schuldet, im Außenverhältnis aber noch keine der Haftsumme entsprechende Einlage geleistet hat.

Auch die Einbringung einer Forderung gegen die Gesellschaft als Gegenstand einer vereinbarten Sacheinlage ist übereinstimmend zu beurteilen: Die Einbringung befreit den Kommanditisten ebenfalls von seiner Außenhaftung, vorausgesetzt die Auszahlung der

Forderung hätte *nicht* den Tatbestand der Einlagenrückgewähr erfüllt und die Forderung war im Einbringungszeitpunkt wirtschaftlich werthaltig. Auch wenn Forderungen gegen die Gesellschaft im Rahmen einer sanierenden Umwandlung bzw eines *debt equity swaps* in die Gesellschaft eingebracht werden, sind die eingebrachten Forderungen für die Zwecke von § 171 Abs 1 UGB mit ihrem wirtschaftlichen Wert im Einbringungszeitpunkt zu bewerten.

Der Kommanditist wird grundsätzlich auch von seiner Außenhaftung frei, wenn er einen Gewinnausschüttungsanspruch, dem keine früheren, unausgeglichenen Verlustzuweisungen gegenüberstehen, mit seiner Pflichteinlage aufrechnet. Vorauszusetzen ist ein wirtschaftlich werthaltiger Gewinnausschüttungsanspruch aufgrund eines tatsächlich von der Gesellschaft erzielten Gewinns. Unter diesen Voraussetzungen wirkt auch die Thesaurierung von Gewinnanteilen haftungsbefreiend, nach hier vertretener Ansicht sogar bereits das bloße Stehenlassen eines Gewinnausschüttungsanspruchs – eine gesonderte Aufrechnung des Gewinnausschüttungsanspruchs mit der Einlage ist demnach zur Haftungsbefreiung nicht erforderlich.

F. Kapitalerhaltung in der GmbH & Co KG ieS

§ 82 Abs 1 GmbHG verbietet Ausschüttungen aus dem Vermögen einer GmbH an deren Gesellschafter außerhalb einer Gewinnausschüttung. Der OGH vertritt, dass § 82 Abs 1 GmbHG analog auf Ausschüttungen aus dem Vermögen einer GmbH & Co KG ieS an deren Kommanditisten anzuwenden sei. Das Vorliegen einer dafür erforderlichen Gesetzeslücke wurde vom Verfasser geprüft und verneint.

Der OGH hat eine nachträgliche Gesetzlücke mit den § 67 Abs 1 IO, § 22 Abs 2 URG, § 4 Z 3 EKEG und § 221 Abs 5 UGB begründet, die „verdeckte“ Kapitalgesellschaften im Hinblick auf spezifische Rechtsfolgen jeweils mit „echten“ Kapitalgesellschaften gleichstellen. Verdeckte Kapitalgesellschaften sind Personengesellschaften, die über keine natürliche Person als unbeschränkt haftendem Gesellschafter verfügen. Der Zweck dieser gleichstellenden Bestimmungen kann eine allgemeine „nachträgliche Lückenhaftigkeit“ des Gläubigerschutzes bei den verdeckten Kapitalgesellschaften aber nicht begründen. Denn die Gleichstellung ist nur eine punktuelle, und kann eine allgemeine Übertragung des Gläubigerschutzrechts der GmbH auf die GmbH & Co KG ieS nicht rechtfertigen. Auch eine „bloße“ Anwendung des Kapitalerhaltungsrechts der GmbH auf die GmbH & Co KG ieS lässt sich auf diese Art und Weise nicht begründen. Denn erstens werden die Gläubiger einer

GmbH & Co KG ieS vor einer Verminderung des KG-Vermögens zugunsten der Kommanditisten grundsätzlich bereits durch § 172 Abs 3 UGB wirksam geschützt. Zweitens beziehen sich diese gleichstellenden Bestimmungen mit Ausnahme von § 4 Z 3 EKEG nicht auf die Kapitalerhaltung im Speziellen, sondern auf andere Aspekte des Gläubigerschutzes. Gerade § 67 Abs 1 IO und § 22 Abs 2 URG dienen dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger davor, dass das Gesellschaftsvermögen einer verdeckten Kapitalgesellschaft in der Krise überhöhten Geschäftsrisiken ausgesetzt wird.

Gegen das Bestehen einer nachträglichen Lücke spricht auch § 221 Abs 5 UGB idF RÄG 2014. Der Gesetzgeber hat nunmehr klargestellt, dass verdeckte Kapitalgesellschaften unabhängig von ihrer Größe keine gebundene Rücklagen zu bilden haben, während „große" GmbH iSd § 221 Abs 3 UGB sehr wohl dazu verpflichtet sind. Die Verpflichtung zur Bildung gebundener Rücklagen zählt materiell zum Bereich der Kapitalerhaltung. Die Bestimmung zeigt, dass der Gesetzgeber „echte" und „verdeckte" Kapitalgesellschaften durchaus auch im Bereich der Kapitalerhaltung unterschiedlich behandeln möchte. Aus den verschiedenen gleichstellenden Bestimmungen lässt sich daher auch nicht als Wertung ableiten, dass der Gesetzgeber verdeckte Kapitalgesellschaften und echte Kapitalgesellschaften im Bereich der Kapitalerhaltung gleichzustellen gedenkt.

Durchaus angebracht ist dagegen eine analoge Anwendung des EKEG auf von Kommanditisten geleistete Einlagen, die, wenn sie zum Zeitpunkt ihrer Leistung als Darlehen begeben worden wären, dem Rückzahlungsverbot des EKEG unterliegen würden. Unter diesen engeren Bedingungen trifft Gesellschafter einer verdeckten Kapitalgesellschaft also ein Einlagenrückgewährverbot.

Auch eine anfängliche Lückenhaftigkeit des UGB wurde im Hinblick auf eine Anwendung des § 82 Abs 1 GmbHG auf die GmbH & Co KG ieS vom Verfasser geprüft und verneint. Vielmehr sorgen auch bei dieser Gesellschaftsform schon die Bestimmungen des UGB für ausreichenden Gläubigerschutz. Zwar hatte der Gesetzgeber bei der Kodifizierung des UGB eine natürliche Person als Komplementär im Auge. Aber auch eine GmbH kann jene Rolle adäquat ausfüllen, die der Gesetzgeber zum Schutz der Gläubiger einer KG dem Komplementär zugedacht hat:

Erstens stellt auch eine GmbH als Komplementärin den KG-Gläubigern „ihr gesamtes Vermögen" als Haftungsobjekt zur Verfügung. Zwar ist das Vermögen einer GmbH zunächst auf deren Stammkapital beschränkt. Auch das Vermögen einer natürlichen Person ist freilich

beschränkt, ohne dass der Gesetzgeber für dessen Höhe Mindestkriterien aufgestellt hätte. Dem Gesetzgeber genügt es bei der KG stattdessen grundsätzlich zum Gläubigerschutz, dass die KG-Gläubiger auf das gesamte Vermögen des Komplementärs zugreifen können und sohin denselben Schutz genießen wie die Privatgläubiger des Komplementärs. Bereits mit der Zulassung der GmbH als Rechtsform hat der Gesetzgeber die Wertung getroffen, dass deren Stammeinlagen den Gesellschaftsgläubigern grundsätzlich ein ausreichendes Haftungsreservoir bereitstellen. Derselbe Haftungsfonds muss dann gem § 128 UGB auch den Gläubigern einer GmbH & Co KG ieS genügen.

In Literatur und Rechtsprechung wurde weiters vertreten, dass dem Komplementär bei der KG die Funktion zukomme, auf Ausschüttungswünsche der Kommanditisten, durch die eine Verminderung des KG-Vermögens drohen würde, „bremsend" einzuwirken; eine natürliche Person als Komplementär hätte aufgrund ihrer unbeschränkten Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten einen dementsprechenden Anreiz. Wie aus dem „Rektor-Fall" hervorgeht, erscheint die These, dass der Machtverteilung im Innenverhältnis eine essentielle Rolle für das Gläubigerschutzsystem der KG zukäme, aber zweifelhaft. Denn erstens sorgt nach der gesetzlichen Konzeption schon § 172 Abs 3 UGB für Gläubigerschutz, wenn der Komplementär einer Ausschüttung von KG-Vermögen an die Kommanditisten zustimmt. Zweitens hat der Gesetzgeber die Rollenverteilung im Innenverhältnis bewusst dispositiv ausgestaltet und den Gesellschaftern die Möglichkeit gegeben, frei über die Ausschüttung des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter zu befinden. Hätte der Gesetzgeber „unvernünftige" Ausschüttungen verhindern wollen, hätte er ein Verbot der Einlagenrückgewähr wie im GmbHG erlassen. Hätte der Gesetzgeber es für notwendig erachtet, dass der Komplementär im Gläubigerinteresse eine „Bremsfunktion" ausübt, hätte er die Rollenverteilung im Innenverhältnis zwingend ausgestaltet.

Jedenfalls ist bei einer Komplementär-GmbH im Allgemeinen aufgrund ihrer rechtlichen Verfassung aber ohnehin davon auszugehen, dass diese überzogenen Ausschüttungswünschen der Kommanditisten entgegentreten wird:

Denn erstens droht dem Geschäftsführer der GmbH eine eigene Haftung gem § 25 Abs 2 GmbHG, wenn er einer sachlich nicht gerechtfertigten Ausschüttung von KG-Mitteln zustimmt und dadurch (mittelbar) das GmbH-Vermögen verringert. Weisen die GmbH-Gesellschafter ihren Geschäftsführer zu einer entsprechenden Ausschüttung an, kommt dieser Weisung mE jedenfalls insoweit keine Wirkung zu, als ersichtlich war, dass die damit einhergehende Verminderung des KG-Vermögens letztlich zu einem Gläubigerausfall führen

würde, der von der GmbH mangels ausreichenden eigenen Vermögens nicht gedeckt werden könnte (vgl § 25 Abs 5, 7 GmbHG).

Soweit durch eine Ausschüttung von KG-Vermögen dagegen das GmbH-Vermögen mittelbar im Wert beeinträchtigt wird, ohne dass dies aber zu einer GmbH-Insolvenz führen würde, haben die GmbH-Gesellschafter selbst (so wie eine natürliche Person) grundsätzlich kein Interesse an einer solchen Ausschüttung, die ihre eigenen Vermögensinteressen schädigt. Ein Anreizproblem ist zwar auch in diesem Fall denkbar, wenn die Ausschüttung aus dem KG-Vermögen einem GmbH-Gesellschafter zugute kommt. In diesem Fall verstößt eine (mittelbar das Vermögen der Komplementär-GmbH beeinträchtigende) Ausschüttung aber ohnehin gegen § 82 Abs 1 GmbHG, ohne dass es einer Analogie bedürfte.

Wurden die Vermögensinteressen der Komplementär-GmbH einschließlich der Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme aus § 128 UGB schließlich durch eine Ausschüttung von KG-Vermögen *nicht* tangiert, wäre auch bei einer natürlichen Person als Komplementärin nicht davon auszugehen gewesen, dass diese einen wesentlichen eigenen Anreiz hätte, der Ausschüttung zu widersprechen.

Alles in allem ist daher aufgrund der rechtlichen Verfasstheit der GmbH nicht davon auszugehen, dass eine GmbH als Komplementärin typischerweise weniger als eine natürliche Person als Komplementär ihrer Bremsfunktion nachkommen würde. Eine sachgerechte Auslegung der §§ 25, 82 f GmbHG vorausgesetzt, ist daher auch eine GmbH grundsätzlich geeignet, die vom Gesetzgeber dem Komplementär im Rahmen des Gläubigerschutzes zugedachte Rolle angemessen auszufüllen. Bei der GmbH & Co KG ieS besteht daher kein grundsätzliches Gläubigerschutzdefizit, das durch eine analoge Anwendung der §§ 82 f GmbHG auf die GmbH & Co KG ieS beseitigt werden müsste.

VIII. Anhang

A. Abstract

1. deutsch

Der Verfasser erörtert die Frage, unter welchen Bedingungen der Kommanditist eine haftungsbefreiende Einlage iSd § 171 Abs 1 UGB an die Gesellschaft geleistet bzw gem § 172 Abs 3 UGB von der Gesellschaft zurückerhalten hat. Die zahlreichen, in Literatur und Rechtsprechung angesprochenen Spezialprobleme werden systematisch untersucht und jeweils einer wertungsadäquaten Lösung zugeführt. Auch zu Parallelproblemen im Kapitalgesellschaftsrecht vertretene Ansätze werden auf ihre Übertragbarkeit auf das Personengesellschaftsrecht hin überprüft.

Aus Perspektive des Gläubigerschutzes werden Kriterien einer werthaltigen Leistung zwischen Kommanditist und Gesellschaft im Hinblick auf Bewertungsmaßstab und -zeitpunkt entwickelt. Weiters wird die These begründet, dass nur eine „Leistung auf die Einlage“ oder eine sonstige, rechnungslegungsrechtlich im Eigenkapital auszuweisende Zuwendung durch einen Kommanditisten diesen gem § 171 Abs 1 UGB von seiner Außenhaftung befreit. Im Anschluss an die überwiegende Ansicht wird die Frage bejaht, dass die Aufrechnung mit der Pflichteinlage den Kommanditisten im Außenverhältnis nur in Höhe des wirtschaftlichen Werts der aufgerechneten Forderung von seiner Außenhaftung befreit. Die vom OGH bejahte analoge Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr gem § 82 GmbHG auf die GmbH & Co KG ieS wird erörtert und schlussendlich abgelehnt.

2. english

The term „Kommanditist“ denotes a type of partner in a “Kommanditgesellschaft” (KG). § 171 Abs 1 UGB limits the liability of the Kommanditist for debts incurred by the Kommanditgesellschaft with the amount specified in the company register (Firmenbuch). Furthermore, § 171 Abs 1 UGB states that the liability of the Kommanditist ceases insofar as he has left a deposit (“Einlage”) with the KG; § 172 Abs 3 UGB states that the liability of the Kommanditist is restored whenever he retrieves such a deposit left with the KG. This

dissertation examines what constitutes a “deposit” within the context of § 171 Abs 1, § 172 Abs 3 UGB.

B. Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
aaO	am angeführten Ort
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, JGS 1811/946 (idgF)
abl	ablehnend
Abs	Absatz
abw	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
ADHGB	Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch, BGBl des Norddeutschen Bundes 1869/32, 601 (ersetzt durch das dHGB)
aE	am Ende
AG	Aktiengesellschaft auch: Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AHGB	Allgemeines Handelsgesetzbuch, RGBl 1863/1, 14 (ersetzt durch das HGB)
ähnl	ähnlich
AktG	Aktiengesetz, BGBl 1965/98 (idgF)
Alt	Alternative
AnfO	Anfechtungsordnung, RGBl 1914/337 (idgF)
Anm	Anmerkung
ARD	Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis (Zeitschrift)
arg	argumento
Art	Artikel
ausf	ausführlich
BAG	Bundesarbeitsgericht (Deutschland)
BAO	Bundesabgabenordnung, BGBl 1961/194 (idgF)
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
BBi	Bilanzbuchhalter Info (Zeitschrift)
BFH	Bundesfinanzhof (Deutschland)
BG	Bundesgesetz
BG FBG	Bundesgesetz über das Firmenbuch, BGBl 1991/10
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland), dBGBl I 2002, 42 (idgF)
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Entscheidungssammlung, Deutschland)
BlgNR	Beilage zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
bzw	beziehungsweise
ca	circa

dAktG	deutsches Aktiengesetz, dBGBl I 1965, 1089 (idgF)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
dBGBl	deutsches Bundesgesetzblatt
dens	denselben
ders	derselbe
dGmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Deutschland), dRGBl 1892, 477 (idgF)
dHGB	Handelsgesetzbuch (Deutschland), dRGBl 1897, 219 (idgF)
dies	dieselbe(n)
diff	differenzierend
dInsO	Insolvenzordnung (Deutschland), dBGBl I 1994, 2866 (idgF)
Diss	Dissertation
dKO	Konkursordnung (Deutschland), RGBl 1877, 351 (ersetzt durch die dInsO)
DM	Deutsche Mark
DnotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht (Zeitschrift)
dRGBl	deutsches Reichsgesetzblatt
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
E	Entscheidung
ea	et alii
ebd	ebenda
ecolex	ecolex – Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EGG	Erwerbsgesellschaftengesetz, BGBl 1990/257 (aufgehoben)
EKEG	Eigenkapitalersatz-Gesetz, BGBl I 2003/92 (idgF)
ErlRV	Erläuterungen der Regierungsvorlage
ErlRV HaRÄG	ErlRV 1058 BlgNR 22. GP
EStG	Einkommensteuergesetz 1988, BGBl 1988/400 (idgF)
etc	et cetera
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (Bestandteil der ÖJZ)
EVHGB	Vierte Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich vom 24. Dezember 1938, DRGBl 1938 I 1999 (aufgehoben)
evtl	eventuell
EwiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
f	und der/die folgende
FBG	Firmenbuchgesetz, Art 1 BG FBG, BGBl 1991/10 (idgF)
ff	und die folgenden
FG	Finanzgericht
FJ	Finanz Journal
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
GbR	(deutsche) Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GBU	GmbH-Bulletin (Zeitschrift)
GedS	Gedenkschrift
gem	gemäß
GES	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

GesbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GesRZ	Der Gesellschafter (Zeitschrift)
GIRÄG 2003	Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003, BGBl I 2003/92
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH & Co KG	KG mit einer GmbH als Komplementärin
GmbHG	GmbH-Gesetz, RGBl 1906/58 (idgF)
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GP	Gesetzgebungsperiode des Nationalrats
hA	herrschende Ansicht
HaRÄG	Handelsrechts-Änderungsgesetz, BGBl I 2005/120
HGB	Handelsgesetzbuch, dRGBl 1897, 219 (ersetzt durch das UGB)
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen (Entscheidungssammlung) auch: Halbsatz
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idS	in diesem Sinne
iE	im Ergebnis
ieS	im engeren Sinne
iHd	in Höhe des/der
iHv	in Höhe von
inkl	inklusive
insb	insbesondere
IO	Insolvenzordnung, RGBl 1914/337 (idgF)
IRÄG 1997	Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1997, BGBl I 1997/114
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des/r
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinne
iZm	im Zusammenhang mit
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung (Zeitschrift)
JBl	Juristische Blätter (Zeitschrift)
JGS	Justizgesetzsammlung
JherJb	Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KEG	Kommanditerwerbsgesellschaft
KG	Kommanditgesellschaft auch: Kammergericht (=OLG Berlin)
krit	kritisch

KTS	Konkurs-, Treuhand- und Sanierung (Zeitschrift)
leg cit	legis citatae
LG	Landesgericht
Lit	Literatur
lit	litera
LM	Lindenmaier-Möhring (Zeitschrift)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
mE	meines Erachtens
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr	Nummer
Nw	Nachweis(e)
NWG	Gesetz vom 7. Juli 1896, betreffend die Einräumung von Nothwegen, RGBl 1896/140 (idgF)
NZ	Österreichische Notariatszeitung
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
ÖBA	BankArchiv – Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen
odgl	oder dergleichen
OECD-Verrechnungspreisleitlinien 2010	OECD-Verrechnungspreisleitlinien für multinationale Unternehmen und Steuerverwaltungen 2010
OEG	Offene Erwerbsgesellschaft
OG	Offene Gesellschaft
OGH	Oberster Gerichtshof
OHG	Offene Handelsgesellschaft
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
ÖstZ	Österreichische Steuer-Zeitung
ÖStZB	Beilage zur Österreichischen Steuer-Zeitung
oV	ohne Verfasserangabe
RÄG 2014	Rechnungslegungs-Änderungsgesetz 2014, BGBl I 2015/22
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft (Zeitschrift)
Reichstagsvorlage HGB 1897	Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes, Reichstagsvorlage, abgedruckt bei *Schubert/Schmiedel/Krampe* (Hrsg), Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897 II/2 (1988) 949
RG	Reichsgericht
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGZ	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
Rn	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notarzeitschrift
RS	Rechtssatz
Rsp	Rechtsprechung
RWZ	Österreichische Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen
Rz	Randziffer

S	Satz
s	siehe
StGB	Strafgesetzbuch, BGBl 1974/60 (idgF)
str	strittig
SWK	Steuer- und WirtschaftsKartei (Zeitschrift)
SZ	Entscheidungen des OGH in Zivilsachen (Entscheidungssammlung)
udgl	und dergleichen
UGB	Unternehmensgesetzbuch, dRGBl 1897/219 (idgF)
URG	Unternehmensreorganisationsgesetz, BGBl I 1997/114 (idgF)
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VPR 2010	Verrechnungspreisrichtlinien 2010, Richtlinie des BMF vom 28.10.2010, BMF-010221/2522-IV/4/2010
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
wN	weitere Nachweise
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung, RGBl 1895/113 (idgF)
zust	zustimmend
zutr	zutreffend

C. Verzeichnis abgekürzt zitierter Literatur

A. Mayer, Haftung	*A. Mayer*, Die Haftung des Kommanditisten in der Kommanditgesellschaft (1933)
A. Meyer, Übertragung	*A. Meyer*, Die rechtsgeschäftliche Übertragung von Kommanditanteilen (1993)
ABGB-ON	*Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (2010 ff)
AFRAC, EK der Co KG	*Austrian Financial Reporting and Auditing Committee*, Stellungnahme – Die Darstellung des Eigenkapitals im Jahresabschluss der GmbH & Co KG (Stand: März 2012)
Armbruster	*Armbruster*, Die Stellung des haftenden Gesellschafters in der Insolvenz der Personenhandelsgesellschaft nach geltendem und künftigen Recht (1996)
Artmann/Rüffler/U. Torggler, GmbH & Co KG	*Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011)
Baumbach/Hopt, HGB[36]	*Hopt/Merkt/M. Roth/Kumpan*, Handelsgesetzbuch[36] (2014), begründet von *Adolf Baumbach*
Baumbach/Hueck, GmbHG[20]	*Hueck* (Hrsg), GmbH-Gesetz[20] (2013), begründet von *Adolf Baumbach*
Becker/Lutz/Back, Kompaktlexikon Rechnungswesen[3]	*Becker/Lutz/Back*, Gabler Kompaktlexikon Modernes Rechnungswesen[3] (2011)
Bergmann/Ratka, PersGes	*Bergmann/Ratka* (Hrsg), Handbuch Personengesellschaften (2011)
Bertl ea, GmbH & Co KG	*Bertl/D. Mandl/G. Mandl/Ruppe* (Hrsg), GmbH oder GmbH & Co KG? (2000)
Bertl ea, PersGes	*Bertl/Eberhartinger/Egger/Kalss/Lang/N. Nowotny/Riegler/ Schuch/Staringer* (Hrsg), Die Personengesellschaft im Unternehmens- und Steuerrecht (2013)
Bertl/Mandl, Handbuch RLG	*Bertl/D. Mandl* (Hrsg), Handbuch zum Rechnungslegungsgesetz (1991 ff)
Canaris, Vertrauenshaftung	*Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1971)
D. Mandl, Lexikon	*D. Mandl*, Das große Lexikon Rechnungswesen und Rechnungslegung (2003)
Doralt/Nowotny/Kalss, AktG[2]	*Doralt/C. Nowotny/Kalss* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz[2] (2012)
Duursma ea, Hdb GesR	*Duursma/Duursma-Kepplinger/Marianne Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007)
E. Hüffer	*E. Hüffer*, Die Haftung des Kommanditisten bei der Übertragung seines Kommanditanteils auf einen Dritten (1996)
Ebenroth ea, HGB I[3]	*Joost/Strohn* (Hrsg), Handelsgesetzbuch I[3] (2014), mitbegründet von *Thomas Ebenroth* und *Karlheinz Boujong*
Ensthaler, HGB[8]	*Ensthaler* (Hrsg), Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch mit UN-Kaufrecht, 8. Auflage (2015)
F. Bydlinski, Methodenlehre[2]	*F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff[2] (1991)
F. Bydlinski, Privatautonomie	*F. Bydlinski,* Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (1967)

Fasching/Konecny[2]	*Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen[2] (2000 ff)
Frank, Kapitalerhaltung	*Frank*, Die Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG (2009)
Fromm	*Fromm*, Gläubigerschutz durch Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in KG und GmbH (1979)
G.H. Roth/Fitz, UntR[2]	*G.H. Roth/Fitz*, Unternehmensrecht – Handels- und Gesellschaftsrecht[2] (2006)
GedS W.-D. Arnold	*Arnold, Nikolaus* (Hrsg), Die GmbH & Co KG (2011)
GroßK HGB II[4]	*Canaris/Schilling/Ulmer* (Hrsg), Handelsgesetzbuch Großkommentar II[4] (2004), begründet von *Hermann Staub*
GroßK HGB IV[5]	*Canaris/Habersack/Schäfer* (Hrsg), Handelsgesetzbuch Großkommentar IV[5] (2015), begründet von *Hermann Staub*
Günter	*Günter*, Die Aufbringung und Erhaltung des Haftkapitals in KG und GmbH unter besonderer Berücksichtigung der GmbH & Co. KG (1975)
H. P. Westermann, Vertragsfreiheit	*H. P. Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften (1970)
Harrer	*Harrer*, Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens (2010)
Heidel/Schall, HGB	*Heidel/Schall* (Hrsg), Handelsgesetzbuch – Handkommentar (2011)
Henssler/Strohn, GesR[2]	*Henssler/Strohn* (Hrsg), Gesellschaftsrecht[2] (2014)
Heymann, HGB II[2]	*Horn* (Hrsg), Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht) II, 2. Auflage (1996), begründet von *Heymann*
Hirschler, Bilanzrecht	*Hirschler* (Hrsg), Bilanzrecht Kommentar (2013)
Höhne	*Höhne*, Die Ltd. & Co. KG (2011)
Huber	*Huber*, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts (1970)
Hüffer/Koch, AktG[12]	*Koch, Jens*, Aktiengesetz[12] (2016), begründet von *Uwe Hüffer*
J. Meyer	*J. Meyer*, Haftungsbeschränkung im Recht der Handelsgesellschaften (2000)
Jabornegg/Artmann, UGB I[2]	*Jabornegg/Artmann* (Hrsg), UGB I[2] (2010)
Jabornegg/Strasser, AktG[5]	*Jabornegg/Strasser* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz[5] (2010 f)
K. Schmidt, GesR[4]	*K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht[4] (2002)
K. Schmidt, Einlage	*K. Schmidt*, Einlage und Haftung des Kommanditisten (1977)
Kalss/Nowotny/Schauer, GesR	*Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008)
Kirsch	*Kirsch*, Einlageleistung und Einlagerückgewähr im System der Kommanditistenhaftung (1995)
Koch	*Koch,* Eigenkapitalleistungen und eigenkapitalersetzende Leistungen des Kommanditisten in der gesetzestypischen Kommanditgesellschaft (1992)
Koller ea, HGB[8]	*Koller/Kindler/W.-H. Roth/Morck*, Handelsgesetzbuch[8] (2015)
KölnKomm AktG[2]	*Zöllner* (Hrsg), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz[2] (1988)
Konecny/Schubert	*Konecny/Schubert* (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (1997 ff)
Konietzko	*Konietzko*, Zur Haftung des Kommanditisten (1979)

Konwitschka	*Konwitschka*, Kapitalerhöhung durch Verrechnung von Gesellschafterforderungen (1998)
Koppensteiner/Rüffler, GmbHG[3]	*Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz[3] (2007)
Körmann	*Körmann*, Zur Haftung bei Einlagenrückgewähr in der KG, besonders in der GmbH & Co. KG (1981)
Kornblum	*Kornblum*, Die Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten von Personengesellschaften (1972)
Krejci, GesR I	*Krejci*, Gesellschaftsrecht I (2005)
Küpper, Handwörterbuch[4]	*Küpper/Wagenhofer* (Hrsg), Handwörterbuch Unternehmensrechnung und Controlling[4] (2002)
Leitner, Handbuch[2]	*Leitner* (Hrsg), Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung[2] (2014)
Leven	*Leven*, Zur persönlichen Haftung des Kommanditisten im Gesellschaftskonkurs (1966)
Lichtenberg	*Lichtenberg*, Das Erfordernis der Gegenseitigkeit bei der Konkursaufrechnung durch einen Kommanditisten gegen die Inanspruchnahme aus § 171 Abs 2 HGB (1981)
Lutter/Hommelhoff, GmbHG[18]	*Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter*, Kommentar zum GmbH-Gesetz[18] (2012)
Lutz, Protokolle AHGB	*Lutz* (Hrsg), Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches – Protokoll (1858)
Michalski, GmbHG[2]	*Michalski* (Hrsg), Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung[2] (2010)
Mossmann	*Mossmann*, Die Haftung des Kommanditisten in der unterkapitalisierten KG (1978)
Motive zum preußischen Entwurf	*oV*, Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten nebst Motiven (1857)
MüHdb GesR II[4]	*Gummert/Weipert* (Hrsg), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts II[4] (2014)
MüKo AktG[3]	*Goette/Habersack/Kalss* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz[3] (2008 ff)
MüKo GmbHG[2]	*Fleischer/Goette* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung I[2] (2015)
MüKo HGB[3]	*K. Schmidt* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch III[3] (2012)
Müßigbrodt, Aufrechnung	*Müßigbrodt*, Die haftungsbefreiende Aufrechnung des Kommanditisten (1980)
Oetker, HGB[4]	*Oetker, Hartmut* (Hrsg), Kommentar zum Handelsgesetzbuch[4] (2015)
Pauli	*Pauli*, Das Eigenkapital der Personengesellschaften (1990)
Potsch	*Potsch*, Grundfragen der Kommanditistenhaftung (2012)
Preußischer Entwurf	*oV*, Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten nebst Motiven (1857)
Reich-Rohrwig	*Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004)
Rieder/Huemer, GesR[3]	*Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] (2013)
RK UGB	*Krejci* (Hrsg), Reform-Kommentar zum UGB/ABGB (2007)
Röhricht/v. Westphalen, HGB	*Röhricht/v. Westphalen* (Hrsg), Handelsgesetzbuch (1998)

Röhricht/v. Westphalen/Haas, HGB[4]	*Röhricht/v. Westphalen/Haas* (Hrsg), Handelsgesetzbuch[4] (2014)
Rummel[3]	*Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch[3] (2000 ff)
Schlegelberger, HGB II[4]	*Schlegelberger* (Hrsg), Handelsgesetzbuch II[4] (1963)
Scholz, GmbHG[11]	*Scholz* (Begr), Kommentar zum GmbH-Gesetz[11] (2012-2015)
Straube, HGB	*Straube* (Hrsg), Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit einschlägigen Rechtsvorschriften (1987)
Straube, HGB I[3]	*Straube, Manfred* (Hrsg), Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit einschlägigen Rechtsvorschriften I[3] (2003)
Trenker	*Trenker*, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012)
Tschierschke	*Tschierschke*, Das Ausscheiden eines Kommanditisten und die Stellung des Ausgeschiedenen im Konkurs der Gesellschaft (1976)
U. Torggler, GesR AT	*U. Torggler*, Gesellschaftsrecht – AT und Personengesellschaften (2013)
Ulmer, GmbHG[2]	*Ulmer/Habersack/Löbbe* (Hrsg), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Großkommentar[2] (2013 ff)
Westermann, Hdb PersGes	*Westermann/Wertenbruch* (Hrsg), Handbuch der Personengesellschaften – systematische Darstellung in gesellschaftsrechtlicher, betriebswirtschaftlicher, steuerrechtlicher und arbeitsrechtlicher Sicht (1976 ff)
Wiedemann, GesR II	*Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II (2004)
Windbichler, Gesellschaftsrecht[23]	*Windbichler*, Gesellschaftsrecht – ein Studienbuch[23] (2013)
WK GmbHG	*Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2008 ff)
WK StGB[2]	*Höpfel, Frank/Ratz, Eckart*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch[2] (2016)
WK UGB	*Straube, Manfred/Ratka, Thomas/Rauter, Roman* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch I[4] (2009 ff), II[3] (2011 ff)
Zacher	*Zacher*, Kapitalsicherung und Haftung in der GmbH & Co. KG (1992)

D. Bibliographie

1. Monographien und Handbücher

Armbruster, Ekkehard, Die Stellung des haftenden Gesellschafters in der Insolvenz der Personenhandelsgesellschaft nach geltendem und künftigen Recht (1996)

Arnold, Nikolaus (Hrsg), Die GmbH & Co KG (=GedS W.-D. Arnold, 2011)

Artmann, Eveline/Rüffler, Friedrich/Torggler, Ulrich (Hrsg), Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011)

Becker, Wolfgang/Lutz, Stefan/Back, Christian, Gabler Kompaktlexikon Modernes Rechnungswesen[3] (2011)

Bergmann, Sebastian/Ratka, Thomas (Hrsg), Handbuch Personengesellschaften (2011)

Bertl, Romuald/Deutsch-Goldoni, Eva/Hirschler, Klaus, Buchhaltungs- und Bilanzierungshandbuch[8] (2013)

Bertl, Romuald/Eberhartinger, Eva/Egger, Anton/Kalss, Susanne/Lang, Michael/Nowotny, Christian/Riegler, Christian/Schuch, Josef/Staringer, Claus (Hrsg), Die Personengesellschaft im Unternehmens- und Steuerrecht (2013)

Bertl, Romuald/Mandl, Dieter (Hrsg), Handbuch zum Rechnungslegungsgesetz (1991 ff)

Bertl, Romuald/Mandl, Dieter/Mandl, Gerwald/Ruppe, Hans Georg (Hrsg), GmbH oder GmbH & Co KG? (2000)

Bydlinski, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff[2] (1991)

Bydlinski, Franz, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (1967)

Canaris, Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1971)

Canaris, Claus-Wilhelm/Habersack, Mathias/Schäfer, Carsten (Hrsg), Handelsgesetzbuch Großkommentar IV[5] (2015), begründet von *Hermann Staub*

Canaris, Claus-Wilhelm/Schilling, Wolfgang/Ulmer, Peter (Hrsg), Handelsgesetzbuch Großkommentar II[4] (2004), begründet von *Hermann Staub*

Coenenberg, Adolf G./Fischer, Thomas M./Günther, Thomas, Kostenrechnung und Kostenanalyse[8] (2012)

Damböck, Andreas/Galla, Harald/Nowotny, Clemens (Hrsg), Verrechnungspreisrichtlinien (2012)

Dellinger, Markus, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation (2001)

Doralt, Peter/Nowotny, Christian/Kalss, Susanne (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz[2] (2012)

Duursma, Dieter/Duursma-Kepplinger, Henriette-Christine/Roth, Marianne, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007)

Ensthaler, Jürgen (Hrsg), Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch mit UN-Kaufrecht[8] (2015)

Fasching, Hans Walter/Konecny, Andreas, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen[2] (2000 ff)

Fichtinger, Wolfgang, Die gesetzliche Aufrechnung im Insolvenzverfahren (Diss 2013)

Fleischer, Holger/Goette, Wulf (Hrsg), Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung I[2] (2015)

Frank, Stefan, Die Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG (Diss 2009)

Fromm, Rüdiger, Gläubigerschutz durch Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in KG und GmbH (1979)

Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne (Hrsg), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz[3] (2008 ff)

Gruber, Michael/Harrer, Friedrich (Hrsg), GmbHG (2014)

Gummert, Hans/Weipert, Lutz (Hrsg), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts II[4] (2014)

Günter, Manfred, Die Aufbringung und Erhaltung des Haftkapitals in KG und GmbH unter besonderer Berücksichtigung der GmbH & Co. KG (1975)

Harrer, Friedrich, Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens (2010)

Heidel, Thomas/Schall, Alexander (Hrsg), Handelsgesetzbuch – Handkommentar (2011)

Henssler, Martin/Strohn, Lutz (Hrsg), Gesellschaftsrecht[2] (2014)

Hirschler, Klaus (Hrsg), Bilanzrecht Kommentar (2013)

Höhne, Thorsten, Die Ltd. & Co. KG (2011)

Höpfel, Frank/Ratz, Eckart (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch[2] (2016)

Hopt, Klaus/Merkt, Hanno/Roth, Markus/Kumpan, Christoph, Handelsgesetzbuch[36] (2014), begründet von *Adolf Baumbach*

Horn, Norbert (Hrsg), Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht) II[2] (1996), begründet von *Ernst Heymann*

Huber, Ulrich, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts (1970)

Hueck, Alfred (Hrsg), GmbH-Gesetz[20] (2013), begründet von *Adolf Baumbach*

Hüffer, Eduard, Die Haftung des Kommanditisten bei der Übertragung seines Kommanditanteils auf einen Dritten (1996)

Jabornegg, Peter (Hrsg), Kommentar zum HGB (1997)

Jabornegg, Peter/Artmann, Eveline (Hrsg), UGB I[2] (2010)

Jabornegg, Peter/Strasser, Rudolf (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz[5] (2010 f)

Joost, Detlef/Strohn, Lutz (Hrsg), Handelsgesetzbuch I[3] (2014), mitbegründet von *Thomas Ebenroth* und *Karlheinz Boujong*

Kalss, Susanne/Eckert, Georg, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005)

Kalss, Susanne/Nowotny, Chrstian/Schauer, Martin, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008)

Kalss, Susanne/Torggler, Ulrich (Hrsg), Einlagenrückgewähr (2014)

Kastner, Walther/Stoll, Gerold (Hrsg), Die GmbH & Co KG im Handels-, Gewerbe- und Steuerrecht[2] (1977)

Kirsch, Andreas, Einlageleistung und Einlagerückgewähr im System der Kommanditistenhaftung (1995)

Kletečka, Andreas/Schauer, Martin (Hrsg), ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (2010 ff)

Koch, Jens, Aktiengesetz[12] (2016), begründet von *Uwe Hüffer*

Koch, Sabine, Eigenkapitalleistungen und eigenkapitalersetzende Leistungen des Kommanditisten in der gesetzestypischen Kommanditgesellschaft (1992)

Koller, Ingo/Kindler, Peter/Roth, Wulf-Henning/Morck, Winfried, Handelsgesetzbuch[8] (2015)

Konecny, Andreas/Schubert, Günter (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (1997 ff)

Konietzko, Eva-Maria, Zur Haftung des Kommanditisten (1979)

Konwitschka, Peter, Kapitalerhöhung durch Verrechnung von Gesellschafterforderungen (1998)

Koppensteiner, Hans-Georg/Rüffler, Friedrich, GmbH-Gesetz[3] (2007)

Köppl, Julia, Das Verbot der „Einlagenrückgewähr" unter besonderer Berücksichtigung Dritter (Diss 2014)

Körmann, Rüdiger, Zur Haftung bei Einlagenrückgewähr in der KG, besonders in der GmbH & Co. KG (1981)

Kornblum, Otto, Die Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten von Personengesellschaften (1972)

Krejci, Heinz (Hrsg), Reform-Kommentar zum UGB/ABGB (2007)

Krejci, Heinz, Gesellschaftsrecht I (2005)

Kruschwitz, Lutz, Investitionsrechnung[13] (2011)

Küpper, Hans-Ulrich/Wagenhofer, Alfred (Hrsg), Handwörterbuch Unternehmensrechnung und Controlling[4] (2002)

Leitner, Roman (Hrsg), Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung[2] (2014)

Leven, Klaus, Zur persönlichen Haftung des Kommanditisten im Gesellschaftskonkurs (Diss 1966)

Lichtenberg, Georg-Christoph, Das Erfordernis der Gegenseitigkeit bei der Konkursaufrechnung durch einen Kommanditisten gegen die Inanspruchnahme aus § 171 Abs 2 HGB (1981)

Lutz, Johann (Hrsg), Protokolle der Kommission zur Berathung eines deutschen Handelsgesetzbuches (1858)

Mandl, Dieter, Das große Lexikon Rechnungswesen und Rechnungslegung (2003)

Mayer, Arthur, Die Haftung des Kommanditisten in der Kommanditgesellschaft (1933)

Medicus, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB[7] (1997)

Meyer, Andreas, Die rechtsgeschäftliche Übertragung von Kommanditanteilen (1993)

Meyer, Justus, Haftungsbeschränkung im Recht der Handelsgesellschaften (2000)

Michalski, Lutz (Hrsg), Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung[2] (2010)

Mossmann, Axel, Die Haftung des Kommanditisten in der unterkapitalisierten KG (1978)

Müßigbrodt, Frank-Jürgen, Die haftungsbefreiende Aufrechnung des Kommanditisten (1980)

Oetker, Hartmut (Hrsg), Kommentar zum Handelsgesetzbuch[4] (2015)

Oldenstädt, Jan, Bilanzrecht der Kommanditgesellschaft (1996)

oV, Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten nebst Motiven (1857)

Pauli, Raimund, Das Eigenkapital der Personengesellschaften (1990)

Pisko, Oskar, Entwurf eines Handelsgesetzbuches (für Österreich) im Auftrage des Staatsamtes für Justiz (1920)

Poggensee, Kay, Investitionsrechnung[2] (2011)

Potsch, Nicolas A., Grundfragen der Kommanditistenhaftung (2012)

Reich-Rohrwig, Johannes, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004)

Rieder, Bernhard/Huemer, Daniela, Gesellschaftsrecht[3] (2013)

Röhricht, Volker/v. Westphalen, Friedrich (Hrsg), Handelsgesetzbuch (1998)

Röhricht, Volker/v. Westphalen, Friedrich/Haas, Ulrich (Hrsg), Handelsgesetzbuch[4] (2014)

Roth, Günter Hermann/Fitz, Hanns, Unternehmensrecht – Handels- und Gesellschaftsrecht[2] (2006)

Rummel, Peter (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch[3] (2000 ff)

Ruppe, Hans Georg/Jud, Waldemar, Der negative Kapitalanteil des Kommanditisten (1975)

Schlegelberger, Franz (Hrsg), Handelsgesetzbuch II[4] (1963)

Schmidt, Karsten (Hrsg), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch III[3] (2012)

Schmidt, Karsten, Einlage und Haftung des Kommanditisten (1977)

Schmidt, Karsten, Gesellschaftsrecht[4] (2002)

Scholz, Franz (Begr), Kommentar zum GmbH-Gesetz[11] (Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2012-2015)

Schulze zur Wiesche, Dieter/Ottersbach, Jörg, GmbH & Co.KG[3] (2005)

Schwimann, Michael/Kodek, Georg (Hrsg), ABGB Praxiskommentar IV[4] (2014)

Straube, Manfred (Hrsg), Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit einschlägigen Rechtsvorschriften (1987)

Straube, Manfred (Hrsg), Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit einschlägigen Rechtsvorschriften[3] (2003)

Straube, Manfred/Ratka, Thomas/Rauter, Roman (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch I[4] (2009 ff), II[3] (2011 ff)

Straube, Manfred/Ratka, Thomas/Rauter, Roman (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2008 ff)

Sudhoff, Heinrich, Rechte und Pflichten des Kommanditisten[3] (1986)

Torggler, Ulrich (Hrsg), GmbHG (2014)

Torggler, Ulrich (Hrsg), UGB[2] (2016)

Torggler, Ulrich, Gesellschaftsrecht – AT und Personengesellschaften (2013)

Torggler, Ulrich, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern (2007)

Trenker, Martin, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012)

Tschierschke, Wolf, Das Ausscheiden eines Kommanditisten und die Stellung des Ausgeschiedenen im Konkurs der Gesellschaft (1976)

Ulmer, Peter/Habersack, Mathias/Löbbe, Marc (Hrsg), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Großkommentar[2] (2013 ff)

Vögele, Alexander/Borstell, Thomas/Engler, Gerhard (Hrsg), Verrechnungspreise[3] (2011)

Westermann, Harm Peter, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften (1970)

Westermann, Harm Peter/Wertenbruch, Johannes (Hrsg), Handbuch der Personengesellschaften – systematische Darstellung in gesellschaftsrechtlicher, betriebswirtschaftlicher, steuerrechtlicher und arbeitsrechtlicher Sicht (1976 ff)

Wiedemann, Herbert, Gesellschaftsrecht II (2004)

Windbichler, Christine, Gesellschaftsrecht – ein Studienbuch[23] (2013), begründet von *A. Hueck*

Winner, Martin, Wert und Preis im Zivilrecht (2008)

Wünsch, Horst, Kommentar zum GmbH-Gesetz (1987 ff)

Zacher, Thomas, Kapitalsicherung und Haftung in der Gmbh & Co. KG (1992)

Zöllner, Wolfgang (Hrsg), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz[2] (1988)

2. Beiträge

(S zu Urteilsanmerkungen das Urteilsverzeichnis)

Adel, Michael, Kommanditistenwechsel und Haftung, DStR 1994, 1580

Anzinger, Heribert, Verdeckte Einlagenrückgewähr an den (un-)tätigen Kommanditisten, in FS U.H. Schneider (2011) 15

Arnold, Wolf-Dieter, Die GmbH & Co. KG im österreichischen Recht, GmbHR 1994, 371

Artmann, Eveline, Abfindungsklauseln im Gesellschaftsvertrag – Gestaltungsmöglichkeiten, Inhalts- und Ausübungskontrolle, in *Artmann/Rüffler/Torggler, Ulrich* (Hrsg), Unternehmensbewertung und Gesellschaftsrecht (2014) 77

Artmann, Eveline, Das „Ausmaß" der Kommanditeinlage bei errichtender Umwandlung, GesRZ 1999, 26

Aumüllner, Philip, Rechtsfolgen bei Verstoß gegen die Auskunftspflicht des Kommanditisten, GesRZ 2013, 318

Bälz, Ulrich, Zur Abfindung eines Kommanditisten aus privaten Mitteln eines Mitgesellschafters, BB 1977, 1481

Barz, Carl Hans, Know How als Einbringungsgegenstand, in FS W. Schmidt (1959) 157

Bayer, Walter/Lieder, Jan, Das Agio des Kommanditisten, ZIP 2008, 809

Berg, Hans, Hauptprobleme bei den Personengesellschaften des Handelsrechts, JuS 1974, 685

Bergmann, Sebastian, Der Kommanditist als Arbeitsgesellschafter, RdW 2008, 382

Bergmann, Sebastian/Schörghofer, Paul, RÄG 2014: Keine Anwendung des kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsregimes auf verdeckte Kapitalgesellschaften! GesRZ 2014, 340

Bergmann, Sebastian/Schörghofer, Paul, Zum fortschreitenden Attraktivitätsverlust verdeckter Kapitalgesellschaften, GesRZ 2015, 373

Birnbauer, Wilhelm, Anmeldung der Herabsetzung der Haftsumme bei einer Kommanditgesellschaft, bei der kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, GES 2016, 125

Bollensen, Lars/Dörner, Ralf, Zum Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung bei eingezahltem Agio, NZG 2005, 66

Bork, Reinhard, Die Einlagefähigkeit obligatorischer Nutzungsrechte, ZHR 154 (1990) 205

Bork, Reinhard, Die Haftung des entlohnten Gesellschafter-Geschäftsführers bei der GmbH & Co. KG, AcP 184 (1984) 465

Böttcher, Lars/Kautzsch, Michael, Die Haftung des Kommanditisten bei Rückzahlung des Aufgeldes, NZG 2008, 583

Bueren, *Eckart*, Der Rechtsnachfolgevermerk bei der Übertragung von Kommanditanteilen – aktuelle Probleme im Lichte einer 70-jährigen Geschichte, ZHR 178 (2014) 715

Büscher, Dirk/Klusmann, Martin, Forthaftung und Regreß ausgeschiedener Personengesellschafter, ZIP 1992, 11

Canaris, Claus-Wilhelm, Die Rückgewähr von Gesellschaftereinlagen durch Zuwendungen an Dritte, in FS R. Fischer (1979) 31

Cebulla, Mario, Einlagenrückgewähr, Haftung und Bilanzierung beim Ausscheiden eines Kommanditisten, DStR 2000, 1917

Chalupsky, Ernst/Schmidsberger, Gerald, Rechte, Pflichten und Haftungen der Organe der GmbH und der GmbH & Co KG, in *Bertl/D. Mandl/G. Mandl/Ruppe* (Hrsg), GmbH oder GmbH & Co KG? (2000) 51

Dellinger, Markus, Personenhandelsgesellschaft, Gläubigerschutz und Vollbeendigung während eines Passivprozesses, JBl 1991, 629

Diregger, Christoph/Eckert, Georg, Gedanken zur unechten Personengesellschaft, RdW 2013, 579

Döllerer, Georg, Das Kapitalnutzungsrecht als Gegenstand der Sacheinlage bei Kapitalgesellschaften, in FS Fleck (1988) 35

Eckert, Georg, Kapitalerhöhung gegen Verrechnung von Gesellschafterforderungen, GesRZ 2011, 218

Egermann, Clemens/Winkler, Peter E.J., „Immobilisierung" des Kommanditanteils? Zur Vormännerhaftung bei Kommanditanteilsabtretung, wbl 2002, 541

Ekkenga, Jens, Zur Aktivierungs- und Einlagefähigkeit von Nutzungsrechten nach Handelsbilanz- und Gesellschaftsrecht, ZHR 161 (1997) 599

Falkenhausen, Joachim Freiherr von, Die Erbringung des „Kapitals" in der Kommanditgesellschaft, DStR 1992, 186

Faust, Florian, Der Regress gegen Mitgesellschafter bei Personenhandelsgesellschaften, in FS Schmidt, Karsten (2009) 357

Fehl, Norbert, Unbeschränkte Haftung der Kommanditisten bei der GmbH & Co. KG? BB 1976, 109

Felix, Günther, Die Haftsumme der Kommanditisten und Sacheinlage, NJW 1973, 491

Fleischer, Holger, Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2001, 1

Frank, Stefan/Kusternigg, Julia, Kapitalerhaltung bei Umstrukturierung einer GmbH & Co KG im engeren Sinn, RdW 2010, 384

Frotz, Stephan, Scheingesellschaft und Konkurs, GesRZ 1989, 96

Gassner, Wolfgang, Einlagen und Zuwendungen sowie Entnahmen im Handels- und im Ertragssteuerrecht, FJ 1990, 183

Gehling, *Anselm,* Haftungsrisiken des (Anleger-)Kommanditisten, BB 2011, 73

Geißler, Markus, Haftung und Haftungsrisiken des Kommanditisten in der GmbH & Co. KG, GmbHR 2014, 458

Gelter, Martin, Kapitalerhaltung und internationale Rechnungslegung, GesRZ 2004, 177

Gerkan, Hartwin von, Zur Aufrechnung des Kommanditisten gegen den Haftungsanspruch im Konkurs der Gesellschaft, in FS Kellermann 1991, 67

Gierke, Julius von, Das Handelsunternehmen, ZHR 111 (1947) 1

Gramlich, Willy, Die Einlageforderung der Kommanditgesellschaft gegen einen Kommanditisten als Kreditsicherungsmittel, NJW 1967, 1447

Grossmayer, Clemens, Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG, ecolex 2008, 1023

Grunewald, Barbara, Die Auswirkungen der Änderungen der Publizitätsnormen auf die Haftung der Kommanditisten, ZGR 2003, 541

Gursky, Karl-Heinz, Risikokumulation für den Kommanditisten mit Sacheinlagepflicht? DB 1978, 1261

Hadding, Walther, Rückgriff des haftenden Treuhandkommanditisten, in FS Fleck (1988, = ZGR Sonderheft 7) 71

Hadding, Walther, Zum Rückgriff des ausgeschiedenen haftenden Gesellschafters einer OHG oder KG, in FS Stimpel (1985) 139

Harrer, Friedrich, Aktuelle Haftungsprobleme des Kommanditisten, wbl 1992, 10

Harrer, Friedrich, Die Haftung des Kommanditisten für Steuerschulden, RdW 1993, 318

Harrer, Friedrich, Kommanditgesellschaft und HGB-Reform, GesRZ 2004, 85

Harrer, Friedrich, Leistung der Einlage und Aufrechnung im Recht der Kommanditgesellschaft, GesRZ 1997, 65

Harrer, Friedrich, Rückerstattungs- und Ausgleichsprobleme im Recht der Personengesellschaften, GesRZ 2008, 266

Harrer, Friedrich, Über die „Vormännerhaftung“ und Reformerfordernisse im Recht der Kommanditgesellschaft, wbl 2003, 209

Harrer, Friedrich, Vermögensbindung bei der GmbH & Co KG, wbl 2009, 328

Harrer, Friedrich, Zum Rechtsverhältnis zwischen der GmbH & Co und den Geschäftsführern der GmbH, wbl 1991, 145

Häsemeyer, Ludwig, Kommanditistenhaftung und Insolvenzrecht, ZHR 149 (1985) 42

Hofmann, Paul, Unbeschränkte Kommanditistenhaftung und gesetzliche Wertung, NJW 1969, 577

Huber, Ulrich, Eintragungsfehler bei der Abtretung von Kommanditanteilen, ZGR 1984, 146

Huber, Ulrich, Freie Rücklagen in Kommanditgesellschaften, in GedS Knobbe-Keuk (1997) 203

Huber, Ulrich, Gesellschafterkonten in der Personengesellschaft, ZGR 1988, 1

Huemer, Oskar, Das Enfant terrible im Gesellschaftsrecht, ÖJZ 1971, 257

Hüffer, Uwe, 100 Bände BGHZ: Personengesellschaftsrecht, ZHR 151 (1987) 396

Hügel, *Hanns F.*, Die Bewertung von Sacheinlagen im Handelsrecht und Steuerrecht, GesRZ 1992, 258, GesRZ 1993, 29

Hüttemann, Rainer/Meyer, André, Verlustausgleich nach § 15a Abs. 1 EStG, negative Tilgungsbestimmung und Disponibilität des § 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB, DB 2009, 1613

Igerz, Erich, Der Einfluß des Gesellschaftsrechtes auf die Gestaltung des Jahresabschlusses einer Kommanditgesellschaft nach den Bestimmungen des RLG, GesRZ 1992, 116

Immenga, Ulrich, Besprechung der Entscheidung BGHZ 60, 324, ZGR 1975, 487

Jabornegg, Peter, Haftung bei Übertragung von Kommanditanteilen und Rechtsnachfolgevermerk, GesRZ 1998, 66

Jabornegg, Peter, Zur Dogmatik der Mitwirkungspflicht bei Klagen nach §§ 117, 127 und 140 HGB, in FS Koppensteiner (2001) 105

Jacobi, Ernst, Die Haftung des Kommanditisten und die Eintragung der Haftung ins Handelsregister, JherJb 70 (1921) 300

Joost, Detlev, Eigenkapitalersetzende Kommanditistenleistungen, ZGR 1987, 370

Kalss, Susanne, Die Haftung in der Personengesellschaft, in *Bertl ea*, Die Personengesellschaft im Unternehmens- und Steuerrecht (2013)

Kalss, Susanne, Kapitalschutzregelungen der GmbH & Co KG, in GedS W.-D. Arnold (2011) 79

Kalss, Susanne/Eckert, Georg, Gläubigergefahren bei Umgründungen von Kapitalgesellschaften, GesRZ 2008, 81

Kalss, Susanne/Eckert, Georg/Schörghofer, Paul, Ein Sondergesellschaftsrecht für die GmbH & Co KG? GesRZ 2009, 65

Kalss, Susanne/Winner, Martin, Ausgewählte gesellschaftsrechtliche Judikatur in Österreich und Deutschland im vergangenen Arbeitsjahr, GesRZ 2013, 189

Karollus, Martin, Gedanken zum Kapitalschutz bei der GmbH & Co. KG, in FS Kropff (1997) 669

Karollus, Martin, Umwandlung von Darlehen in Grund- oder Stammkapital: Ein gesellschaftsrechtlich zulässiger Vorgang? ÖBA 1994, 501

Karollus, Martin, Umwandlung von Darlehen in Grund- oder Stammkapital: Ein gesellschaftsrechtlich zulässiger Vorgang? ÖBA 1994, 501

Karollus, Martin, Verstärkter Gläubigerschutz bei Insolvenz einer GmbH & Co KG, ecolex 1990, 669

Karollus, Martin, Verstärkter Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG, ecolex 1996, 860

Kastner, Walther, Ist § 1358 ABGB bei Regreßnahme eines Gesellschafters anwendbar, der die Schuld einer OHG bezahlt hat? GesRZ 1986, 1

Keuk, Brigitte, Die Haftung des Kommanditisten für die Schulden der Gesellschaft, ZHR 135 (1971) 410

Kindler, Peter, Grundfragen der Kommanditistenhaftung, JuS 2006, 865

Klimke, Dominik, Einwendungsverzicht und Rechtskrafterstreckung bei Personengesellschaften, ZGR 2006, 540

Knobbe-Keuk, Brigitte, Die unbeschränkte Kommanditistenhaftung nach § 176 HGB – Schein und Wirklichkeit, in FS Stimpel (1985) 187

Knobbe-Keuk, Brigitte, Obligatorische Nutzungsrechte als Sacheinlagen in Kapitalgesellschaften? ZGR 1980, 214

Koller, Ingo, Sicherung des Eigenkapitals bei der gesetzestypischen Kommanditgesellschaft, in FS Heinsius (1991) 357

König, Bernhard, Das „Gesellschaftsvermögen" im Konkurs der GesBR, ZIK 1996, 73

Koppensteiner , Hans-Georg, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, GesRZ 2014, 3

Koppensteiner, Hans-Georg, Forderungen gegen Beteiligungen? in FS H. Torggler (2013) 627

Koppensteiner, Hans-Georg, Haftungsprobleme bei der Übertragung von Kommanditanteilen, GesRZ 1982, 119

Koppensteiner, Hans-Georg, Über die Haftung der Kommanditisten bei Zuwendungen aus dem Vermögen einer GmbH & Co. KG, in FS Roth (2011) 395

Krejci, Heinz, Zum GmbH-rechtlichen Ausschüttungsverbot, wbl 1993, 269

Kuhn, Georg, Haftungsprobleme der GmbH & Co, in FS Heusinger (1968) 203

Lambrich, Thomas, Die Haftung bei der GmbH & Co. KG, Jura 2007, 88

Lambsdorff, H. G. Graf, Die Einwirkung des Vergleiches zur Abwendung des Konkurses und des Zwangsvergleichs der OHG (KG) auf die persönliche Haftung des Gesellschafters, MDR 1973, 362

Leupold, Petra, Prokuraerteilung an den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, RdW 2008, 191

Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter, Nachrangiges Haftkapital und Unterkapitalisierung in der GmbH, ZGR 1979, 31

Luttermann, Claus, Vermögensordnung, Kommanditistenhaftung und Scheingewinn (§ 172 HGB), NZG 2009, 1140

Mader, Peter, Neuere Judikatur zum Rechtsmißbrauch, JBl 1998, 677

Michel, Frank P., Die Inanspruchnahme des Veräußerers und des Erwerbers eines Kommanditanteils im Konkurs der KG, KTS 1991, 67

Michel, Frank P., Die Rechtsfolgen von Vermögensverschiebungen nach einer Kommanditanteilsübertragung, ZGR 1993, 118

Miglo, Anton, The Capital Structure Theory: Where Do We Stand After Crisis? Journal of Capital Structure and Financing 1/2013, 1

Mohrbutter, Jürgen, Zur Einwirkung des Konkurses der OHG auf die persönliche Haftung des Gesellschafters, NJW 1968, 1125

Moser, Gerald, Weitere Annäherung der „kapitalistischen" KG an „echte" Kapitalgesellschaften, SWK 2008, W 187

Müller, Klaus, Die Einwirkung des Konkurses der OHG auf die persönliche Haftung des Gesellschafters, NJW 1968, 225

Müßigbrodt, Frank, Haftungsbefreiende Nennwertaufrechnung und Gläubigerschutz bei Sanierungsgründungen von Kommanditgesellschaften, BB 1982, 338

Mutter, Stefan, [Rezension von Koch, Eigenkapitalleistungen und eigenkapitalersetzende Leistungen des Kommanditisten in der gesetzestypischen Kommanditgesellschaft] ZHR 157 (1993) 76

Neumann-Duesberg, Die Außenhaftung des Kommanditisten, DB 1965, 769

Nietsch, Michael, Geschäftsführerhaftung bei der GmbH & Co. KG, GmbHR 2014, 348

Nowotny, Christian, Der „lästige" Gesellschafter in der GmbH & Co KG, NZ 1982, 81

Nowotny, Christian, Die GmbH & Co KG auf dem Weg zur Kapitalgesellschaft? RdW 2009, 326

Nowotny, Christian, Gewinn, Entnahmen und Eigenkapital bei der GmbH & Co KG, in GedS W.-D. Arnold (2011) 101

Olshausen, Eberhard von, Die Aufrechnung eines Kommanditisten mit einer nicht voll werthaltigen Gegenforderung und ihre Wirkung auf die Einlageverbindlichkeit, ZGR 2001, 175

Ostheim, Rolf, Zu Rechtsgrund und Reichweite der Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen, wbl 1995, 217

oV, Der Ausweis des Eigenkapitals in der Bilanz, BBi 2014, 2

Peters, Harald, Die Haftung des Kommanditisten, RNotZ 2002, 425

Petzoldt, Rolf, Die Haftung des Kommanditisten nach Leistung seiner Einlage durch den Komplementär, DNotZ 1975, 529

Pöschke, Moritz/Steenbreker, Thomas, Kapitalerhaltung in der GmbH & Co. KG, NZG 2015, 614

Preuß, Nicola, Regreßansprüche des ausgeschiedenen Gesellschafters einer Personenhandelsgesellschaft gegen die Gesellschaft, ZHR 160 (1996) 163

Priester, Hans-Joachim, Ausschüttungen bei Abschreibungsgesellschaften und Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung, BB 1976, 1004

Priester, Hans-Joachim, Ausschüttungen bei Abschreibungsgesellschaften und Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung; Zur Auslegung von § 172 Abs 4 HGB, GesRZ 1977, 44

Priester, Hans-Joachim, Haftungsgefahren bei Zahlung von Geschäftsführerbezügen an Kommanditisten? DB 1975, 1878

Pucher, Michael, Umgründung einer GmbH & Co KG im engeren Sinn in eine GmbH, ecolex 2010, 1161

Reimer, Otto, Handelsrechtliche Probleme im Insolvenzverfahren der Personengesellschaften, ÖBA 1974, 38

Reinold, Jürgen, Die GmbH & Co KG im Licht der Rechnungslegungspflicht, GesRZ 2014, 100

Riegger, Bodo, Die Rückgewähr der Einlage eines Kommanditisten aus dem Privatvermögen eines Gesellschafters, BB 1975, 1282

Riegger, Bodo, Geschäftsführervergütung und persönliche Haftung des Kommanditisten, DB 1983, 1909

Rüffler, Friedrich, Gläubigerschutz durch Mindestkapital und Kapitalerhaltung in der GmbH – Überholtes oder sinnvolles Konzept? GES 2005, 140

Rüffler, Friedrich, Verdeckte Sacheinlagen, in FS Koppensteiner (2016) 249

Saria, Der Verein als unbeschränkt haftender Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft oder eingetragenen Erwerbsgesellschaft, ÖJZ 2002, 252

Saßenrath, Gerd Philipp, Die Kommanditistenhaftung des ehemaligen Komplementärs und seiner Rechtsnachfolger, BB 1990, 1209

Schäfer, Carsten, Zu Fragen der Treugeberhaftung bei qualifizierten Treuhandbeteiligungen an Publikumspersonengesellschaften, ZHR 177 (2013) 619

Schimka, Matthias/Schörghofer, Paul, Haftung der Gesellschafter einer GmbH & Co KG, in GedS W.-D. Arnold (2011) 115

Schlichte, Johannes, Kapitalerhaltung in der Ltd. & Co. KG, DB 2006, 1357

Schmelz, Christoph, „Überschießende Außenhaftung" des Kommanditisten – Eine systematische Darstellung, DStR 2006, 1704

Schmidt, Karsten, § 171 II HGB – eine Bestimmung nur für den Konkurs der Kommanditgesellschaft? JR 1976, 278

Schmidt, Karsten, Debt-to-Equity-Swap bei der (GmbH & Co.-) Kommanditgesellschaft, ZGR 2012, 566

Schmidt, Karsten, Die GmbH & Co. KG als Lehrmeisterin des Personengesellschaftsrechts, JZ 2008, 425

Schmidt, Karsten, Grenzen und Risiken der Binnenhaftung von Kommanditisten, DB 1995, 1381

Schmidt, Karsten, Insolvenzrisiko und gesellschaftsrechtliche Haftung, JZ 1985, 301

Schmidt, Karsten, Kapitalsicherung in der GmbH & Co. KG: Schlussbilanz oder Zwischenbilanz einer Rechtsfortbildung? GmbHR 1989, 141

Schmidt, Karsten, Kommanditisteneinlage – Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in der KG, ZGR 1976, 307

Schmidt, Karsten, Kommanditistenwechsel und Nachfolgevermerk, GmbHR 1981, 253

Schmidt, Karsten, Mittelaufbringung und Mittelverwendung bei der GmbH & Co. KG, ZIP 2008, 481

Schmidt, Karsten, Neues zur Haftung bei der Schein-KG und zur Kommanditistenhaftung bei Sanierungsgründungen, JZ 1974, 219

Schmidt, Karsten, Obligatorische Nutzungsrechte als Sacheinlagen? ZHR 154 (1990) 237

Schmidt, Karsten, Quasi-Eigenkapital als haftungsrechtliches und als bilanzrechtliches Problem, in FS Goerdeler (1987) 487

Schmidt, Karsten, Zur Bareinlage durch Verrechnung und Aufrechnung in der Kommanditgesellschaft, ZGR 1986, 152

Schmidt, Karsten, Zur Haftsumme des Kommanditisten bei Sacheinlageversprechen, DB 1977, 2313

Schön, Wolfgang, Die stille Beteiligung an dem Handelsgewerbe einer Kommanditgesellschaft, ZGR 1990, 220

Schopper, Alexander/Walch, Mathias, Geschäftsführerhaftung in der GmbH & Co KG, NZ 2016, 163

Schuhmacher, Florian, Forderungseinbringung gegen Eigenkapital bei der GmbH – Kritische Überlegungen zur Kapitalaufbringung, in FS Aicher (2012) 729

Schulze-Osterloh, Joachim, Aktivierung, Ertragsausweis und Kapitalrücklage einer Kapitalgesellschaft beim kostenlosen oder verbilligten Erwerb von Vermögensgegenständen von ihrem Gesellschafter, NZG 2014, 1

Schulze-Osterloh, Joachim, Handelsrechtliche Ergänzungsbilanzen der Gesellschafter einer Personengesellschaft, ZGR 1991, 488

Schummer, Gerhard, § 82 GmbHG als Analogiebasis für die GmbH & Co KG? in FS Koppensteiner (2016) 303

Schürnbrand, Jan, Publikumspersonengesellschaften in Rechtsprechung und Literatur, ZGR 2014, 256

Schwalb, Max, Die Haftung des Kommanditisten nach dem „Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch“, ZHR 34 (1888) 338

Steckhan, Hans-Werner, Gesellschaftsvermögen der Kommanditgesellschaft und Privatvermögen des Komplementärs, DNotZ 1974, 69

Stölzle, Carl, Die GesmbH & Co., ÖJZ 1961, 623

Stölzle, Carl, Die Hafteinlage und die Pflichteinlage des Kommanditisten, GesRZ 1980, 204

Straube, Manfred, „Geschäftsführerbezug“ des Kommanditisten und Gesellschafterhaftung, GesRZ 1980, 1

Straube, Manfred, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Co., ÖBA 1970, 264

Stumpf, Wolf, Rechtsprobleme bei der Inanspruchnahme des (mittelbaren) Kommanditisten aus § 172 Abs. 4 HGB, BB 2012, 1429

Sudhoff, Heinrich, Verlustausschlußklausel und Kommanditistenhaftung, DB 1973, 2175

Szep, Christoph, Umgründung iZm Personengesellschaften im Lichte jüngster OGH-Rsp zur Kapitalerhaltung, ecolex 2001, 804

Teichmann, Christoph, Die Auslandsgesellschaft & Co. ZGR 2014, 220

Theiselmann, Rüdiger, Die Kapitalaufbringung in der GmbH & Co. KG, GmbHR 2008, 521

Timme, Michael, Die persönliche Haftung der Kommanditisten bei Rückzahlung eines Agios, MDR 2008, 959

Torggler, Ulrich, „Moser, Weitere Annäherung der ‚kapitalistischen' KG an ‚echte' Kapitalgesellschaften, SWK 2008, W187" GBU 2008/12/08

Torggler, Ulrich, Die GmbH & Co KG in Gründung, in GedS W.-D. Arnold (2011) 57

Torggler, Ulrich, Fünf (Anti-)Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 85

Torggler, Ulrich, Rechtsfolgen verbotener Vermögensverlagerungen, in *Kalss, Susanne/Torggler, Ulrich* (Hrsg), Einlagenrückgewähr (2014) 89

Torggler, Ulrich, Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit im Wirtschaftsprivatrecht, JBl 2011, 762

Torggler, Ulrich/Torggler, Hellwig, 15 Jahre „Fehringer" – Zur Einlagenrückgewähr über und an Dritte, insb durch Sicherheiten, in FS Jud (2012) 723

Ullrich, Klaus, Grundstücke im Gesellschafts- und im Betriebsvermögen einer Kommanditgesellschaft, NJW 1974, 1486

Unger, Klaus, Die Haftung des ausgeschiedenen Kommanditisten im Konkurs der KG, KTS 1960, 33

Voigt, Daniel, Leistung der Hafteinlage des Kommanditisten in einer Fremdwährung, NZG 2008, 933

von Braunbehrens (Vorname unbekannt), Die Haftung des Kommanditisten, DR 1941, 1134

Walzel, Gustav, Haftungsbeschränkung mit Lücken, SWK 2000, S 468

Warto, Patrick, Gesellschafterhaftung und Dritthaftung, GesRZ 2008, 147

Weber, Dolf/Jansen, Michael, Unbeschränkt haftende Kommanditisten in der GmbH & Co. KG, NJW 1971, 1678

Weimar, Robert, Haftung und Verlustbeteiligung des Kommanditisten, DStR 1997, 1730

Wenger, Thomas, Zur Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG, RWZ 2005, 326

Westermann, Harry, Ausgleichsansprüche des Kommanditisten, dessen Haftsumme die Pflichteinlage übersteigt, bei Inanspruchnahme von Gläubigern der KG, in FS Barz (1974) 81

Wiedemann, Herbert, Beschränkte und unbeschränkte Kommanditistenhaftung, in FS Bärmann (1975) 1037

Winkler, Karl, Die Haftungsverfassung der GmbH & Co. (KG), NJW 1969, 1009

Wünsch, Horst, Die Einlage bei OHG und KG, GesRZ 1978, 1, 51

Wünsch, Horst, Die Gesellschafterkonten einer Personalgesellschaft in juristischer Sicht, GesRZ 1974, 34

Wünsch, Horst, Verlusttragung und Haftungsübernahme durch den Kommanditisten, in FS Wilburg (1975) 477

Zinger, Georg, Die Haftung des Treugebers bei der Treuhand an Personengesellschaftsanteilen, BB 2014, 458

E. Urteilsverzeichnis

1. Österreich

a. OGH

16.2.1955, 3 Ob 839/54 SZ 28/48

22.12.1976, 1 Ob 797, 802/76 SZ 49/163

21.9.1978, 7 Ob 607/78 SZ 51/130 = GesRZ 1979,74

25.3.1981,6 Ob 743/80 SZ 54/42

1.7.1982, 7 Ob 647/82 SZ 55/103 = JBl 1984,45 = GesRZ 1982,314

28.11.1985, 6 Ob 757/83

27.8.1987, 6 Ob 622/85 SZ 60/150 = wbl 1987,342

25.2.1988, 6 Ob 692/86 RdW 1988,162

28.6.1988, 2 Ob 517/88 GesRZ 1989,38 [*Ostheim*]

27.6.1989, 4 Ob 540, 1517, 1518/89

9.2.1995, 8 Ob 16/94 SZ 68/28

27.9.1995, 7 Ob 1658/95

21.12.1995, 2 Ob 594/95

24.7.1996, 8 Ob 2124/96b SZ 69/166

12.9.1996, 8 Ob 2035/96i

14.10.1997, 1 Ob 2322/96v SZ 70/197

14.01.1998, 3 Ob 323/97i RdW 1998, 276

26.2.1998, 6 Ob 335/97a SZ 71/42 = RdW 1998, 384 [*C. Nowotny*] = ecolex 1998, 557 [*Szep*]

19.5.1998, 7 Ob 38/98h

20.5.1999, 6 Ob 27/99k

25.8.1999, 3 Ob 348/97s ZIK 2000, 24

13.4.2000, 6 Ob 8/00w

27.02.2002, 3 Ob 276/01m SZ 2002/29 = GesRZ 2002, 83 = wbl 2002, 376

22.10.2003, 3 Ob 287/02f SZ 2003/133

28.6.2005, 10 Ob 58/05k

1.12.2005, 6 Ob 271/05d JBl 2006, 388 [*Artmann*]

7.11.2007, 6 Ob 235/07p SZ 2007/175

29.5.2008, 2 Ob 225/07p RWZ 2008, 260 [*Wenger*] = GesRZ 2008,310 [*Stingl*] = GES 2008,315 [*Bauer*] = JAP 2008/2009,100 [*Rauter*] = ÖBA 2009/1522 [*Bollenberger*] = SZ 2008/74

1.9.2010, 6 Ob 39/10v GesRZ 2011, 35 [*Artmann*]

1.9.2010, 6 Ob 132/10w GesRZ 2011, 47 [*Rüffler*]

29.9.2010, 7 Ob 35/10p GesRZ 2011, 110 [*Karollus*]

13.9.2012, 6 Ob 110/12p GesRZ 2013, 38 [*U. Torggler*]

16.11.2012, 6 Ob 153/12m GES 2013, 16

4.3.2013, 8 Ob 20/13v GesRZ 2013, 286

18.6.2013, 4 Ob 40/13f EvBl 2014/15

17.7.2013, 3 Ob 50/13v GES 2013, 389

17.9.2014, 6 Ob 185/13v SZ 2014/82

15.12.2014, 6 Ob 14/14y SZ 2014/125

26.11.2015, 6 Ob 193/15y

23.2.2016, 6 Ob 171/15p

26.04.2016, 6 Ob 72/16f

b. RIS-Rechtssätze

(abrufbar unter https://www.ris.bka.gv.at/Jus)

RIS-Justiz RS0059661, RS0059967, RS0061479, RS0061516, RS0061550, RS0061943, RS0061990, RS0061999, RS0062011, RS0062032, RS0062039, RS0062040, RS0062045, RS0062069, RS0062112, RS0105536, RS0105540, RS0114160, RS0116243, RS0119439

c. Sonstiges

VfGH 28.9.1998, B-2796/97 ARD 5034/18/99

VwGH 22.2.2012, 2011/16/0138

VwGH 17. 12. 2014, 2010/13/0115 ÖStZB 2015, 207

2. Deutschland

a. RG

17.1.1898, VI 299/97 RGZ 40, 146

12.2.1902, I 333/01 RGZ 51, 33

2.5.1906, I 448/05 RGZ 63, 265

26.2.1907, II 373/06 JW 1907, 275

4.7.1922, II B 2/22 RGZ 105, 101

30.9.1944, GSE 39/43 WM 1964, 1130 = DNotZ 1944, 195 [*Donner*]

b. BGH

20.3.1958, II ZR 2/57 NJW 1958, 787 = BGHZ 27, 51 = LM § 172 HGB Nr 1 [*Fischer*]

19.5.1958, II ZR 83/57 LM § 171 HGB Nr 1 = NJW 1958, 1139

2.7.1962, II ZR 204/60 BGHZ 37, 299

9.5.1963, II ZR 124/61 NJW 1963, 1873 = BGHZ 39, 319 = LM § 172 HGB Nr 2-4 [*Fischer*]

17.9.1964, II ZR 162/62 BGHZ 42, 192 = LM § 171 HGB Nr 5 [*Fischer*]

17.3.1966, II ZR 282/63 BGHZ 45, 204 = NJW 1966, 1309 = LM § 171 HGB Nr 7 [*Fischer*]

13.2.1967, II ZR 158/65 NJW 1967, 1321 = BGHZ 47, 149

3.3.1969, II ZR 222/67 BGHZ 51, 391 = LM § 171 HGB Nr 9 [*Fleck*]

29.11.1971, II ZR 181/68 WM 1972, 21

9.12.1971, II ZR 33/68 BGHZ 58, 72 = NJW 1972, 480

18.1.1973, II ZR 114/71 BGHZ 61, 149

29.3.1973, II ZR 25/70 BGHZ 60, 324 = NJW 1973, 1036 = ZGR 1975, 487 [*Immenga*]

21.5.1973, II ZR 22/72 WM 1973, 778

25.6.1973, II ZR 133/70 NJW 1973, 1691 = BGHZ 61, 59

1.7.1974, II ZR 115/72 NJW 1974, 2000

19.12.1974, II ZR 27/73 BGHZ 63, 338 = DNotZ 1976, 233 [*Recker*]

20.10.1975, II ZR 214/74 NJW 1976, 751 = BB 1976, 383 = LM § 171 HGB Nr 16 = WM 1976, 130

10.11.1975, II ZR 202/74 NJW 1976, 418

28.3.1977, II ZR 230/75 NJW 1977, 1820

28.1.1980, II ZR 250/78 BGHZ 76, 127 = NJW 1980, 1163

24.3.1980, II ZR 213/77 BGHZ 76, 326

28.9.1981, II ZR 196/80 ZIP 1981, 1334

26.10.1981, II ZR 176/80 WM 1982, 5

17.5.1982, II ZR 16/81 NJW 1982, 2253 [*K. Schmidt*] = LM § 171 HGB Nr 21

12.7.1982, II ZR 201/81 BGHZ 84, 383 = NJW 1982, 2500 [*K. Schmidt*]

30.4.1984, II ZR 132/83 NJW 1984, 2290

10.12.1984, II ZR 28/84 BGHZ 93, 159

14.1.1985, II ZR 103/84 BGHZ 93, 246 = NJW 1985, 1776 = EWiR § 172 HGB 1/85 [*K. Schmidt*] = LM § 172 HGB Nr 14 = JZ 1985, 1001 [*Kornblum*]

8.7.1985, II ZR 269/84 BGHZ 95, 188 = LM § 171 HGB Nr 23 = EWiR § 171 HGB 2/85 [*Crezelius*]

1.12.1986, II ZR 306/85 WM 1987, 348

11.5.1987, II ZR 226/86 NJW 1988, 139

21.3.1988, II ZR 238/87 BGHZ 104, 33

11.12.1989, II ZR 78/89 BGHZ 109, 334 = LM § 172 HGB Nr 15 = EWiR § 172 HGB 1/90 [*Crezelius*]

19.2.1990, II ZR 268/88 EWiR § 30 GmbHG 3/90 [*Bergmann*] = BGHZ 110, 342 = WuB II G. § 30 GmbHG 3.91 [*Werner*]

2.7.1990, II ZR 139/89 NJW 1990, 3145 = JuS 1991, 155 [*K. Schmidt*]

14.1.1991, II ZR 112/90 BGHZ 113, 216 = NJW 1991, 922 = LM § 171 HGB Nr 27 = EWiR § 171 HGB 1/91 [*K. Schmidt*]

10.10.1994, II ZR 220/93 WM 1994, 2242

27.3.1995, II ZR 30/94 NJW 1995, 1960 = LM § 30 GmbHG Nr 49

27.1.1997, II ZR 123/94 BGHZ 134, 333

15.5.2000, II ZR 359/98 BB 2000, 1643

17.12.2001, II ZR 382/99 NZG 2002, 232 = WuB IV E § 110 HGB 1.02 [*Reusch*]

14.6.2004, II ZR 121/02 NZG 2004, 910

20.6.2005, II ZR 252/03 NZG 2005, 807

9.7.2007, II ZR 95/06 NZG 2007, 822 = WM 2007, 1885

10.12.2007, II ZR 180/06 BGHZ 174, 370 = WuB II G. § 19 GmbHG 1.08 [*von Gerkan*]

5.5.2008, II ZR 105/07 NZG 2008, 506 = BB 2008, 1356 [*Kessler*] = EWiR 2008, 437 [*Lieder*]

20.4.2009, II ZR 88/08 NJW 2009, 2126 = EWiR § 172 HGB 1/09 [*Gehling*] = NZG 2009, 746

25.5.2009, II ZR 99/08 NJW 2009, 2378

22.3.2011, II ZR 224/08 BB 2011, 1807 [*Stumpf*]

22.3.2011, II ZR 216/09 EWiR 2011, 567 [*Gehling*]

22.3.2011, II ZR 271/08 WuB II F. § 171 HGB 1.11 [*Lieder*] = EWiR § 171 HGB 1/11 [*Wertenbruch*] = NZG 2011, 588

26.4.2012, IX ZR 149/11 WM 2012, 1205 = WuB VI A. § 96 InsO 1.13 [*Blum*]

28.6.2012, IX ZR 191/11 WM 2012, 1874 = WuB VI A. § 39 InsO 1.13 [*Keller*]

12.3.2013, II ZR 73/11 DB 2013, 1406 = EWiR § 169 HGB 1/13 [*Knof*] = WuB II F. § 169 HGB 1.14 [*Servatius*]

12.3.2013, II ZR 74/11 BB 2013, 1809 [*Stumpf*]

18.6.2013, II ZR 86/11 BGHZ 197, 304 = ecolex 2014, 251

17.9.2013, II ZR 142/12 GmbHR 2014, 319

8.10.2013, II ZR 310/12 WM 2013, 2268 = WuB II F. § 171 HGB 1.14 [*Anzinger*]

9.12.2014, II ZR 360/13 NZG 2015, 225

c. Sonstiges

BAG 28.9.1982, 3 AZR 304/80 NJW 1983, 1869

BFH 11.10.2007, IV R 38/05 NZG 2008, 236

BFH 16.10.2008, IV R 98/06 GmbHR 2009, 274

BFH 6.3.2008, IV R 35/07 NZG 2008, 718 = GmbHR 2008, 554 [*Bitz*]

FG Nürnberg 10.12.2002, II 553/2000 DStRE 2003, 1354

LG Essen 31.10.2014, 20 O 31/14

LG Hamburg 19.12.2014, 418 HKO 52/14 NZG 2015, 237

OLG Celle 18.6.2003, 9 U 2/03 NJW-RR 2004, 1040

OLG Celle 21.1.2009, 9 U 105/08 EWiR § 171 HGB 1/09 [*Corzelius*]

OLG Celle 26.3.1973, 9 U 172/72 OLGZ 1973, 343

OLG Hamm 15.11.1976, 8 U 80/76 DB 1977, 717 = BeckRS 1976, 01266

OLG Hamm 19.5.1999, 8 U 298/98 NZG 2000, 200

OLG Karlsruhe 24.11.2005, 19 U 209/04 NJOZ 2006, 4508

OLG Koblenz 4.1.1990, 6 U 938/88 ZIP 1990, 1268 = EWiR § 171 HGB 2/90 [*von Gerkan*]

OLG Köln 11.12.1981, 20 U 96/81 ZIP 1982, 181

OLG München 26.8.2015, 7 U 3400/14 ZIP 2015, 2137

OLG München 27.7.1990, 23 U 2030/90 ZIP 1990, 1266 = BB 1990, 1924 = EWiR § 172 HGB 2/90 [*Roth*]