# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

II ZR 186/13

Verkündet am:
20. Mai 2014
Stoll
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Mai 2014 durch den Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Strohn als Vorsitzenden, die Richterinnen Caliebe und Dr. Reichart und die Richter Dr. Drescher und Born

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 24. April 2013 teilweise aufgehoben.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Hannover vom 17. September 2012 teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 17.767,39 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 1. August 2012 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehenden Rechtsmittel werden zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der durch die Nebenintervention verursachten Kosten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Rechtsvorgängerin der Klägerin war Initiatorin und Gründungsgesellschafterin sowie Darlehensgeberin der im Jahr 1992 gegründeten „E. KG (GmbH & Co.)“ (im Folgenden: KG), einer Publikumsgesellschaft, deren Zweck die Vermietung einer von ihr erworbenen Immobilie ist. Der Beklagte ist an der KG seit 1993 als Kommanditist beteiligt. Nach Gründung des Fonds erhielten die Kommanditisten zunächst Verlustzuweisungen und in den Jahren 1995 bis 2000 gewinnunabhängige Ausschüttungen. Die Klägerin nimmt in einer Vielzahl von Verfahren Kommanditisten in Höhe der jeweils erhaltenen Ausschüttungen wegen Darlehenszinsverbindlichkeiten der KG in Anspruch.

2 Der Gesellschaftsvertrag (im Folgenden: GV) enthält in § 3 Nr. 7 folgende Regelung:

> „Die Kommanditisten übernehmen weder gegenüber Gesellschaftern noch gegenüber Dritten irgendwelche Zahlungsverpflichtungen, Haftungen oder irgendwelche Nachschussverpflichtungen, die über die Verpflichtung zur Leistung der in der Beitrittserklärung gezeichneten Kommanditbeteiligung zuzüglich Agio hinausgehen. Dies gilt auch für den Fall der Liquidation. Der vertragliche Ausschluss einer Nachschusspflicht lässt die gesetzliche Regelung über die Haftung der Kommanditisten gegenüber Gesellschaftsgläubigern gemäß §§ 171 ff. HGB unberührt.“

3 Auf Seite 24 des Emissionsprospekts finden sich unter der Rubrik „Rechtsform und Haftung“ folgende Hinweise:

> „… Soweit die Haftung beschränkt ist, besteht keine Nachschusspflicht, was insbesondere für die Fremdfinanzierung gilt.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

> Die geplanten Auszahlungen übersteigen die im selben Zeitraum erwirtschafteten Gewinne und führen gemäß § 172 Abs. 4 HGB zu einem Wiederaufleben der beschränkten Kommanditistenhaftung in Höhe der vorgenommenen Auszahlungen."

4 Die Rechtsvorgängerin der Klägerin gewährte der KG ursprünglich für den Erwerb der Gewerbeimmobilie ein Darlehen in Höhe von 200 Mio. DM. Da die Immobilie sich ab September 2003 nicht mehr in der gewünschten Weise vermieten ließ, geriet die KG in wirtschaftliche Schwierigkeiten und konnte das Darlehen nicht länger bedienen. Die Klägerin gewährte der KG zur Vermeidung der Insolvenz mit Vertrag vom 22. März/15. Juni 2004 ein Folgedarlehen in Höhe von 35 Mio. €, mit dem die noch offene Teilforderung aus dem ersten Darlehen abgelöst wurde. Die fälligen Tilgungs- und Zinsraten stundete die Klägerin immer wieder zu großen Teilen. Parallel dazu forderte die KG ihre Kommanditisten auf, die erhaltenen Ausschüttungen zurückzuzahlen, um die wirtschaftliche Situation zu verbessern. Die Klägerin erstattete ihre als Kommanditistin erhaltenen Auszahlungen. Der Beklagte kam der Aufforderung nicht nach.

5 Nach der Behauptung der Klägerin bestand eine Verbindlichkeit der KG in Höhe von 500.000 €. Hierbei handele es sich um von den Stundungsvereinbarungen ausgenommene Darlehenszinsen für den Zeitraum 2. Juli 2010 bis 30. August 2011.

6 Die auf Zahlung von 17.767,39 € gerichtete Klage ist in beiden Instanzen erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision der Klägerin hat weitgehend Erfolg.

8 I. Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

9 Zwar habe der Beklagte Ausschüttungen in Höhe von insgesamt 17.767,39 € erhalten, die auch haftungsschädlich im Sinne von § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 HGB gewesen seien, da den Anlegern bereits 1993 planmäßig ein Verlust in Höhe von etwa 80 % der geleisteten Einlage zugewiesen worden sei. Der Klägerin habe gegen die KG eine fällige Zinsforderung in Höhe von ursprünglich 500.000 € zugestanden, die nach Eingang von Zahlungen anderer Kommanditisten noch in Höhe von 75.081,52 € bestehe.

10 Einem Anspruch der Klägerin gegenüber dem Beklagten stehe aber die Regelung in § 3 Nr. 7 des Gesellschaftsvertrags entgegen. Die Klausel enthalte einen umfassenden Haftungsausschluss, der auch Ansprüche von Gesellschaftern, die aus einem Drittgeschäft Forderungen gegen die Gesellschaft hätten, gegen ihre Mitgesellschafter aus § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB umfasse. Der potenzielle Anleger habe durch ein überschaubares Haftungsrisiko zum Beitritt zur KG bewegt werden sollen.

11 Der Beklagte könne die Klägerin ferner darauf verweisen, in erster Linie die KG in Anspruch zu nehmen. Kommanditisten hafteten für Verbindlichkeiten der Gesellschaft aus sogenannten Drittgeschäften mit Gesellschaftern lediglich subsidiär. Dass eine Inanspruchnahme der KG aussichtslos wäre, weil sie den von der Stundung ausgenommenen Zinsanteil nicht aufbringen könne, sei weder dargetan noch sonst ersichtlich. Die mangelnde Zahlungsbereitschaft der KG rechtfertige im vorliegenden Fall keine andere Beurteilung, da die Klägerin einen dominierenden Einfluss auf die Geschäftsführung der KG habe.

12 Schließlich verstoße eine Inanspruchnahme des Beklagten gegen § 242 BGB. Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht der Klägerin gegenüber ihren Mitgesellschaftern verbiete es jedenfalls aufgrund der Besonderheiten des vorliegenden Falls, dass die Klägerin ihre drohenden Verluste auf die Anleger abwälze. Die Klägerin schiebe bewusst die Insolvenz der KG durch die Stundungsvereinbarungen hinaus, lasse aber jeweils einen Teilbetrag der Zinsen fällig, um gegen die Mitkommanditisten vorgehen zu können. Käme es stattdessen zu einem Insolvenzverfahren, müssten die Kommanditisten die Ausschüttungen zwar auch zurückzahlen, hätten aber nicht die mit der klageweise Geltendmachung verbundenen Nachteile. Zum anderen sei es aufgrund der wieder erreichten Vollvermietung der Immobilie denkbar, dass eine Insolvenz auch ohne die Rückzahlungen vermieden werden könne.

13 II. Das Urteil des Berufungsgerichts hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung im Wesentlichen nicht stand.

14 1. Der Anspruch der Klägerin aus § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 HGB ist nicht durch die Regelung in § 3 Nr. 7 Satz 1 GV ausgeschlossen. Die Vertragsklausel ist (nur) im Sinne einer Klarstellung auszulegen, dass die Kommanditisten lediglich in Höhe ihrer Einlagen haften und keine von § 161 Abs. 2, § 105 Abs. 3 HGB, § 707 BGB abweichende Vereinbarung einer Nachschusspflicht getroffen wurde. Ansprüche eines Gesellschafter-Gläubigers gegen seine Mitgesellschafter aus § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 HGB sind durch die Regelung dagegen nicht ausgeschlossen, ohne dass insoweit Zweifel im Sinne des § 305c Abs. 2 BGB bestehen würden (vgl. im Übrigen BGH, Urteil vom 8. Oktober 2013 - II ZR 310/12, ZIP 2013, 2305 Rn. 19 ff.).

15 2. Die Klägerin ist nicht verpflichtet, zunächst die KG in Anspruch zu nehmen, bevor sie ihre Drittgläubigerforderung gegen die Kommanditisten gel-

tend macht. Der Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft, der eine Drittgläubigerforderung gegen einen persönlich haftenden Mitgesellschafter geltend macht, muss nicht zunächst die Gesellschaft in Anspruch nehmen. Eine generell nur subsidiäre Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft aus Drittgeschäften mit anderen Gesellschaftern lässt sich aus der Treuepflicht mangels Schutzbedürftigkeit der Mitgesellschafter nicht ableiten. Zwar ist anzuerkennen, dass ein Gesellschafter, wenn möglich, nicht sein eigenes Vermögen einsetzen soll, vielmehr Gesellschaftsschulden vor allem aus dem Gesellschaftsvermögen beglichen werden sollen. Der Mitgesellschafter, der von dem Gesellschafter-Gläubiger in Anspruch genommen wird, hat jedoch in der Regel nicht nur einen Aufwendungsersatzanspruch gegen die Gesellschaft gemäß § 110 HGB, wenn er die Gesellschaftsschuld begleicht. Er kann auch bereits aufgrund der drohenden Inanspruchnahme Freistellung verlangen (Goette in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 110 Rn. 33; MünchKommHGB/K. Schmidt, 3. Aufl., § 128 Rn. 35 mwN). Ist die Gesellschaft zur Zahlung bereit und in der Lage, sollte es somit gar nicht dazu kommen, dass der Mitgesellschafter auf sein privates Vermögen zurückgreifen muss, selbst wenn sich der Gesellschafter-Gläubiger direkt an ihn wendet. Kann oder will die Gesellschaft ihre Schuld dagegen nicht tilgen, würde der Gesellschafter auch unter grundsätzlicher Annahme der Subsidiarität haften (BGH, Urteil vom 8. Oktober 2013 - II ZR 310/12, ZIP 2013, 2305 Rn. 34).

16 3. Mit der Inanspruchnahme der Kommanditisten verstößt die Klägerin auch sonst nicht gegen ihre gesellschaftsrechtliche Treuepflicht. Die Klägerin muss entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht deshalb gegenüber den Kommanditisten auf ihre Forderung verzichten, weil anderenfalls das wirtschaftliche Risiko des Fonds auf diese abgewälzt würde. Die Kommanditisten durften nicht darauf vertrauen, ihre Ausschüttungen endgültig behalten zu dürfen. Sie sind im Emissionsprospekt auf ihr Haftungsrisiko nach § 171 Abs. 1,

§ 172 Abs. 4 HGB hingewiesen worden. Dass die Bank, die einen solchen Fonds auflegt, nicht uneigennützig handelt und ein gewährtes Darlehen zurückfordern wird, ist zudem für den Anleger offensichtlich. Naheliegend ist auch, dass die Bank dabei alle ihr zur Verfügung stehenden Schuldner in Anspruch nehmen wird. Der Prospekt enthält keinen Hinweis darauf, dass die Klägerin anders zu behandeln wäre als andere Drittgläubiger und nicht frei entscheiden dürfte, wen sie in Anspruch nimmt (vgl. im Übrigen BGH, Urteil vom 8. Oktober 2013 - II ZR 310/12, ZIP 2013, 2305 Rn. 36 ff.).

17 III. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO).

18 1. Der Klägerin steht gegen den Beklagten ein Zahlungsanspruch in Höhe der ihm gewährten Ausschüttungen von 17.767,39 € gemäß § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB zu, weil seine Einlage teilweise zurückbezahlt worden ist, so dass seine persönliche Haftung gegenüber Gläubigern der KG in diesem Umfang wiederaufgelebt ist.

19 Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass der Klägerin ein fälliger Zinsanspruch gegen die KG zusteht, der den vom Beklagten geforderten Betrag übersteigt, der Anspruch noch nicht durch Zahlungen anderer in Anspruch genommener Kommanditisten getilgt wurde und der Beklagte Ausschüttungen in Höhe der Klagesumme erhalten hat, durch die ihm die Einlage zurückbezahlt wurde. Der Einwand des Beklagten, die vom Berufungsgericht festgestellte fällige Forderung der Klägerin in Höhe von 75.081,52 € sei mittlerweile durch Erfüllung erloschen, ist nicht substantiiert, da Zahlungen anderer Kommanditisten auf diese Forderung nur vermutet werden. Unabhängig davon unterliegt nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO lediglich dasjenige Vorbringen der Beurteilung des Revisionsgerichts, das aus dem Tatbestand des Berufungsurteils oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist. Die Urteilsgrundlage wird durch das Ende der Be-

rufungsverhandlung abgeschlossen. Neue Tatsachen dürfen im Revisionsverfahren grundsätzlich nicht berücksichtigt werden. Umstände, unter denen ausnahmsweise Tatsachen, die sich während des Revisionsverfahrens ereignen, in die Urteilsfindung einfließen können, sind im Streitfall nicht gegeben (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juli 1998 - IX ZR 272/96, BGHZ 139, 214, 220 f.).

20 2. Verzugszinsen sind der Klägerin allerdings erst ab dem 1. August 2012 und nicht wie beantragt ab Rechtshängigkeit zuzusprechen. Die Klägerin hat ihren Anspruch gegen den Beklagten erstmals mit einem Schriftsatz, der am 31. Juli 2012 bei Gericht eingegangen ist, auf den Zinsanspruch in Höhe von 500.000 € für den Zeitraum 2. Juli 2010 bis 30. August 2011 gestützt. Nachdem der bis dahin geltend gemachte Zinsanspruch gestundet worden war, ist der Beklagte erst mit Zugang dieses Schriftsatzes, der nach Angaben des Prozessbevollmächtigten des Beklagten ebenfalls am 31. Juli 2012 erfolgt ist, in Verzug geraten. Die Klägerin hat daher erst ab 1. August 2012 einen Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens gemäß § 280 Abs. 1, Abs. 2, §§ 286, 289 Satz 2 BGB. Gegen die Höhe des geltend gemachten Verzugsschadens hat der Beklagte keine Einwände erhoben.

21 3. Eine Verurteilung Zug um Zug gegen Erteilung von Auskünften über die Mitgesellschafter, die von der Klägerin bereits erfolgreich auf Rückzahlung von Ausschüttungen in Anspruch genommen wurden, wie sie der Beklagte in der Berufungsinstanz beantragt hatte, kam schon deshalb nicht in Betracht, weil die Klägerin über den aktuellen Stand der Zahlungseingänge in der letzten mündlichen Verhandlung detailliert Auskunft gegeben hat und ein solcher Anspruch deshalb bereits erfüllt wäre.

Strohn Caliebe Reichart

Drescher Born

Vorinstanzen:
LG Hannover, Entscheidung vom 17.09.2012 - 11 O 77/11 -
OLG Celle, Entscheidung vom 24.04.2013 - 9 U 144/12 -