



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

II ZR 310/12

Verkündet am:
8. Oktober 2013
Stoll
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

HGB § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4

Der Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft, der eine Drittgläubigerforderung gegen einen Mitgesellschafter geltend macht, ist grundsätzlich nicht verpflichtet, zunächst die Gesellschaft in Anspruch zu nehmen. Eine generell nur subsidiäre Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft aus Drittgeschäften mit anderen Gesellschaftern lässt sich aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht nicht ableiten.

BGH, Urteil vom 8. Oktober 2013 - II ZR 310/12 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Oktober 2013 durch den Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Strohn als Vorsitzenden, die Richterin Dr. Reichart sowie die Richter Dr. Drescher, Born und Sunder

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 25. September 2012 insoweit aufgehoben, als der Beklagte zur Zahlung von Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz für die Zeit vom 14. Juli 2011 bis zum 19. September 2011 verurteilt worden ist.

In diesem Umfang wird die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 14e. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 11. Oktober 2011 zurückgewiesen.

Die weitergehende Revision des Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt der Beklagte.

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 Darlehensverbindlichkeiten 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.

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 Hö-

he 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 Der KG liegt für die Immobilie ein bindendes Kaufangebot der zweiten Initiatorin des Fonds zu einem Preis von 30 Mio. € vor, das sie jedoch erst in der Zeit vom 15. November bis zum 31. Dezember 2013 annehmen kann und das im Falle der Insolvenz der KG erlischt.

6 Zunächst hatte die Klägerin eine von den Stundungsvereinbarungen ausgenommene Zinsverbindlichkeit der KG in Höhe von 300.000 € aus dem Zeitraum vom 1. Juni 2004 bis 13. Dezember 2004 anteilig gegen die Kommanditisten geltend gemacht. Am 7. September 2011 traf die Klägerin mit der KG eine neue Vereinbarung, der zufolge die Hauptforderung in Höhe von damals noch über 25 Mio. € sowie Zinsen in Höhe von 8 Mio. € gestundet wurden. Zinsen in Höhe von 500.000 € für den Zeitraum 2. Juli 2010 bis 30. August 2011 waren hiervon ausgenommen. Die Klägerin änderte dementsprechend ihren Klagevortrag und stützt ihren Anspruch seither auf diesen fällig gestellten Zinsbetrag abzüglich zwischenzeitlich erfolgter Zahlungen anderer Kommanditisten.

7 Die KG leistete auf die Zinsforderung von 500.000 € keine Zahlungen und teilte der Klägerin auf deren Nachfrage mit Schreiben vom 3. Januar 2012 mit, dass sie die fällige Zinsforderung weiterhin nicht erfüllen werde, da sie die entsprechenden Mittel als Rücklagen für eventuelle Sanierungsmaßnahmen an der Immobilie benötige. Die Klägerin forderte die KG mit Schreiben vom 6. Februar 2012 gleichwohl zur Zahlung auf.

8 Das Landgericht hat die auf Zahlung von 17.767,39 € gerichtete Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte Erfolg. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Beklagten, mit der er seinen Antrag auf Klageabweisung weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision hat nur bezüglich der Nebenforderung teilweise Erfolg. Im Übrigen hat das Berufungsgericht der Klage zu Recht stattgegeben.

10 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung der Hauptforderung im Wesentlichen ausgeführt:

11 Der Beklagte hafte als Kommanditist gemäß § 171 Abs. 1 Satz 1, § 172 Abs. 4 HGB für die Zinsverbindlichkeit der KG gegenüber der Klägerin, weil er seine Einlage teilweise durch gewinnunabhängige Ausschüttungen zurückerhalten habe.

12 In § 3 Nr. 7 Satz 1 GV sei kein Haftungsausschluss der Gesellschafter für Drittansprüche von Gesellschafter-Gläubigern zu sehen. Die Klausel habe lediglich klarstellende Bedeutung. Es werde bestätigt, dass der Kommanditist nur in Höhe seiner übernommenen Einlageverpflichtung hafte und keine Nachschusspflicht vereinbart worden sei.

13 Die Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatzrecht stünden dem klägerischen Anspruch nicht entgegen, da diese nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008 (MoMiG, BGBl. I S. 2026) lediglich noch für die Fälle Anwendung fänden, in denen am 1. November 2008 ein Insolvenzverfahren schon eröffnet gewesen sei.

- 14 Da die Klägerin nicht nur Gläubigerin, sondern auch selbst Gesellschafterin sei, sei sie zwar aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht grundsätzlich gehalten, sich zunächst an die KG zu wenden und die Mitgeschafter lediglich subsidiär in Anspruch zu nehmen. Gleichwohl seien die Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme der Kommanditisten gegeben, da die KG die Leistung verweigert habe.
- 15 Die Inanspruchnahme der Mitkommanditisten durch die Klägerin sei auch nicht deshalb treuwidrig, weil ihre Rechtsvorgängerin Initiatorin und Gründungsgesellschafterin der KG sei. Es sei damit zu rechnen, dass die Klägerin mit einem Teil ihrer Forderung gegen die KG ausfalle, da das im Raum stehende Kaufangebot für die Immobilie nicht genüge, um Darlehenshauptforderung und aufgelaufene Zinsen zu tilgen. Die Inanspruchnahme der Mitkommanditisten zur Reduktion der eigenen Verluste sei deshalb sachgerecht. Eine Benachteiligung der Anleger im Vergleich zur Situation im Fall der Insolvenz der KG liege darin nicht, da die Anleger auch dann zur Rückzahlung der ausgeschütteten Einlagen verpflichtet wären.
- 16 II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.
- 17 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. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hatte die Klägerin unter Berücksichtigung eingegangener Zahlungen anderer Kommanditisten gegen die KG eine Zinsforderung von zuletzt noch über 300.000 €.

18 1. Bei dem Darlehen, welches die Rechtsvorgängerin der Klägerin der KG gewährt hat, handelt es sich um ein Drittgeschäft. Für Verbindlichkeiten der KG aus einem Drittgeschäft haften Kommanditisten gemäß §§ 128, 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 HGB (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 10. November 1969 - II ZR 40/67, WM 1970, 280; Urteil vom 1. Dezember 1982 - VIII ZR 206/81, WM 1983, 30, 32). Ein Drittgeschäft ist jedes Geschäft, das seinen Rechtsgrund nicht im Gesellschaftsverhältnis, sondern in einem davon zu unterscheidenden Rechtsverhältnis hat. Aus einem solchen Drittgeschäft kann ein Gesellschafter grundsätzlich gegen seine Mitgesellschafter Ansprüche geltend machen. Ein Drittgeschäft kann - wie vorliegend - auch ein Darlehen sein, welches ein Gesellschafter der Gesellschaft gewährt hat. Eine Ausnahme ist dann denkbar, wenn der Gesellschafter aufgrund gesellschaftsvertraglicher Regelung zur Gewährung der Leistung verpflichtet ist und deshalb das Darlehen nicht vorzeitig kündigen kann (vgl. BGH, Urteil vom 28. November 1977 - II ZR 235/75, BGHZ 70, 61, 63 f.). Eine solche Ausnahme scheidet bei dem hier maßgeblichen Folgedarlehen über 35 Mio. € aus, weil die Klägerin zu dessen Gewährung gesellschaftsvertraglich nicht verpflichtet war.

19 2. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, ist der Anspruch der Klägerin nicht durch die Regelung in § 3 Nr. 7 Satz 1 GV ausgeschlossen.

20 a) Diese Feststellung kann der Senat selbst treffen, weil Gesellschaftsverträge von Publikumsgesellschaften objektiv auszulegen sind (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 19. März 2007 - II ZR 73/06, ZIP 2007, 812 Rn. 18; Urteil vom 1. März 2011 - II ZR 16/10, ZIP 2011, 957 Rn. 8; Urteil vom 19. Juli 2011 - II ZR 153/09, ZIP 2011, 1906 Rn. 11; Urteil vom 12. März 2013 - II ZR 73/11, ZIP 2013, 1222 Rn. 13 mwN). Dabei unterliegen die Regelungen in Gesellschaftsverträgen von Publikumsgesellschaften unabhängig davon, ob die Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 BGB eingreift, einer ähnlichen Auslegung und Inhaltskontrolle wie Allgemeine Geschäftsbedingungen (BGH, Urteil vom

27. November 2000 - II ZR 218/00, ZIP 2001, 243, 244; Urteil vom 12. März 2013 - II ZR 73/11, ZIP 2013, 1222 Rn. 14 mwN). Hieraus folgt in Anlehnung an § 305c Abs. 2 BGB, dass Zweifel bei der Auslegung zu Lasten des Verwenders gehen (BGH, Urteil vom 13. September 2004 - II ZR 276/02, ZIP 2004, 2095, 2097 f.; Urteil vom 12. März 2013 - II ZR 73/11, ZIP 2013, 1222 Rn. 14).

21 b) Danach ist § 3 Nr. 7 Satz 1 GV (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.

22 Zu Unrecht meint die Revision, die Worte „irgendwelche Zahlungsverpflichtungen“ und „Haftungen“ sprächen dafür, dass die Haftung der Kommanditisten soweit wie möglich eingeschränkt werden sollte und damit jegliche Ansprüche der Gesellschafter untereinander ausgeschlossen sein sollten, auch wenn es sich um die Haftung für eine Verbindlichkeit der Gesellschaft gegenüber einem Gesellschafter handelt, die von der Gesellschafterstellung des Gläubigers an sich unabhängig ist und ebenso gegenüber einem Dritten hätte bestehen können.

23 Mit dieser Auslegung vernachlässigt die Revision den Zusammenhang, in dem die von ihr herangezogenen Begriffe gebraucht werden. Ein solcher möglichst weitreichender Haftungsausschluss der Kommanditisten lässt sich schon deshalb der Klausel nicht entnehmen, weil § 3 Nr. 7 Satz 1 GV Zahlungsverpflichtungen und Haftungen nur insoweit ausschließt, als sie „über die Verpflichtung zur Leistung der in der Beitrittserklärung gezeichneten Kommanditbeteiligung zuzüglich Agio hinausgehen“. Die Bestimmung könnte deshalb

selbst bei dem von der Revision vertretenen Verständnis nur dann zu dem gewünschten Erfolg führen, wenn man zugleich annimmt, dass die anfängliche Leistung der Einlage zum Ausschluss sämtlicher Ansprüche ausreiche und eine spätere Rückgewähr der Einlage oder Ausschüttungen, die nicht durch Gewinne gedeckt sind, unschädlich seien. Anderenfalls würde die Privilegierung erheblich relativiert und könnte den Anlegern des fraglichen Immobilienfonds gerade nicht nützen, da es von vornherein geplant war, dass sie Verlustzuweisungen und gewinnunabhängige Ausschüttungen erhalten. Eine solche Auslegung würde aber der gesetzlichen Systematik in § 172 Abs. 4 HGB widersprechen, welche die anfängliche Nichtleistung und die nachträgliche Rückzahlung gleichstellt. Es spricht deshalb einiges dafür, dass auch in der gesellschaftsvertraglichen Bestimmung mit „Verpflichtung zur Leistung der ... Kommanditbeteiligung“ die dauerhafte Leistung der Einlage gemeint ist.

24 Außerdem wäre es wenig zweckmäßig im Interesse einer möglichst umfassenden Privilegierung der Kommanditisten, die Haftung gegenüber jeglichen Dritten im Gesellschaftsvertrag zu verneinen, da ein solcher Ausschluss ohne Billigung des Dritten im Außenverhältnis nicht wirksam sein kann. Der Ausschluss hätte daher alleinige Bedeutung gegenüber einem Gesellschafter-Gläubiger und hätte dann sogleich auf diesen, namentlich die Klägerin bzw. ihre Rechtsvorgängerin als von Anfang an bekannte Hauptgläubigerin, zugeschnitten formuliert werden können.

25 Zudem enthält die Bestimmung in Satz 1 den Begriff „Ausschluss“ nicht. Vielmehr heißt es, dass Kommanditisten keine Verpflichtungen „übernehmen“. Dies spricht schon vom Wortlaut her dafür, dass es nicht darum geht, Ansprüche auszuschließen, die ohne eine entsprechende Vereinbarung kraft Gesetzes bestehen, sondern lediglich klarzustellen, dass über die gesetzlichen Verpflichtungen hinaus keine zusätzlichen Ansprüche begründet werden. Dies passt wiederum dazu, dass die Nachschusspflicht gegenüber der Gesellschaft na-

mentlich genannt wird, die nur gilt, wenn sie in Abweichung zu § 161 Abs. 2, § 105 Abs. 3 HGB, § 707 BGB vereinbart wird.

26 Der Hinweis auf die weiterhin geltende gesetzliche Haftung nach §§ 171 ff. HGB gegenüber Gesellschaftsgläubigern in Satz 3 würde bei der von der Revision vertretenen Auslegung nur für dritte Gläubiger Bedeutung haben, nicht aber für Gesellschafter-Gläubiger. Dem Wortlaut lässt sich das jedoch nicht entnehmen. Eine Unterscheidung der beiden Gruppen von Gläubigern wäre naheliegend gewesen, zumal in Satz 1 Gesellschafter und Dritte gesondert genannt werden.

27 Nimmt man bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrags ergänzend die Ausführungen im Emissionsprospekt in den Blick, wird deutlich, dass mit Satz 1 der Bestimmung lediglich bestätigt wird, dass die Kommanditisten nur in Höhe ihrer Einlagen haften und keine von § 161 Abs. 2, § 105 Abs. 3 HGB, § 707 BGB abweichende Nachschusspflicht vereinbart wurde. Wäre stattdessen eine so weitgehende Privilegierung der Kommanditisten beabsichtigt gewesen, wie sie die Revision annimmt, wäre es naheliegend gewesen, dies im Prospekt zu erwähnen. Die Revision sieht den Grund für die behauptete Privilegierung darin, Anleger für den Fonds zu interessieren. Diese sollten durch möglichst günstige Bedingungen für eine Beteiligung gewonnen werden. Dann aber wären diese Vorzüge im Prospekt hervorgehoben worden. Der Prospekt weist dagegen auf Seite 24 lediglich darauf hin, dass keine Nachschusspflicht besteht, soweit die Haftung beschränkt ist. Dies soll insbesondere auch für die Fremdfinanzierung gelten. Die Ausführungen stehen im Zusammenhang mit vorherigen Hinweisen zur unbeschränkten Haftung vor Eintragung im Handelsregister. Im nächsten Absatz wird darauf hingewiesen, dass die Auszahlungen die Gewinne übersteigen werden und die beschränkte Kommanditistenhaftung deshalb gemäß § 172 Abs. 4 HGB wieder auflebt. Dass dies gerade im Verhältnis zur Rechtsvorgängerin der Klägerin als größter Gläubigerin der KG, die auch von Anfang an fest-

stand, nicht gelten und die Haftung hier nicht wieder aufleben sollte, wird im Prospekt an keiner Stelle erwähnt, obwohl dies für die Anleger eine erhebliche Verbesserung ihrer Stellung bedeutet hätte.

28 3. Der Durchsetzung des Anspruchs stehen auch nicht die von der Rechtsprechung auf der Grundlage der §§ 30, 31 GmbHG a.F. entwickelten Grundsätze zum Eigenkapitalersatzrecht entgegen.

29 Die Revision macht zwar geltend, die Klägerin habe mit den Stundungsvereinbarungen während einer Zeit, in der die KG bereits zahlungsunfähig und überschuldet gewesen sei, ein Darlehen in der Krise stehen gelassen. Die Klägerin habe über eine konzernrechtliche Verbindung an der Komplementärin maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung der KG genommen. Die Klägerin könne deshalb ihren Darlehensrückzahlungsanspruch und auch die Zinsansprüche nicht gegen die KG geltend machen und damit in der Folge auch nicht gegenüber den akzessorisch haftenden Kommanditisten.

30 Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen des Eigenkapitalersatzrechts aber zu Recht dahinstehen lassen, da die Rechtsprechungsregeln und die hieraus resultierende Durchsetzungssperre mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen aufgehoben sind (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG). In Fällen, bei denen am 1. November 2008 noch kein Insolvenzverfahren eröffnet war, können Darlehen deshalb unabhängig davon, ob sie in einer Krise gewährt oder stehengelassen wurden, zurückgefordert werden (BGH, Beschluss vom 15. November 2011 - II ZR 6/11, ZIP 2012, 86 Rn. 11; Urteil vom 9. Oktober 2012 - II ZR 298/11, BGHZ 195, 42 Rn. 15). Auch bei der GmbH & Co KG sind die §§ 30, 31 GmbHG analog nicht mehr anwendbar (Hopt in Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 172a Rn. 1; MünchKommHGB/K. Schmidt, 3. Aufl., § 172a a.F. Rn. 9 f.).

31 4. Die Klägerin ist nicht verpflichtet, zunächst die KG in Anspruch zu nehmen, bevor sie ihre Drittgläubigerforderung gegen die Kommanditisten geltend macht.

32 Im Schrifttum wird teilweise vertreten, dass persönlich haftende Gesellschafter und damit auch Kommanditisten, die Ausschüttungen im Sinne des § 172 Abs. 4 HGB erhalten haben, einem Gesellschafter-Gläubiger lediglich subsidiär haften und sich der Gläubiger zunächst an die Gesellschaft halten muss. Der Gesellschafter-Gläubiger werde zwar grundsätzlich wie jeder dritte Gläubiger behandelt, wenn es sich um ein Drittgeschäft handele. Die unbeschränkte Haftung werde aber von der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht überlagert, die gebiete, dass der Mitgesellschafter - in der Regel - nur dann in Anspruch genommen werden dürfe, wenn eine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen nicht zu erwarten sei (vgl. Habersack in Staub, Großkommentar HGB, 5. Aufl., § 128 Rn. 13, 26; Hillmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 128 Rn. 10; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 128 Rn. 24; Steitz in Henssler/Strohn, GesellschaftsR, § 128 HGB Rn. 10; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 49 I 2, S. 1412; K. Schmidt in Schlegelberger, HGB, 5. Aufl., § 128 Rn. 12, 20; MünchKommHGB/K. Schmidt, 3. Aufl., § 128 Rn. 12, 20; Boesche in Oetker, HGB, 2. Aufl., § 128 Rn. 21; Walter, JZ 1983, 258, 260; a.A. MünchKommBGB/Ulmer, 5. Aufl., § 705 Rn. 203, 220; Westermann in Ermann, BGB, 13. Aufl., § 705 Rn. 61; Habermeier in Staudinger, BGB, Bearbeitung 2003, § 705 Rn. 43; Hadding/Kießling in Soergel, BGB, Stand 2011, § 705 Rn. 57; Prediger, BB 1971, 245, 248 f.).

33 Das Reichsgericht hat stattdessen angenommen, dass der Gesellschafter-Gläubiger einem Dritten vollständig gleichgestellt sei und sich deshalb nicht zunächst an die Gesellschaft halten müsse. Es sei lediglich darauf zu achten, dass der Anteil abgezogen werde, der seiner eigenen Mithaftung entspreche.

Anderenfalls erhalte der Gesellschafter-Gläubiger etwas, das er unter Umständen zurückgewähren müsse und was damit die *dolo agit*-Einrede begründe (RG, Urteil vom 16. Juni 1914 - III 37/13, RGZ 85, 157, 162 f.; Urteil vom 5. Januar 1937 - II 182/36, RGZ 153, 305, 313 f.; dem folgend BGH, Urteil vom 1. Dezember 1982 - VIII ZR 206/81, WM 1983, 30, 32; Urteil vom 15. Januar 1988 - V ZR 183/86, BGHZ 103, 72, 76).

34 Der erkennende Senat hat die Frage in einer Entscheidung vom 10. November 1969 (II ZR 40/67, WM 1970, 280) offen gelassen. Sie ist im Sinne der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu entscheiden. 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.

35 Aus der Rechtsprechung des Senats zum Innenausgleich zwischen Gesellschaftern, nachdem ein Gesellschafter einen (dritten) Gesellschaftsgläubiger befriedigt hat, lässt sich nichts Gegenteiliges herleiten. Diese Fallgestaltung ist mit der Geltendmachung einer Drittgläubigerforderung durch den Gesellschafter nicht vergleichbar. Obwohl der Aufwendungsersatzanspruch des leistenden Gesellschafters gegen die Gesellschaft aus § 110 HGB ein Sozialanspruch ist und Sozialansprüche während des Bestehens der Gesellschaft grundsätzlich nicht gegen die Gesellschafter geltend gemacht werden können, ist eine Regressmöglichkeit des leistenden Gesellschafters nach § 426 BGB bei Leistungsunfähigkeit der Gesellschaft anerkannt. Diese Ausnahme ist geboten, da es mehr oder weniger vom Zufall abhängen kann, welcher Gesellschafter von einem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen wird. Insoweit reicht aber eine Haftung in den Fällen aus, in denen von der Gesellschaft keine Befriedigung zu erlangen ist. Diese Besonderheit schlägt auf den gemäß § 426 Abs. 2 BGB übergehenden Anspruch durch (vgl. BGH, Urteil vom 2. Juli 1962 - II ZR 204/60, BGHZ 37, 299, 302 f.; Urteil vom 15. Januar 1988 - V ZR 183/86, BGHZ 103, 72, 76 ff.; Urteil vom 17. Dezember 2001 - II ZR 382/99, ZIP 2002, 394, 396; Urteil vom 15. Oktober 2007 - II ZR 136/06, ZIP 2007, 2313, 2314 Rn. 17), so dass auch dieser nicht mit der hier vorliegenden Konstellation eines Anspruchs eines Gesellschafter-Gläubigers aus einem Drittgeschäft vergleichbar ist.

36 5. Mit der Inanspruchnahme der Kommanditisten verstößt die Klägerin auch sonst nicht gegen ihre gesellschaftsrechtliche Treuepflicht.

37 a) Treuepflichten bestehen nicht nur zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern, sondern obliegen auch den Gesellschaftern untereinander.

Diese müssen auf die Belange ihrer Mitgesellschafter Rücksicht nehmen (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 28. April 1975 - II ZR 16/73, BGHZ 64, 253, 257; Urteil vom 9. September 2002 - II ZR 198/00, ZIP 2003, 73, 74). Das kann im Einzelfall dazu führen, dass aufgrund überwiegender schutzwürdiger Interessen der Mitgesellschafter auch die Wahrnehmung außergesellschaftsrechtlicher Befugnisse und damit die Geltendmachung von Ansprüchen aus Drittgeschäften eingeschränkt ist (Servatius in Henssler/Strohn, GesellschaftsR, § 705 BGB Rn. 42; Schäfer in Staub, Großkommentar HGB, 5. Aufl., § 105 Rn. 214; Wiedemann, WM Sonderbeilage 7/1992 S. 11). Eine solche Ausnahme liegt hier jedoch nicht vor.

38 b) Zwar ist die Klägerin nicht nur einfache Kommanditistin mit einem Anspruch gegen die Gesellschaft, sondern Rechtsnachfolgerin einer Gründungsgesellschafterin und Initiatorin des Fonds. Ferner hat sie bewusst lediglich einen geringeren Teil der Zinsen fällig gestellt und die Forderungen gegen die KG im Übrigen immer wieder gestundet. Hätte sie dies nicht getan, wäre die KG bereits insolvent. Es ist mit der Revision anzunehmen, dass die Klägerin die KG so lange am Leben halten möchte, bis diese Ende 2013 das Kaufangebot bezüglich der Immobilie annehmen und sich im Anschluss liquidieren kann. Es gibt auch zahlreiche Anhaltspunkte dafür, dass die Fälligestellung des Zinsanspruchs durch die Klägerin und die Weigerung der KG, diese Forderung zu erfüllen, absprachegemäß hauptsächlich deshalb erfolgte, um die Inanspruchnahme der nicht zahlungsbereiten Kommanditisten durch die Klägerin zu ermöglichen, da der Kaufpreis, der im Falle eines Verkaufs Ende 2013 im Raum steht, nicht ausreichen dürfte, um die Forderungen der Klägerin zu erfüllen.

39 Diese Vorgehensweise ist aber nicht treuwidrig, da keine schutzwürdigen gegenläufigen Interessen der Kommanditisten ersichtlich sind. Von der Klägerin kann dagegen nicht verlangt werden, dass sie auf die Geltendmachung ihrer Ansprüche gegen die Mitkommanditisten dauerhaft verzichtet. Sie hat ein be-

rechtigtes Interesse daran, ihre drohenden Verluste durch Inanspruchnahme der Mitgesellschafter zu reduzieren. Die Revision hält es zwar für reine Spekulation, ob und zu welchem Preis die Immobilie veräußert werden kann. Außer dem bindenden Kaufangebot zum Preis von 30 Mio. €, das deutlich unter der Summe der Verbindlichkeiten in Form der Darlehenshauptforderung in Höhe von über 25 Mio. € und der aufgelaufenen Zinsen von über 8 Mio. € liegt, ist jedoch keine bessere Verkaufsmöglichkeit ersichtlich. Auch die Revision trägt nicht vor, dass mit einem Verkaufspreis zu rechnen ist, der die Forderungen der Klägerin vollständig decken könnte.

40 Die Klägerin muss entgegen der Auffassung der Revision auch 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. Naheliegender 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.

41 c) Der Umstand, dass die Gesellschafter-Gläubigerin bzw. ihre Rechtsvorgängerin als Gründungsgesellschafterin und Initiatorin des Fonds für eine ordnungsgemäße Ausgestaltung des Fonds und eine Aufklärung der Anleger über die Risiken verantwortlich war, ist ebenso wenig ein Grund, die Anleger von ihrer Verbindlichkeit nach § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 HGB zu entlasten. Eine fehlerhafte Aufklärung könnte Ansprüche der Anleger aus Prospekthaftung begründen. Solche stehen, wie das Berufungsgericht ausgeführt hat, vorliegend

aber schon deshalb nicht im Raum, weil eine entsprechende Klage, an der auch der Beklagte beteiligt war, vom Oberlandesgericht Frankfurt am Main mit Urteil vom 4. Februar 2009 rechtskräftig abgewiesen wurde.

42 d) Im Falle der ansonsten drohenden Insolvenz der KG würden die Anleger nicht besser stehen. Auch insoweit ist deshalb nicht zu erkennen, warum es treuwidrig sein soll, dass die Klägerin ihre Ansprüche außerhalb der Insolvenz verfolgt. Die Klägerin behält ihren Anspruch aus § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 HGB auch in der Insolvenz. Zwar können Gläubiger ihre Ansprüche gegen die Kommanditisten in der Insolvenz nicht mehr selbst durchsetzen. Dies geschieht indes gemäß § 171 Abs. 2 HGB durch den Insolvenzverwalter. Eine Schlechterstellung der Kommanditisten im Vergleich zur sofortigen Insolvenz könnte allenfalls darin liegen, dass sich durch die spätere Inanspruchnahme die Gesellschaftsschulden vergrößern könnten. Da die Kommanditisten jedoch im Außenverhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern lediglich in Höhe der erhaltenen Ausschüttungen haften und auch im Innenverhältnis zur Gesellschaft nach § 3 Nr. 7 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags nicht weitergehend haften, wirkt sich ein weiteres Anwachsen offener Darlehenszinsen nicht auf ihre Haftung aus.

43 III. Das Urteil des Berufungsgerichts ist im Nebenanspruch zu korrigieren. Das Berufungsgericht hat Zinsen auf die Hauptforderung aus Verzug ab Rechtshängigkeit der Klage zugesprochen. Da die Klägerin ihren Anspruch gegen den Beklagten jedoch erstmals in dem späteren Schriftsatz vom 16. September 2011 auf den Zinsanspruch in Höhe von 500.000 € für den Zeitraum 2. Juli 2010 bis 30. August 2011 gestützt hat, nachdem der bis dahin geltend gemachte Zinsanspruch gestundet worden war, ist der Beklagte erst mit Zugang dieses Schriftsatzes in Verzug geraten. Die Klägerin hat erst ab diesem Zeitpunkt einen Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens gemäß § 280 Abs. 1, Abs. 2, §§ 286, 289 Satz 2 BGB.

44 Mit der schriftsätzlichen Geltendmachung ist der Anspruch fällig geworden und das Schreiben ist zugleich als Mahnung im Sinne des § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB zu verstehen. Der Schriftsatz wurde ausweislich der Akten vom Klägervertreter direkt an den Beklagtenvertreter versandt. Daher kann vom Zugang des Schreibens am zweiten Werktag nach der Aufgabe zur Post (vgl. § 270 Satz 2 ZPO), mithin am 19. September 2011, einem Montag, ausgegangen werden. Verzug trat damit am 20. September 2011 ein. Gegen die Höhe des geltend gemachten Verzugsschadens hat der Beklagte keine Einwände erhoben.

Strohn

Reichart

Drescher

Born

Sunder

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 11.10.2011 - 14e O 122/11 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 25.09.2012 - I-1 U 43/12 -