



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Versäumnisurteil

II ZR 154/13

Verkündet am:
28. Januar 2014
Stoll
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Januar 2014 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 der Klägerin wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 9. April 2013 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

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 Kommanditis-

ten in Höhe der jeweils erhaltenen Ausschüttungen wegen Darlehenszinsverbindlichkeiten der KG in Anspruch.

- 2 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.
- 3 Nach der Behauptung der Klägerin besteht 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. Von dem Beklagten werde ein letztstelliger Teilbetrag der im August 2011 aufgelaufenen Zinsen verlangt.
- 4 Die auf Zahlung von 8.883,70 € gerichtete Klage blieb in beiden Instanzen erfolglos. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Über die Revision ist, da der Beklagte trotz ordnungsgemäßer Ladung im Revisionsverhandlungstermin nicht vertreten war, durch Versäumnisurteil zu entscheiden, das aber inhaltlich nicht auf der Säumnis, sondern auf einer sachlichen Prüfung des Antrags beruht (BGH, Urteil vom 4. April 1962 - V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81). Die Revision der Klägerin hat Erfolg.

6 I. Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

7 Es könne dahinstehen, ob die Klägerin nachvollziehbar dargelegt habe, dass ihr gegen die KG eine fällige Forderung zustehe, die nicht bereits durch Zahlungen anderer Kommanditisten erfüllt worden sei. Der Beklagte könne die Klägerin jedenfalls darauf verweisen, in erster Linie die KG in Anspruch zu nehmen. Kommanditisten hafteten für Verbindlichkeiten der Gesellschaft aus sogenannten Drittgeschäften mit Gesellschaftern lediglich subsidiär. Bei der Klägerin sei die Pflicht, gegenüber den Anlegern Rücksicht zu nehmen, aufgrund ihrer Stellung als Initiatorin und Gründungsgesellschafterin sogar besonders ausgeprägt. Dass eine Inanspruchnahme der KG aussichtslos wäre, weil sie den von der Stundung ausgenommenen Zinsanteil nicht aufbringen könne, sei weder ersichtlich noch dargetan.

8 II. Das Urteil des Berufungsgerichts hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Klägerin ist nicht verpflichtet, zunächst die KG in Anspruch zu nehmen, bevor sie ihre Drittgläubigerforderung gegen die Kommanditisten geltend macht.

9 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).

- 10 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 auf-

legt, 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.).

- 11 III. Eine abschließende Sachentscheidung des Senats nach § 563 Abs. 3 ZPO ist nicht möglich, da das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob und in welcher Höhe eine fällige Forderung der Klägerin gegen die KG besteht, für die der Beklagte in Höhe der erhaltenen Ausschüttungen einstehen muss. Ferner fehlen Feststellungen zu dem vom Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenanspruch auf Schadensersatz aus Prospekthaftung im weiteren Sinn. Die Sache ist daher

zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Senat weist ergänzend auf seine Ausführungen in dem in einem Parallelverfahren am 8. Oktober 2013 ergangenen Urteil (II ZR 310/12, ZIP 2013, 2305) hin.

Strohn

Reichart

Drescher

Born

Sunder

Vorinstanzen:

LG Heidelberg, Entscheidung vom 26.07.2012 - 2 O 167/11 -

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 09.04.2013 - 17 U 197/12 -