
Datum: 06.02.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 28/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0206.8U28.11.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 19 O 19/10

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 4. Januar 2011 verkündete Urteil des Landgerichts Dortmund wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Streitwert für die Berufung: 26.941,42 €

Gründe:

I.

Die Klägerin macht gegen die Beklagte Rückzahlungsansprüche aus einer Kommanditbeteiligung geltend.

Die Beklagte ist aufgrund ihrer Beitrittserklärung vom 29.11.1993 an der Klägerin als Kommanditistin mit einem Anteil von 102.258,37 € (200.000,--DM) beteiligt, den sie voll einzahlte. Im Gesellschaftsvertrag, auf dessen weiteren Inhalt verwiesen wird, heißt es u.a. wie folgt:

1

2

3

4

5

§ 4 Gesellschafter, Gesellschaftskapital, Einlagen

...	6
5.	7
Eine Nachschusspflicht der Kommanditisten besteht nicht, auch nicht als Ausgleichspflicht der Gesellschafter untereinander, soweit sich nicht aus den nicht abdingbaren §§ 171f. HGB etwas anderes ergibt.	8
§ 8 Gesellschafterbeschlüsse	9
...	10
4.	11
Kein Kommanditist kann durch Gesellschafterbeschlüsse gegen seinen Willen verpflichtet werden, der Gesellschaft weitere Mittel nachzuschießen, unbeschadet der nicht abdingbaren gesetzlichen Haftungsregelung.	12
§ 11 Gewinn- und Verlustrechnung	13
1.	14
Der im Jahresabschluss ausgewiesene Gewinn oder Verlust eines Geschäftsjahres ist den Kommanditisten entsprechend dem Verhältnis der nominellen Kommanditanteile ... zueinander voll zuzuweisen ...	15
2.	16
Der nach der vorstehenden Bestimmung zu verteilende Gewinn wird an die Gesellschafter ausgeschüttet ...	17
3.	18
Unabhängig von einem im Jahresabschluss ausgewiesenen Gewinn oder Verlust schüttet die Gesellschaft für den Fall, dass die Liquiditätslage es zulässt, jährlich einen Betrag in Höhe von voraussichtlich	19
5 % 1994 - 1997	20
6 % 1998	21
...	22
des Kommanditkapitals p.a. an die Gesellschafter aus, der auf Darlehenskonto gebucht wird. Sofern ein Gesellschafter im Hinblick auf das Wiederaufleben der Haftung auf diese Entnahmen verzichtet, entfällt für ihn insoweit die Bildung der Darlehensverbindlichkeit.	23
4.	24
Weitere Entnahmen außerhalb der vorgenannten Ausschüttungen sind nur zulässig, wenn die Gesellschafter einen entsprechenden Beschluss ... fassen, ... Auch in diesem Fall kann jeder Gesellschafter für sich entscheiden, ob er eine Entnahme tätigt.	25

Die Beklagte erhielt gewinnunabhängige Ausschüttungen aus der Liquidität der Gesellschaft in einer Höhe von insgesamt 25.564,59 €; diesen Ausschüttungen gingen jeweils entsprechende Gesellschafterbeschlüsse voraus. Ende 2008 trat im Zuge der Wirtschaftskrise eine wesentliche Verringerung der Charrerraten ein, von der auch die Cape Byron betroffen wurde und die zu einer Verschlechterung der Liquidität der Klägerin führte. Am 08.12.2009 fand eine außerordentliche Gesellschafterversammlung der Klägerin statt, in der u.a. der Beschluss gefasst wurde, die Geschäftsbesorgerin zu beauftragen und zu ermächtigen, die MS Cape Byron zu einem Verkaufspreis von mindestens 3.040.000 US\$ zu verkaufen. Ferner fasste die Gesellschafterversammlung den Beschluss, „nach dem Verkauf des Schiffes und Abwicklung aller Verbindlichkeiten und Forderungen“ die Gesellschaft aufzulösen bzw. zu liquidieren und die Liquidation bzw. Auflösung der Gesellschaft werde durch die persönlich haftende Gesellschafterin bzw. die von ihr eingesetzte Geschäftsbesorgerin durchgeführt (Ziff. 6 im als Anlage zum Schriftsatz der Klägerin vom 15.11.2010 in Kopie vorgelegtem Protokoll der außerordentlichen Gesellschafterversammlung vom 8. Dezember 2009). Die Beklagte wurde erfolglos zur Zahlung von 25.564,59 € bis zum 12.12.2009 aufgefordert. Eine weitere Zahlungsaufforderung durch ihre jetzigen Prozessbevollmächtigten erfolgte am 19.01.2010. Das Schiff wurde Anfang 2010 verkauft.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Beklagte sei zur Rückzahlung verpflichtet, da die Zahlungen an die Beklagte Entnahmen darstellten, die wie Darlehen der Gesellschaft an den jeweiligen Gesellschafter zu behandeln seien. Sie hat behauptet, es sei den Zahlungsempfängern erkennbar gewesen, dass es sich nicht um Gewinnausschüttungen, sondern um liquiditätsabhängige Sonderausschüttungen gehandelt habe. Auch in den Geschäftsberichten sei auf die bedingte Rückzahlbarkeit hingewiesen worden. Die gewinnunabhängigen Ausschüttungen seien auf einem separaten Konto für jeden Gesellschafter als Entnahme verbucht und aufgrund der gesellschaftsvertraglichen Regelung als Darlehen qualifiziert worden. Die Bilanzierung dieser Forderungen sei erst möglich geworden, nachdem sie geltend gemacht worden seien. Ein Gesellschafterbeschluss zur Rückforderung sei nicht erforderlich gewesen, da es sich bei der Rückforderung der Ausschüttungen - ebenso wie bei der Entscheidung über die Gewährung solcher Ausschüttungen - um eine Maßnahme der Geschäftsführung im Sinne von § 116 Abs. 1 HGB gehandelt habe, die in ihrem Ermessen gelegen habe, bei dessen Ausübung die „Gesamtliquidität“ der Gesellschaft und der Gleichbehandlungsgrundsatz die Maßstäbe gebildet hätten. Im Übrigen habe eine Notlage der Gesellschaft bestanden, weil sie ohne den Zufluss der zurückgeforderten Beträge illiquide geworden wäre.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 25.564,59 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.12.2009 sowie 1.196,43 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27.3.2010 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen;

sie hat ferner widerklagend beantragt,

die Klägerin zu verurteilen, an sie 1.376,83 € nebst Zinsen in Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 7.5.2010 zu zahlen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

35

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Klägerin könne die Ausschüttungen nicht zurückverlangen. Ausweislich des Prospekts sei die Beteiligung „systematisch“ darauf angelegt gewesen, den Kommanditisten mit den „gewinnunabhängigen Ausschüttungen“ die tatsächlich durch den Schiffsbetrieb erwirtschafteten Überschüsse zukommen zu lassen, die sich indes steuerrechtlich wegen der hohen (Sonder-)Abschreibungen nicht als Gewinne dargestellt hätten. Von einer Rückzahlung solchermaßen ausgezahlter Liquiditätsüberschüsse sei im Prospekt jedoch an keiner Stelle die Rede gewesen. Auch wenn das Kapitalkonto des jeweiligen Gesellschafters durch die Inanspruchnahme der (Sonder-)Abschreibungen negativ geworden sei, ergebe sich aus den Ausschüttungen kein Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft, weil diese Ausschüttungen im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich zugelassen worden seien. Es handele sich deshalb um Vorschüsse auf zukünftige Gewinne, deren Ausgleich nur unter bestimmten Bedingungen verlangt werden könne. Die Frage des Wiederauflebens der Außenhaftung durch solche Ausschüttungen habe im Übrigen nichts damit zu tun, unter welchen Voraussetzungen die Klägerin im Innenverhältnis zu ihren Gesellschaftern Rückzahlung verlangen könne.

36

Die Rückforderung scheitere auch am Fehlen eines entsprechenden Beschlusses der Gesellschafterversammlung. Da § 9 Ziff. 2 des Gesellschaftsvertrags die Ausschüttungen von entsprechenden Gesellschafterbeschlüssen abhängig mache und auch in praxi so verfahren worden sei, könne für die Rückforderungen nichts anderes gelten.

37

Die Beklagte hat ferner Verhandlungen mit Banken sowie die Erstellung eines Sanierungskonzepts mit Nichtwissen bestritten. Sie hat die Auffassung vertreten, die Gesellschaft befinde sich aufgrund des Beschlusses über den Verkauf des Schiffes in Liquidation, weshalb die Klägerin nunmehr Abrechnung über den Verkauf zu erteilen habe. Sie hat die Angaben der Klägerin über die Liquiditätslage, wie von ihr als Anlage 2 zum Schriftsatz vom 05.10.2010 vorgelegt, bestritten und gegenüber etwaigen Rückforderungsansprüchen „hilfsweise“ die Verjährungseinrede erhoben.

38

Die Beklagte hat ferner hilfsweise die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch in Höhe ihrer Einlage erklärt und dazu die Auffassung vertreten, die Klägerin sei schadensersatzpflichtig, weil sie die Anleger nicht über die Gefahren aufgeklärt habe, die sich daraus ergäben, dass Ausschüttungen konzeptgemäß über Jahre hinweg nur aus Liquiditätsüberschüssen erfolgten.

39

Die Beklagte hat widerklageweise die vorgerichtlichen Kosten ihres jetzigen Prozessbevollmächtigten in Höhe von 1.376,83 € (brutto) geltend gemacht und die Auffassung vertreten, die Klägerin sei ihr aufgrund des offenen Vertragsbruchs, den ihr Rückzahlungsverlangen darstelle, diesbezüglich zum Schadensersatz verpflichtet.

40

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, sie habe in ihrem Prospekt hinlänglich deutlich auf Haftungsrisiken hingewiesen. Etwaige Schadensersatzansprüche der Beklagten seien ohnehin verjährt; die Geltendmachung solcher Ansprüche widerspreche auch § 242 BGB. Schließlich habe sich die Beklagte Steuervorteile anrechnen zu lassen.

41

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen geringen Teil der geltend gemachten vorgerichtlichen Kosten stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

42

43

Mit ihrer Berufung verfolgt die Beklagte ihre erstinstanzlich gestellten Anträge weiter, nimmt jedoch von der Hilfsaufrechnung Abstand.

Sie meint, eine Auslegung des § 11 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrags dahingehend, dass die den Kommanditisten gewährten gewinnunabhängigen Ausschüttungen „wie Darlehen“ zu behandeln seien, sei nicht haltbar. In die Auslegung sei auch der Prospekt einzubeziehen, der aber nur darüber informiert habe, dass der Anleger im ungünstigsten Fall keine Ausschüttung erhalte. Die Regelung des § 11 Ziff. 3 stelle eine überraschende Klausel im Sinne von § 305 c Abs. 1 BGB dar. Jedenfalls bleibe nach der (gesellschafts-)vertraglichen Regelung offen, unter welchen Umständen eine Rückforderung durchgreife. Die Klausel des § 11 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrags könne allenfalls in der „kundenfreundlichsten“ Auslegung Bestand haben (§ 305 c Abs. 2 BGB). Sie setze dann jedoch eine finanzielle Notlage der Gesellschaft und einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss voraus, woran es fehle. 44

Die Gesellschaft habe auch keine Darlehenskonten für die Gesellschafter gebildet, sondern die Ausschüttungen „als negatives Kapitalkonto“ gebucht. Die Voraussetzungen, unter denen eine Gesellschaft solche „offenen Gewinnvorschüsse“ zurückverlangen könne, lägen hier - wie bereits in erster Instanz dargelegt - nicht vor. 45

Das Landgericht irre, wenn es meine, der Rückforderungsanspruch ergebe sich bereits aus dem Wiederaufleben der Außenhaftung. Hier liege es außerdem so, dass ohne die Inanspruchnahme der steuerlichen Sonderabschreibung zu keinem Zeitpunkt negative Kapitalkonten entstanden wären, so dass keine einzige Ausschüttung zu einem Wiederaufleben der Haftung gem. § 172 Abs. 4 HGB geführt hätte. 46

Die Beklagte beantragt, 47

unter Abänderung des am 04.01.2011 verkündeten Urteils des Landgerichts Dortmund die weitergehende Klage abzuweisen sowie die Beklagte widerklageweise zur Zahlung von 1.376,83 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz sei dem 07.05.2010 zu verurteilen. 48

Die Klägerin beantragt, 49

die Berufung zurückzuweisen. 50

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung und führt aus, dass per 31.7.2011/1.8.2011 die Verbindlichkeiten von rund 588.000,--€ die Aktiva (Bankguthaben von rund 492.000,--€) deutlich überschritten. Lediglich in dem Fall, dass sämtliche Kommanditisten die zurückverlangten Ausschüttungen in Höhe von 25 % des (jeweiligen) Kommanditkapitals zurückzahlten, sei mit einer „Restauszahlung“ von 2,88 % des Kommanditkapitals zu rechnen. 51

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze und der zu den Akten gereichten Anlagen Bezug genommen. 52

II. 53

Die form-und fristgerecht eingelegte, mithin zulässige Berufung ist unbegründet. 54

1. 55

56

Die Beklagte ist verpflichtet, die als Ausschüttungen erhaltenen Zahlungen in der unstreitigen Höhe von 25.564,59 € an die Klägerin zurückzuzahlen. Der Anspruch der Klägerin folgt aus dem Gesellschaftsvertrag.

a)

57

Grundsätzlich erfolgen Ausschüttungen an Kommanditisten ebenso wie Entnahmen, denen keine tatsächlichen Gewinne zugrunde liegen, die aber bei Personengesellschaften vielfach praktiziert werden, lediglich im Vorgriff auf künftige Gewinne. Das bedeutet, dass solche Auszahlungen entweder mit späteren Gewinnzuweisungen verrechnet werden oder zurückzuzahlen sind. Der Rückzahlungsanspruch folgt dann als Sozialanspruch aus dem Gesellschaftsverhältnis, so dass die Gesellschaft nicht etwa auf einen Darlehensrückzahlungs- oder Bereicherungsanspruch verwiesen ist (vgl. BGH, Urt. v. 29. 5.1967, Az. VII ZR 66/65; Ehricke in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. § 122 Rdnr. 17 m. w. N.).

58

Hinsichtlich der hier in Rede stehenden Ansprüche gilt im Ausgangspunkt nichts anderes. Der Gesellschaftsvertrag sieht in § 11 Ziff. 3 in Abweichung von der ? dispositiven – Regelung in § 169 Abs. 1 HGB gewinnunabhängige Ausschüttungen an Kommanditisten vor. Ein Rückforderungsanspruch besteht jedoch dann nicht, wenn die gesellschaftsvertraglichen Regelungen eine Rückforderung ausschließen (BGH, Urt. v. 20. 6. 2005, II ZR 252/03) oder ein schützenswertes Vertrauen des Kommanditisten darauf begründen, der Gesellschaft die im Wege der Ausschüttung erhaltenen Beträge nicht noch einmal zur Verfügung stellen zu müssen (Senat, Urt. v. 2. 2. 2011, Az. 8 U 136/10; Urt. v. 9. 3. 2011, Az. 8 U 133/10).

59

Diese Grundsätze stehen im Übrigen auch nicht mit der Auffassung in Widerspruch, wonach bei gesellschaftsvertraglich zulässigen gewinnunabhängigen Ausschüttungen - etwa zur Bezahlung von persönlichen Steuern - ein Vorschuss auf zukünftige Gewinnansprüche vorliege und deshalb eine Rückforderung der Gesellschaft nur im Wege der Verrechnung mit solchen künftigen Gewinnansprüchen stattfinde (Huber, ZGR 1988, S. 1, 59; Ley, DStR 2003, S. 957, 959; Wälzholz DStR 2011, S. 1861, 1863). Denn auch die genannten Autoren bejahen einen Rückforderungsanspruch, wenn die Erwartung künftiger Gewinnerzielung endgültig entfallen ist, also namentlich mit Auflösung oder Insolvenz der Gesellschaft (z.B. Wälzholz, a.a.O.). Das ist hier der Fall, denn es liegt, wie die Beklagte selbst vorträgt, der Fall der Liquidation der Klägerin vor. Aus der von der Beklagten herangezogenen Entscheidung des BFH vom 16.10.2008 (Az. IV R 98/06, DStR 2009, S. 212) ergibt sich nichts anderes. Soweit die Aussagen des BFH in jener Entscheidung die Frage der Existenz eines gesellschaftsrechtlich begründeten Rückforderungsanspruchs tangieren, stellt er lediglich klar, dass sich im Einkommensteuerrecht Abweichungen von der gesellschaftsrechtlichen Rechtslage für den Fall des aufgrund unberechtigter Entnahmen aktivisch gewordenen Kapitalkontos II ergeben können (a.a.O. S. 215); indes geht es im vorliegenden Rechtsstreit weder um unberechtigte Entnahmen der Beklagten noch um die einkommensteuerrechtliche Beurteilung solcher Entnahmen.

60

b)

61

Der Gesellschaftsvertrag enthält keine ausdrückliche Regelung des Inhalts, dass die Klägerin solche Ausschüttungen nicht zurückverlangen kann. Diese Rechtsfolge ergibt sich auch nicht konkludent aus dem Vertragsinhalt. Mag auch der Begriff der „Ausschüttung“ im Rahmen des HGB auf „echte“ Gewinne beschränkt sein, die keiner Rückforderung unterliegen, so kommt diesem Begriff im vorliegenden Zusammenhang in Bezug auf die Frage des endgültigen Behaltendürfens der Zahlungen ein solcher Inhalt nicht zu. Aus § 11 Ziff. 3 des

62

Gesellschaftsvertrags ergibt sich vielmehr, dass die gewinnunabhängigen Ausschüttungen den Gesellschaftern im Verhältnis zur Klägerin nicht unentziehbar verbleiben sollten. Das wird aus dem Nachsatz „der auf Darlehenskonto gebucht wird“ sowie durch den nachfolgenden Satz „Sofern ein Gesellschafter im Hinblick auf das Wiederaufleben der Haftung auf diese Entnahmen verzichtet, entfällt für ihn insoweit die Bildung der Darlehensverbindlichkeit.“ hinreichend deutlich. Der Umstand, dass die Ausschüttung mit einem Darlehen in Verbindung gebracht wird, also mit einem Rechtsverhältnis, bei dem auch für einen Laien erkennbar die Rückzahlungspflicht charakteristisch ist, lässt mit großer Deutlichkeit erkennen, dass die Zahlung unter Vorbehalt der Rückforderung bzw. der Verrechnung mit künftigen Gewinnen stand. Unerheblich ist nach Auffassung des Senats, dass die Ausschüttungen nicht aufgrund eines Darlehensvertrages erfolgt sind.

Soweit die Auffassung vertreten wird, eine Rückforderung von gewinnunabhängigen Ausschüttungen scheide bereits immer dann aus, wenn sie gleichsam mit Genehmigung der Gesellschaft bzw. bei „eindeutiger Regelung“ im Gesellschaftsvertrag vorgenommen worden seien (so möglicherweise Wagner DStR 2008, S. 563 ff.), lässt sich auch damit kein anderes Ergebnis stützen, weil der Hinweis auf die Verbuchung auf Darlehenskonto bzw. auf die Entstehung der „Darlehensverbindlichkeit“ gerade nicht die Endgültigkeit des Zuflusses bestätigt.

63

c)

64

Die Beklagte bekräftigt in zweiter Instanz ihre Auffassung, es müsse bei der Entscheidung auch berücksichtigt werden, dass die Klägerin in den Geschäftsjahren, für welche die nunmehr zurückgeforderten Ausschüttungen erfolgt seien, aus dem laufenden Geschäftsbetrieb Liquiditätsüberschüsse erwirtschaftet habe, die für die Ausschüttungen genutzt worden seien. Nur wegen der aus steuerlichen Gründen vorgenommenen Abschreibungen, die über den wahren Wertverzehr hinaus erfolgt seien, habe bei steuerlicher Betrachtung ein Verlust vorgelegen, der aber nur „auf Grund steuerlicher Fiktion“ eingetreten sei und für die wirtschaftliche Betrachtung nicht maßgeblich sein könne, weshalb sich zumindest im Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander sich keiner von ihnen vorwerfen lassen müsse, er habe sich seine Einlagen zurückzahlen lassen.

65

Diese Würdigung steht nicht im Einklang mit dem geltenden Recht und kann deshalb nicht zu einer der Beklagten günstigen Entscheidung führen. Gemäß §§ 161 Abs. 2, 120 Abs. 1 HGB wird auch in der Kommanditgesellschaft am Schluss des Geschäftsjahres der Gewinn oder Verlust ermittelt, und zwar auf Grund der Bilanz. Zu deren Aufstellung ist die Gesellschaft wie jeder Kaufmann gemäß § 242 Abs. 1 HGB ebenso verpflichtet wie zur Aufstellung einer Gewinn- und Verlustrechnung (§ 242 Abs. 2 HGB). In der Kommanditgesellschaft ist darüber hinaus der aus Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung bestehende Jahresabschluss durch das dazu berufene Organ der Gesellschaft festzustellen. Mit dieser wird der Abschluss verbindlich. Unstreitig ist auch bei der Klägerin in dieser Weise verfahren worden; die jeweiligen Jahresabschlüsse sind in dem dafür vorgesehenen Verfahren aufgestellt und festgestellt worden, so dass sie verbindlich geworden sind.

66

Dabei hat die Klägerin sogenannte Einheitsbilanzen aufgestellt, d.h. Handelsbilanzen, die zugleich von der Steuerbehörde als für die steuerliche Gewinnermittlung maßgebliche akzeptiert werden, die also nicht nur den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Buchführung (§ 243 Abs. 1 HGB), sondern auch den steuerlichen Anforderungen genügen. Es gibt deshalb bei der Klägerin nicht für die steuerliche Veranlagung eine andere Bilanz als die Handelsbilanz. Dabei kommt es nicht auf die Frage an, inwieweit der Gesetzgeber im hier interessierenden Zeitraum über § 5 EStG und dessen Novellierungen (insbesondere durch

67

den am 29.5.2009 in Kraft getretenen Art. 3 Nr. 1 BilMoG) den Grundsatz der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz realisiert hat. Denn die Beklagte behauptet nicht, dass die Klägerin nur für die Steuerbilanz von den ihr möglichen Abschreibungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht, diese Abschreibungen aber in der Handelsbilanz nicht nachvollzogen habe. Ob eine solche Handhabung hier - vielleicht unter Ausnutzung eines steuerlichen Wahlrechts im Sinne des von der Beklagten zuletzt schriftsätzlich erwähnten § 5 Abs. 1 EStG - überhaupt zulässig gewesen wäre, kann an dieser Stelle offen bleiben. Für die vorliegende Entscheidung ist nach dem zuvor Gesagten jedenfalls davon auszugehen, dass die als Einheitsbilanz erstellten Abschlüsse der Klägerin die fraglichen Abschreibungen enthalten, damit steuer- wie handelsrechtlich den Verlust für beide Rechtsregime einheitlich ermitteln und dass die so ermittelten Geschäftsergebnisse durch Bilanzfeststellung für alle Gesellschafter verbindlich geworden sind. Die Beklagte kann deshalb nicht damit gehört werden, in Wahrheit gebe es die - einer Gewinnausschüttung entgegenstehenden - Verluste der Klägerin in den fraglichen Geschäftsjahren gar nicht und sie habe lediglich den ihr gebührenden Gewinnanteil empfangen.

d) 68

Es kommt auch nicht darauf an, ob für die Kommanditisten Darlehenskonten geführt worden sind oder nicht. Selbst wenn, wie die Beklagte im Rahmen ihrer Berufungsbegründung behauptet, die Ausschüttungen lediglich auf Kapitalkonto gebucht worden wären, ließe dies den Bestand des Rückzahlungsanspruchs, wie er sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt, unberührt. Denn im Rahmen welchen Kontenmodells die technische Abwicklung der gewinnunabhängigen Ausschüttungen erfolgt, ist jedenfalls für die gesellschaftsrechtliche Beurteilung der sich aus solchen Ausschüttungen ergebenden Rückzahlungsansprüche nicht von Belang.

e) 70

Entgegen der Auffassung der Beklagten kommt es für die Beurteilung der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien in erster Linie auf den Inhalt des Gesellschaftsvertrages und nicht auf den Prospekt an, dessen Inhalt allenfalls ergänzend zur Auslegung des Vertrages herangezogen werden kann. Denn der Gesellschaftsvertrag einer Publikumsgesellschaft ist objektiv auszulegen (BGH, Urt. vom 4.7.2005 - Az. II ZR 354/03 - NJW-RR 2005, S. 1347).

aa) 72

Der Prospekt ist nicht in den Vertrag einbezogen worden. Der Beitrittserklärung ist dies deutlich zu entnehmen. Insoweit lautet die im Hinblick auf die Bestimmung der zwischen Beitretendem und Gesellschaft geltenden Regeln entscheidende Formulierung, der Unterzeichner erkenne den Gesellschaftsvertrag des DS-Rendite Fonds Nr. 36, der im Emissionsprospekt abgedruckt ist, als für sich verbindlich an. Auch die weitere Textpassage der Beitrittserklärung („Ich bestätige, dass mein Beitritt vorbehaltlos und ausschließlich aufgrund der Prospektdarstellung und der o. g. Verträge erfolgt und keine hiervon abweichenden oder darüber hinausgehenden Erklärungen oder Zusicherungen abgegeben worden sind.“) rechtfertigt nicht den Schluss, der Emissionsprospekt sei Vertragsinhalt geworden. Vielmehr besagt die genannte Formulierung nur, dass die Willensbildung des Beitretenden allein auf der Grundlage der im Prospekt vermittelten Informationen und nicht anderweitiger möglicherweise davon abweichender Erklärungen etwa des Vermittlers erfolgt ist. Insoweit unterscheidet sich der Text der Beitrittserklärung entscheidend von demjenigen, der der Entscheidung des BGH vom 27. 11. 2000 (II ZR 218/00) zugrunde lag, wo der

Beitretende ausdrücklich den Emissionsprospekt als verbindlich anerkannt hatte.

Auch die formularmäßige Bestätigung der Beklagten, den Emissionsprospekt erhalten zu haben, macht dessen Inhalt nicht zum Vertragsinhalt. Diese Bestätigung ist ersichtlich zum Nachweis der mit dem Prospekt vorzunehmenden Aufklärung in die Beitrittserklärung aufgenommen worden, also zu ganz anderen Zwecken. 74

bb) 75

Die Bedeutung des Prospekts steht außer Zweifel bei der Beurteilung der zutreffenden Aufklärung des Beitrittswilligen durch die aufklärungspflichtigen Personen und bei der Frage, ob insoweit bestehende Defizite Prospekthaftungsansprüche begründen. Davon ist aber die gänzlich anders gelagerte Frage zu trennen, welchen Inhalt der Gesellschaftsvertrag hat, den der Beitretende mit der Gesellschaft geschlossen hat. Konkret bedeutet dies: 76

Wenn auf den grundsätzlich zunächst vorläufigen Charakter der gewinnunabhängigen Ausschüttungen im Prospekt möglicherweise nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit hingewiesen worden sein sollte, wie die Beklagte rügt, mag die Aufklärung unzureichend gewesen sein. Dies hätte u. U. Schadensersatzansprüche gegen die Verantwortlichen zur Folge, wirkt sich aber nicht zwingend auf den Inhalt des Vertrags aus. 77

f) 78

§ 11 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrags verstößt auch nicht gegen §§ 305 ff. BGB, insbesondere nicht gegen § 305 c und § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. 79

Der Senat geht mit dem Bundesgerichtshof davon aus, dass die §§ 305 ff. BGB wegen der in § 310 Abs. 4 BGB enthaltenen Regelung auf Gesellschaftsverträge keine Anwendung finden, dass jedoch solche Vertragsbedingungen, die – wie im vorliegenden Fall – für eine Vielzahl von Gesellschaftsbeteiligungen vorformuliert sind, der objektiven Auslegung und dadurch der Inhaltskontrolle ähnlich wie Allgemeine Geschäftsbedingungen unterliegen (vgl. BGH, Urt. v. 27.11.2000 – Az. II ZR 218/00 – NJW 2001, 1270). Bei einer objektiven Auslegung und Inhaltskontrolle des vorliegenden Gesellschaftsvertrags, insbesondere des § 11 Ziff. 3, nach der Maßgabe der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ergeben sich Bedenken weder gegen die Eindeutigkeit des Inhalts noch gegen die Wirksamkeit dieser Klausel. 80

Bei der gebotenen Aufmerksamkeit erschließt sich einem durchschnittlich begabten Interessenten bzw. Anleger bereits mit der Formulierung „Buchung auf Darlehenskonto“, dass die Ausschüttungen im Verhältnis zur Gesellschaft nicht unwiderruflich erfolgen sollten. 81

aa) 82

Selbst wenn § 305 c Abs. 1 BGB, der der Einbeziehungs-, nicht hingegen der Inhaltskontrolle gilt, im Rahmen des § 242 BGB entsprechend auf Gesellschaftsverträge anzuwenden sein sollte, wäre die Regelung in § 11 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrags nicht als überraschend anzusehen, also nicht als „so ungewöhnlich, dass der Vertragspartner ... mit ihnen nicht zu rechnen braucht“. Da der Gesellschaftsvertrag objektiv auszulegen ist (s.o.), stellt er selbst bzw. der durch ihn verkörperte Vertragstypus die Grundlage dessen dar, auf der sich eine Ungewöhnlichkeit im Sinne von § 242 BGB in Verbindung mit § 305 c Abs. 1 BGB entscheidet, nicht aber sonstige ? mündliche oder schriftliche - Aussagen, die außerhalb des Vertragswerks stehen. 83

Wenn der solchermaßen allein relevante Gesellschaftsvertrag wie im vorliegenden Fall entgegen der gesetzlichen Regelung Ausschüttungen an Kommanditisten zulässt, die nicht aus Gewinnen stammen, ist es zumindest nicht fernliegend, dass der Gesellschaft eine Rückforderungsmöglichkeit für den Fall eingeräumt wird, dass sie bzw. ihr Geschäftsführer die Rückzahlung aufgrund eines entsprechenden Liquiditätsbedürfnisses für sinnvoll erachtet.	84
Die Auffassung der Beklagten, die Formulierung in § 11 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrags sei schon deshalb missverständlich und letztlich unwirksam, weil danach selbst solche Ausschüttungen auf Darlehenskonto gebucht würden, welche auf im Jahresabschluss ausgewiesenen Gewinnen beruhen, während der Kommanditist solche Ausschüttungen „nach dem Gesetz in jedem Fall behalten“ dürfe, teilt der Senat nicht. Die Beklagte nimmt insoweit ersichtlich auf die Regelung des § 169 Abs. 2 HGB Bezug, wonach ein Kommanditist nicht verpflichtet ist, einen bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen. § 11 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrages bezieht sich hingegen - anders als § 11 Ziff. 2 - nur auf gewinnunabhängige Ausschüttungen. Der Rückforderungsanspruch der Klägerin beruht denn auch nur auf solchen Ausschüttungen, nicht hingegen auf Ausschüttungen von Gewinnen.	85
bb)	86
Der Senat bleibt auch bei seiner Auffassung, wonach die Regelung in § 11 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrags nicht gegen das - wiederum nur über § 242 BGB und unter Berücksichtigung der spezifischen gesellschaftsrechtlichen Belange anwendbare - Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) verstößt. So ist es unschädlich, dass der Gesellschaftsvertrag keine ausdrückliche Regelung darüber enthält, unter welchen tatbestandlichen Voraussetzungen eine Rückforderung der gewinnunabhängigen Ausschüttungen stattfinden kann. Aus dem Gesellschaftszweck, nämlich dem Betrieb eines Containerschiffes (durch Vercharterung) in Form einer Handelsgesellschaft, ergibt sich jedenfalls im Rahmen der Auslegung, dass eine Rückforderung von einem entsprechenden, anderweitig nicht zu deckenden Liquiditätsbedarf der Gesellschaft abhängig ist.	87
Die Formulierung in § 11 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrages („Buchung auf Darlehenskonto“) muss auch nicht die inhaltlichen Anforderungen erfüllen, die der BGH an gesellschaftsvertragliche Bestimmungen knüpft, die Beitragserhöhungen vorsehen (wie Angaben zur Obergrenze oder sonstige Kriterien, die das Erhöhungsrisiko eingrenzen, z.B. NJW-RR 2005, S. 1347). Denn die Rückforderung gewinnunabhängiger Ausschüttungen ist mit der Begründung einer Nachschusspflicht nicht gleichzusetzen. Darüber hinaus ist der Rückforderung eine Beschränkung auf die bislang ausgeschütteten Beträge immanent, so dass ein Bedürfnis nach Risikoeingrenzung nicht besteht.	88
Die Beklagte kann sich in diesem Zusammenhang auch nicht mit Erfolg auf die im Rahmen des § 305 c Abs. 2 BGB (sog. Unklarheitenregel) praktizierte Rechtsanwendung berufen, wonach eine Klausel nur dann eine Existenzberechtigung in Gestalt der kundenfreundlichsten Auslegung hat, wenn sie sich zunächst auch in der kundenfeindlichsten Auslegung als wirksam erweist (s. Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 305 c Rn. 18 a.E.). Diese Anwendungspraxis ist auf gesellschaftsrechtliche Bestimmungen der hier interessierenden Art weder direkt noch entsprechend anwendbar. Sie stellt eine Lösung des vom Gesetzgeber als typischerweise bestehend angenommenen Interessenwiderstreits zwischen dem Klauselverwender und seinem Vertragspartner im Rahmen zweiseitiger Austauschverträge dar. Eine derartige Situation existiert jedoch bei Publikumsgesellschaften im Verhältnis der Gesellschaft zu ihren Mitgliedern nicht, weshalb eine Übertragung der Bestimmung des § 305 c Abs. 2 BGB auf die Regelwerke von Gesellschaftsverträgen nicht angemessen ist. Dem entspricht es, dass für Gesellschaftsverträge von Publikumsgesellschaften auch der	89

Grundsatz gilt, wonach unklare und/oder überraschende Klauseln, die ungewöhnliche Belastungen für die Kommanditisten mit sich bringen, restriktiv ausgelegt werden müssen (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/ Henze, HGB, 2. Aufl., B Rn. 21; BGH, Urt. vom 30.4.1979, Az. II ZR 57/78, NJW 1979, S. 2102). Damit ist eine Handhabung, wie sie die Beklagte unter Rückgriff auf die Anwendungspraxis des § 305 c Abs. 2 BGB befürwortet und die deshalb im Regelfall zur Unwirksamkeit der betreffenden Klausel führte, unvereinbar.

cc) 90

Auch die Regelungen des Gesellschaftsvertrags außerhalb des § 11 Ziff. 3 bieten keinen Anlass für die Annahme, gewinnunabhängig ausgeschüttete Beträge seien von der Gesellschaft nicht mehr rückforderbar. 91

g) 92

Unstreitig ist die Beklagte Kommanditistin der Klägerin und hat gewinnunabhängige Ausschüttungen in Höhe von 25.564,59 € erhalten, so dass nach den vorstehenden Ausführungen ein Rückforderungsanspruch in dieser Höhe begründet ist. 93

Zur Fälligkeit der Forderung bedurfte es keines Beschlusses der Gesellschafterversammlung. Es handelt sich bei der Entscheidung über die Rückforderung der ausgeschütteten Beträge um ein gewöhnliches Geschäft der Verwaltung, das der persönlich haftenden Gesellschafterin bzw. der von dieser eingesetzten Geschäftsbesorgerin übertragen war. 94

Nach §§ 161 Abs. 2, 116 Abs. 1 HGB erstreckt sich die Befugnis zur Geschäftsführung auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt. Gewöhnlich in diesem Zusammenhang ist, was in einem Handelsgewerbe wie dem vorliegenden üblicherweise vorkommen kann (Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. § 116 Rdnr. 1). Abzugrenzen ist dies von den außergewöhnlichen Geschäften oder gar den Grundlagengeschäften, die gar kein Fall der Geschäftsführung sind. 95

Der Gesellschaftsvertrag gibt in § 6 Ziff. 2 einige Beispiele für zustimmungsbedürftige Geschäfte, die vor allem die Grundlage des Unternehmens (Veräußerung des Schiffes) sowie die Eingehung erheblicher Verpflichtungen oder Belastungen betreffen. 96

Bei der Einforderung von Ansprüchen handelt es sich auch in Ansehung dieser vertraglichen Vorgaben nicht um ein außergewöhnliches Geschäft, das der Zustimmung der Gesellschafterversammlung vorbehalten wäre. Vielmehr sind solche Handlungen Teil der typischen Aufgaben der Geschäftsführung. Eine andere Beurteilung ist auch nicht deswegen gerechtfertigt, weil es sich um Ansprüche gegen Gesellschafter handelt. Es geht nicht um die Frage, ob Ansprüche gegen Gesellschafter begründet werden, sondern nur darum, ob latent bestehende Forderungen geltend gemacht und damit fällig werden. Kommt die Geschäftsführung nach pflichtgemäßer Prüfung zu dem Ergebnis, die Einforderung sei erforderlich, kann sie die dazu erforderlichen Schritte einleiten. 97

An dieser Betrachtung ändert es nichts, dass die Vornahme der gewinnunabhängigen Ausschüttungen stets aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses gem. § 9 Ziff. 2 des Gesellschaftsvertrages vorgenommen worden ist. Die Rückforderung gewinnunabhängiger Ausschüttungen ist in § 9 Ziff. 2 nicht als Angelegenheit genannt, die zwingend eines vorherigen Beschlusses bedarf. § 9 Ziff. 2 bietet auch im Wege der Auslegung keine Grundlage für die Auffassung, die Rückforderung gewinnunabhängiger Ausschüttungen bedürfe eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung. Denn es liegt auf der Hand, dass 98

sich die zu einer Rückforderung Veranlassung gebende Situation grundlegend von derjenigen unterscheidet, in der die Gesellschafter über die Frage der Vornahme einer Ausschüttung Beschluss fassen. Die Regelung in § 9 Ziff. 2 des Gesellschaftsvertrages kann deshalb nicht als Beleg für die Auffassung gelten, wonach auch der „actus contrarius“ zur Ausschüttung stets eines Beschlusses bedürfe; ihr kann vielmehr zumindest ebenso stringent entnommen werden, dass die Gesellschaft in einer Situation wirtschaftlicher Bedrängnis für die Geltendmachung einer Rückforderung nicht auf eine vorherige Beschlussfassung verwiesen sein soll.

Die Notwendigkeit eines Beschlusses der Rückforderung lässt sich im Übrigen auch nicht den Bestimmungen in § 11 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrags im Wege der gebotenen restriktiven Auslegung entnehmen. Die Sicherstellung der Liquidität der Gesellschaft zur Vermeidung einer Insolvenz und der damit verbundenen Inanspruchnahme der Kommanditisten seitens der Gesellschaftsgläubiger durch den Rückgriff auf gewinnunabhängige Entnahmen stellt einen Vorgang dar, hinsichtlich dessen eine Mitsprache der Kommanditisten aus Gründen der Wahrung ihrer Interessen - angesichts des ohnehin bestehenden Haftungsrisikos - nicht dringend erforderlich und zur möglichst sicheren Vermeidung der Illiquidität bzw. der Insolvenz auch nicht sachgerecht ist. 99

Schließlich erweist sich die Fassung eines Beschlusses über die Rückforderung auch nicht deshalb als notwendig, weil sie, wie die Beklagte meint, einer Neuzuführung von Eigenkapital durch die Gesellschafter wirtschaftlich gleichkomme und insofern eine Grundlagenentscheidung darstelle. Es geht nicht um die Begründung einer Nachschusspflicht bzw. deren Beitreibung, sondern um die Rückforderungen gewinnunabhängiger Ausschüttungen oder Entnahmen. Der Charakter der Forderung der Klägerin ändert sich nicht dadurch, dass Kommanditisten - worin die Beklagte durchaus richtig liegen mag - die Rückflüsse hingegen de facto als endgültig betrachtet und entsprechend darüber disponiert haben. 100

h) 101

Dem Anspruch auf Rückzahlung steht nicht der zwischenzeitliche Verkauf des Containerschiffs oder der nunmehr auch von der Klägerin nicht mehr in Abrede gestellte Eintritt der Gesellschaft in das Liquidationsstadium entgegen. 102

Ist die Gesellschaft bereits aufgelöst und befindet sie sich in Liquidation, kann sie Forderungen gegen Gesellschafter nicht mehr uneingeschränkt geltend machen, sondern nur noch insoweit, als sie sie für die Durchführung der Abwicklung benötigt. Davon ist, was den gegen die Beklagte geltend gemachten Betrag angeht, jedoch auszugehen. Nach der Rechtsprechung des BGH obliegt es dem in Anspruch genommenen Gesellschafter darzulegen und zu beweisen, dass der von den Liquidatoren eingeforderte Betrag für die Zwecke der Abwicklung der Gesellschaft nicht benötigt wird (BGH, Urt. v. 3. 7. 1978, Az. II ZR 54/77; U. v. 5. 11. 1979, Az. II ZR 145/78). Der Liquidator hat allerdings die Verhältnisse der Gesellschaft im Rahmen einer sekundären Darlegungslast darzulegen (BGH, Urt. v. 5. 11. 1979, Az. II ZR 145/78, NJW 1980, S. 1522). Die Komplementärin bzw. die von ihr beauftragte Geschäftsbesorgerin ist ausweislich des Beschlusses der außerordentlichen Gesellschafterversammlung der Klägerin (unter Ziff. 6 des Protokolls), dessen Ordnungsmäßigkeit die Beklagte nicht angegriffen hat, mit diesen Aufgaben des Liquidators betraut worden. 103

Die Klägerin ist ihrer Obliegenheit jedenfalls in zweiter Instanz durch die Darstellung ihrer aktuellen finanziellen Situation zum 1. August 2011 nachgekommen; mit dem 104

diesbezüglichen Sachvortrag ist sie auch nicht präkludiert, da sich die maßgeblichen Umstände erst im Laufe des Jahres 2011 ergeben haben. Aus ihrem Vortrag ergibt sich, dass sich ihre Aktiva zum Stichtag auf rund 492.000,--€ beliefen, während die Summe der Verbindlichkeiten bei rund 588.000,--€ lag. Damit ist eine Unterdeckung in Höhe von rund 100.000,--€ schlüssig vorgetragen worden. In diese Liquiditätsbetrachtung hat die Klägerin zulässigerweise auch bestimmte Rückstellungen, u.a. für Steuerzahlungen und Prozesskosten, einbezogen. Die Beklagte hat sich diesen Ausführungen gegenüber auf das Bestreiten mit Nichtwissen beschränkt, aber nicht dargelegt und unter Beweis gestellt, dass die Klägerin die eingeforderten Beträge nicht benötigt.

i) 105

Der Rückzahlungsanspruch ist nicht verjährt. 106

Die Voraussetzungen für eine etwaige Verjährung des Rückforderungsanspruchs richten sich seit dem 01.01.2002 nach §§ 195, 199 Abs. 1 BGB n.F. Der Senat teilt die Auffassung des Landgerichts, wonach der Rückforderungsanspruch der Klägerin einen sogenannten verhaltenen Anspruch darstellt, den die Beklagte erst mit der Geltendmachung Ende des Jahres 2009 erfüllen musste und konnte. 107

Die Verjährung solcher Ansprüche beginnt nach zutreffender Auffassung erst mit ihrer Geltendmachung (Palandt/Ellenberger, BGB, 71. Aufl., § 199 Rn. 8, Beck'scher Online Komm. zum BGB/Henrich/Spindler § 199 Rn. 10; Münchener Komm. zum BGB/Grothe, 6. Aufl., § 199 Rn. 7). Die im Jahre 2010 erhobene Klage hat folglich die Verjährung rechtzeitig gehemmt. 108

2. 109

Der Zinsanspruch der Klägerin ist gem. §§ 286, 288 BGB begründet. 110

3. 111

Der vom Landgericht zuerkannte Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Kosten in Höhe von 1.005,40 € ist ebenfalls begründet. Die Klägerin hat die Beklagte nach Eintritt des Verzuges durch anwaltliches Schreiben vom 19.1.2010 nochmals zur Zahlung auffordern lassen, wodurch die zugesprochenen Kosten entstanden sind. Der Beklagte hat diese als Verzugsschaden zu erstatten. 112

4. 113

Auf die vorgerichtlichen Kosten hat der Beklagte die verlangten Rechtshängigkeitszinsen seit Zustellung der Klageschrift am 27.3.2010 in gesetzlicher Höhe zu zahlen. 114

5. 115

Die Berufung der Beklagten hat ebenfalls keinen Erfolg, soweit das Landgericht ihre Widerklage abgewiesen hat. Denn der Anspruch der Beklagten auf Erstattung ihrer vorgerichtlichen Kosten ist unbegründet. Die Klägerin, die nach den vorstehenden Ausführungen einen Anspruch auf Rückzahlung der der Beklagte zugeflossenen gewinnunabhängigen Ausschüttungen in Höhe von 25.564,59 € hat, hat mit der außergerichtlichen Geltendmachung dieser Forderung der Beklagten gegenüber keine Verletzung des Gesellschaftsvertrags begangen und sich deshalb nicht schadensersatzpflichtig gemacht. 116

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergeht nach §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 117

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Entscheidung steht nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs oder anderer Obergerichte und hat auch keine grundsätzliche Bedeutung. Allein der Umstand, dass in einem parallel gelagerten Verfahren gegen Entscheidungen des Senats die Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesgerichtshof eingelegt worden ist, rechtfertigt nicht die Zulassung der Revision in diesem Rechtsstreit. 118