
Datum: 03.12.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-8 U 20/12
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:1203:I8U20.12.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 6 O 523/10
Schlagworte: Sonderprüfung, Publikumsgesellschaft, Kommanditgesellschaft
Normen: HGB § 166; AktG § 142

Leitsätze:

1. § 142 AktG (Bestellung der Sonderprüfer) findet auf Publikumsgesellschaften in der Rechtsform der Kommanditgesellschaft keine entsprechende Anwendung.

2. Ein gleichwohl gefasster Beschluss der Gesellschafterversammlung einer solchen Publikumsgesellschaft ist nicht wirksam, wenn er nicht mit der für eine Änderung des Gesellschaftsvertrags erforderlichen Mehrheit gebilligt worden ist. Beim Fehlen von entsprechenden

Regelungen im Gesellschaftsvertrag ist der Beschluss als ein solcher anzusehen, der auf eine Änderung des Gesellschaftsvertrags gerichtet ist.

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 17. Januar 2012 verkündete Urteil des Landgerichts Dortmund wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

G r ü n d e :	1
I.	2
Die Klägerin macht gegen die Beklagte Zahlungsansprüche aus einer Kommanditbeteiligung geltend.	3
Die Klägerin ist eine Fonds-Beteiligungsgesellschaft. Die Beklagte ist an der Klägerin aufgrund ihrer Beitrittserklärung vom 29.09.1996 als Kommanditistin mit einer Beteiligungssumme von 51.129,19 EUR (= 100.000,00 DM) beteiligt. Gegenstand des Unternehmens der Klägerin ist der Erwerb und Betrieb des Produktentankers N D C. Im Gesellschaftsvertrag heißt es u.a. wie folgt:	4
§ 4 Gesellschafter, Gesellschaftskapital, Einlagen	5
...	6
5.	7
<i>Eine Nachschusspflicht der Kommanditisten besteht nicht, auch nicht als Ausgleichspflicht der Gesellschafter untereinander, soweit sich nicht aus den nicht abdingbaren §§ 171 f. HGB etwas anderes ergibt.</i>	8
	9
§ 8 Gesellschafterbeschlüsse	10
...	11
3.	12
<i>Ist Gegenstand der Beschlussfassung</i>	13
<i>a) die Änderung des Gesellschaftsvertrages</i>	14
...	15
<i>so bedarf der Gesellschafterbeschluss einer Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen.</i>	16
4.	17
<i>Kein Kommanditist kann durch Gesellschafterbeschlüsse gegen seinen Willen verpflichtet werden, der Gesellschaft weitere Mittel nachzuschießen, unbeschadet der nicht abdingbaren gesetzlichen Haftungsregelung.</i>	18
§ 11 Gewinn- und Verlustrechnung	19
1.	20
<i>Der im Jahresabschluss ausgewiesene Gewinn oder Verlust eines Geschäftsjahres ist den Kommanditisten entsprechend dem Verhältnis der nominellen Kommanditanteile ...</i>	21

zueinander voll zuzuweisen ...

2.	22
<i>Der nach der vorstehenden Bestimmung zu verteilende Gewinn wird an die Gesellschafter ausgeschüttet ...</i>	23
3.	24
<i>Unabhängig von einem im Jahresabschluss ausgewiesenen Gewinn oder Verlust schüttet die Gesellschaft für den Fall, dass die Liquiditätslage es zulässt, im jeweiligen Folgejahr des entsprechenden Geschäftsjahres einen Betrag in Höhe von voraussichtlich</i>	25
5 % für 1998 - 2000	26
6 % für 2001 – 2002	27
7 % für 2003	28
8 % für 2004	29
9 % für 2005	30
10 % für 2006	31
11 % für 2007 - 2008	32
<i>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.</i>	33
Wegen des weiteren Inhalts des Gesellschaftsvertrages wird auf das zur Akte gereichte Vertragsexemplar Bezug genommen.	34
Seit dem Jahre 1998 erfolgten entsprechend den Vorgaben des Gesellschaftsvertrages gewinnunabhängige Ausschüttungen an die Kommanditisten.	35
Mit Schreiben an die Kommanditisten vom 28.12.2009 teilte die Klägerin mit, dass erhebliche Liquiditätsprobleme bestünden, und forderte die Kommanditisten zur Rückzahlung der gewährten Ausschüttungen in Höhe von 20 % des Kommanditkapitals auf. Die Klägerin wiederholte die Zahlungsaufforderung mit Schreiben vom 30.04.2009. Die Beklagte leistete keine Zahlung.	36
Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin von der Beklagten Rückzahlung der Ausschüttungen für das Jahr 2003 in Höhe von 3.579,04 EUR, für das Jahr 2004 in Höhe von 4.090,34 EUR und für das Jahr 2005 in Höhe eines Teilbetrages von 2.556,46 EUR. Hieraus ergibt sich die Klageforderung von 10.225,84 EUR. Erstinstanzlich hat die Klägerin ferner Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 703,80 EUR begehrt.	37
Die Klägerin hat vorgetragen: Die Beklagte sei zur Rückzahlung der gewährten Ausschüttungen verpflichtet. Bei den Ausschüttungen handele es sich um gewinnunabhängige Entnahmen, die gemäß § 11 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrages wie ein Darlehen der Gesellschaft an den jeweiligen Gesellschafter zu behandeln seien. Der Anlass für die Rückforderung bestehe darin, dass sich die Klägerin in einer schwierigen	38

wirtschaftlichen Lage befinde. Die Einnahmen der Klägerin seien seit dem Jahre 2008 eingebrochen, so dass die laufenden Kosten nicht mehr gedeckt werden könnten. Das von der Klägerin entwickelte Sanierungskonzept sehe u.a. vor, dass ein Teil der gewährten Ausschüttungen von den Kommanditisten zurückgezahlt werde.

Die Klägerin hat beantragt, 39

die Beklagte zu verurteilen, an sie 10.225,84 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.05.2010 sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 703,80 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klagezustellung zu zahlen. 40

Die Beklagte hat beantragt, 41

die Klage abzuweisen. 42

Sie hat vorgetragen: Für das Rückzahlungsbegehren der Klägerin fehle es an einer rechtlichen Grundlage. Die Regelung in § 11 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrags sei unklar und widersprüchlich; der Begriff des Darlehenskontos sei im Vertrag nicht näher erläutert. Die Rückforderung widerspreche auch der Handhabung der Klägerin bei der Verbuchung der Ausschüttungen. In den Bilanzen seien die Ausschüttungen an die Gesellschafter nämlich nicht unter Position B II. („Forderungen ...“), sondern als „zurückgewährte Kapitaleinlage“ gebucht worden. Mit der Feststellung der jeweiligen Jahresabschlüsse habe die Klägerin gegenüber den Gesellschaftern ein negatives Schuldanerkennntnis abgegeben, so dass sie mit etwaigen Rückzahlungsansprüchen ausgeschlossen sei. Zudem sei der vermeintliche Darlehenscharakter der Ausschüttungen weder im ursprünglichen Emissionsprospekt noch in den Geschäftsberichten oder den Ausschüttungsmitteilungen kenntlich gemacht worden. Der Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs durch die Klägerin stehe ferner entgegen, dass hierüber kein Gesellschafterbeschluss gefasst worden sei. Schließlich sei ein etwaiger Rückforderungsanspruch der Klägerin verwirkt, da die Gesellschafter aufgrund des Verhaltens der Klägerin darauf hätten vertrauen dürfen, dass sie die geflossenen Ausschüttungen auf Dauer behalten könnten. 43

Das Landgericht hat der Klage hinsichtlich des Zahlungsanspruchs in Höhe von 10.225,84 EUR stattgegeben und sie bezüglich der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten abgewiesen. Wegen der Begründung wird auf den Inhalt der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. 44

Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Zur Begründung wiederholt und vertieft sie ihr erstinstanzliches Vorbringen. Insbesondere macht sie geltend: Das Landgericht habe zu Unrecht einen Rückzahlungsanspruch der Klägerin auf Grundlage der Klausel in § 11 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrages bejaht. Der Klausel lasse sich nicht entnehmen, dass die Kommanditisten zur Rückzahlung der gewinnunabhängigen Ausschüttungen verpflichtet seien. Zudem habe das Landgericht unberücksichtigt gelassen, dass der Inhalt des Beteiligungsprospektes Vertragsbestandteil geworden sei und der Prospekt keinen Hinweis auf eine Rückzahlungspflicht der Gesellschafter enthalte. Im Übrigen könne ein Rückzahlungsanspruch der Klägerin nur bestehen, wenn und soweit die Rückzahlung der Ausschüttungen zur Wiederherstellung der Liquidität der Klägerin erforderlich sei. Dies habe die Klägerin nicht hinreichend dargelegt. Das Landgericht sei ferner zu Unrecht davon ausgegangen, dass es für die Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs keines Gesellschafterbeschlusses bedürfe. Denn bei der Rückforderung von Ausschüttungen handele es sich nicht um ein gewöhnliches Geschäft der 45

laufenden Verwaltung.

Weiterhin macht die Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht geltend, gestützt auf einen Anspruch gegen die Klägerin auf Vollziehung eines Gesellschafterbeschlusses vom 27.01.2012. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde: 46

Im Rahmen der Gesellschafterversammlung der Klägerin vom 27.01.2012 wurde der Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung nach aktienrechtlichem Vorbild bezüglich der budgetierten Dockungskosten zur Abstimmung gestellt. Es gab 6.436.270 Ja- und 4.318.286 Nein-Stimmen. Der Versammlungsleiter erklärte, dass der Beschluss abgelehnt worden sei. Dies beruhte darauf, dass nach Auffassung des Versammlungsleiters eine Stimmenmehrheit von 75 % für die Annahme des Beschlussantrages erforderlich war. Die Klägerin hat die beantragte Sonderprüfung bislang nicht durchgeführt. 47

Die Beklagte meint, der Antrag auf Vornahme einer Sonderprüfung sei angenommen worden, da die einfache Mehrheit ausgereicht habe. Die Zulässigkeit einer Sonderprüfung ergebe sich aus einer entsprechenden Anwendung des § 142 AktG. Im Übrigen seien bei der Abstimmung die Stimmen der Gesellschaften des Dr. L2 und ihrer Geschäftsführer zu Unrecht berücksichtigt worden. Denn diese seien wegen Interessenkollision vom Stimmrecht ausgeschlossen gewesen. 48

Die Beklagte beantragt, 49

unter Abänderung des am 17.01.2012 verkündeten Urteils des Landgerichts Dortmund die Klage insgesamt abzuweisen. 50

Die Klägerin beantragt, 51

die Berufung zurückzuweisen. 52

Sie verteidigt das Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Sachvortrages. Bezüglich des Zurückbehaltungsrechts trägt sie vor: Weder sehe der Gesellschaftsvertrag die Möglichkeit einer Sonderprüfung nach aktienrechtlichem Vorbild vor noch sei die Vorschrift des § 142 AktG auf Personenhandelsgesellschaften entsprechend anwendbar. Daher setze die Durchführung einer Sonderprüfung eine Änderung des Gesellschaftsvertrages voraus. Hierfür sei nach dem Gesellschaftsvertrag eine Stimmenmehrheit von 75 % erforderlich, die nicht erreicht worden sei. 53

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils und die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. 54

II. 55

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg. 56

Das Landgericht hat einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Rückzahlung gewinnunabhängiger Ausschüttungen in Höhe von 10.255,84 EUR nebst Zinsen zu Recht bejaht. 57

1. 58

59

Der Rückzahlungsanspruch der Klägerin ergibt sich aus der Klausel in § 11 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrages.

a) 60

Die Klägerin hat in den Jahren 2003 – 2005 gewinnunabhängige Ausschüttungen in einer Gesamthöhe von 13.549,24 EUR an die Beklagte gezahlt. Die Klägerin hat die jährlichen Ausschüttungen an die Beklagte aus dem vorgenannten Zeitraum konkret dargelegt; die Beklagte ist dem erstinstanzlich nicht substantiiert entgegengetreten. In der Berufungsinstanz sind die Zahlungen nicht mehr streitig. Die Ausschüttungen sind gewinnunabhängig erfolgt, weil sie nicht auf von der Klägerin erzielte Gewinne beruhen. Die Klägerin macht mit ihrer Klage einen Teilbetrag in Höhe von 10.225,84 EUR geltend, wobei sie die Ausschüttungen für die Jahre 2003 und 2004 in voller Höhe und die Ausschüttung für das Jahr 2005 in Höhe eines Teilbetrages von 2.556,46 EUR zurückverlangt. 61

b) 62

Der Gesellschaftsvertrag sieht in § 11 Ziff. 3 in Abweichung von § 169 Abs. 1 HGB gewinnunabhängige Ausschüttungen an die Kommanditisten vor. Eine solche Regelung ist ohne weiteres zulässig (§§ 161 Abs. 2, 109 HGB). Hat eine Gesellschaft gewinnunabhängige Ausschüttungen an ihre Gesellschafter vorgenommen, so besteht ein Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft, wenn den gesellschaftsvertraglichen Regelungen ein Rückforderungsrecht der Gesellschaft zu entnehmen ist. Ein Rückzahlungsanspruch scheidet hingegen aus, wenn die gesellschaftsvertraglichen Regelungen entweder eine Erstattungspflicht ausdrücklich verneinen (BGH NZG 2005, 807 f.) oder jedenfalls ein schützenswertes Vertrauen des Kommanditisten dahin begründen, dass sie der Gesellschaft die im Wege der Ausschüttung erhaltenen Beträge nicht zurückgewähren müssen. 63

Nach diesen Grundsätzen ist ein Rückforderungsanspruch der Klägerin gegeben. Denn aus der Regelung in § 11 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrags ergibt sich, dass die gewinnunabhängigen Ausschüttungen den Gesellschaftern im Verhältnis zur Klägerin nicht endgültig verbleiben sollten. Dies wird daraus deutlich, dass die Ausschüttungen auf ein „Darlehenskonto“ gebucht werden sollen und die „Bildung einer Darlehensverbindlichkeit“ entfallen soll, sofern ein Gesellschafter im Hinblick auf das Wiederaufleben der Haftung auf Ausschüttungen verzichtet. Zwar mögen diese Formulierungen nicht ausreichen, um ein Darlehensverhältnis zwischen der Klägerin und dem jeweiligen Gesellschafter im rechtlichen Sinn zu begründen. Dies ist jedoch unerheblich. Denn den Gesellschaftern wird durch die vorgenannte Klausel hinreichend klar vor Augen geführt, dass ihnen nicht das Recht zusteht, die Ausschüttungen auf Dauer zu behalten, sondern die Klägerin zur Rückforderung der Ausschüttungen berechtigt ist. Insbesondere ist der vorgenannten Klausel auch zu entnehmen, dass die Zahlung von Ausschüttungen nicht lediglich die Außenhaftung der Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auslöst, sondern auch eine Rückforderung der Ausschüttungen durch die Klägerin erfolgen kann. Denn die Formulierung „Bildung der Darlehensverbindlichkeit“ bezieht sich eindeutig („insoweit“) auf die zuvor erwähnte Buchung „auf Darlehenskonto“ und damit auf das Innenverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter. 64

c) 65

Die Klausel des § 11 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrags verstößt entgegen der Auffassung der Beklagten nicht gegen die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB, insbesondere nicht gegen § 305 c und § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. 66

In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH ist davon auszugehen, dass die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB wegen § 310 Abs. 4 BGB auf Gesellschaftsverträge keine Anwendung finden, jedoch solche Vertragsbedingungen, die – wie im vorliegenden Fall – für eine Vielzahl von Gesellschaftsbeteiligungen vorformuliert sind, der objektiven Auslegung und damit – ähnlich wie Allgemeine Geschäftsbedingungen – der Inhaltskontrolle unterliegen (vgl. BGH NJW 2001, 1270 ff.). Mit dieser Maßgabe genügt das deutsche Recht jedenfalls im Wege richtlinienkonformer Auslegung den Anforderungen des europäischen Rechts (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl. 2012, § 310 Rn. 7). Für die Vorlage der Sache an den EuGH gemäß Art. 267 EU-Arbeitsweisevertrag, wie von der Beklagten angeregt, besteht schon aus diesem Grund keine Veranlassung. 67

Bei einer objektiven Auslegung und Inhaltskontrolle des vorliegenden Gesellschaftsvertrages, insbesondere der Klausel des § 11 Ziff. 3, ergeben sich Bedenken weder gegen die Eindeutigkeit noch gegen die Wirksamkeit der Klausel. 68

Bei der gebotenen Aufmerksamkeit erschließt sich einem durchschnittlich begabten Interessenten bzw. Anleger bereits durch die Formulierung „Buchung auf Darlehenskonto“, dass die gewinnunabhängigen Ausschüttungen im Verhältnis zur Gesellschaft nicht unwiderruflich erfolgen. Diese Regelung ist auch nicht überraschend i.S.d. § 305 c Abs. 1 BGB. Wenn der Gesellschaftsvertrag entgegen der gesetzlichen Regelung Zuflüsse an Kommanditisten zulässt, die nicht aus Gewinnen stammen, ist es zumindest nicht fernliegend, dass der Gesellschaft eine Rückforderungsmöglichkeit eingeräumt wird. Die Erwägung der Beklagten, die Rückforderbarkeit der Ausschüttungen bewirke eine Schlechterstellung der von der Gesellschaft auf Rückgewähr in Anspruch genommenen Kommanditisten gegenüber denjenigen Kommanditisten, die von einem Gesellschaftsgläubiger aufgrund einer Drittforderung in Anspruch genommen würden, weil letztere ggf. Aufwendungsersatz von der Gesellschaft verlangen könnten, ist ebenfalls nicht geeignet, einen Verstoß gegen das Transparenzgebot zu begründen oder die Klausel als überraschend erscheinen zu lassen. Denn hierbei handelt es sich um die rechtliche Konsequenz aus der Rückforderbarkeit der gewinnunabhängigen Ausschüttungen, die für sich genommen eine Unwirksamkeit der Klausel nicht begründen kann. 69

Auch den sonstigen Regelungen des Gesellschaftsvertrags lässt sich nicht entnehmen, dass gewinnunabhängige Ausschüttungen seitens der Klägerin nicht rückforderbar sind. 70

d) 71

Entgegen der Auffassung der Beklagten kann eine Mehrdeutigkeit der Klausel des § 11 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrages auch nicht mit dem Verweis auf den Inhalt des Emissionsprospekts begründet werden. Dem steht bereits entgegen, dass der Inhalt des Beteiligungsprospektes nicht Vertragsinhalt geworden ist. Der Inhalt eines Beteiligungsprospektes ist Vertragsbestandteil, wenn er durch die Erklärungen der Vertragsparteien in den Vertrag einbezogen worden ist (BGH NJW 2001, 1270 ff.). Die Beklagte hat in ihrer Beitrittserklärung lediglich den im Emissionsprospekt abgedruckten Gesellschaftsvertrag als für sich verbindlich anerkannt. Soweit die Beklagte darauf verweist, dass in einer weiteren Textpassage in der Beitrittserklärung auf den Prospekt Bezug genommen wird („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.“), lässt sich daraus nicht entnehmen, dass der Inhalt des Beteiligungsprospektes Vertragsbestandteil geworden ist. Denn die zitierte Bestätigung betrifft ausschließlich die Ebene der Willensbildung und Motivation der Beklagten in Bezug auf die Beitrittserklärung, nicht jedoch 72

die Frage, welche vertraglichen Regelungen zwischen den Parteien gelten sollen.

- e) 73
- Der Rückzahlungsanspruch der Klägerin ist nicht durch die Feststellung der einzelnen Jahresabschlüsse erloschen. In diesem Zusammenhang kann dahinstehen, welche rechtliche Wirkung der Feststellung des Jahresabschlusses grundsätzlich zukommt. Denn den Jahresabschlüssen der Klägerin kann ein negatives Anerkenntnis des Inhalts, dass ihr kein Anspruch gegen die Kommanditisten auf Rückzahlung der gewinnunabhängig ausgezahlten Ausschüttungen zusteht, nicht entnommen werden. Zwar trifft es zu, dass eine Aktivierung der Forderungen gegen die Kommanditisten nicht erfolgt ist. Insoweit ist jedoch zu berücksichtigen, dass es sich bei den Rückzahlungsansprüchen im Zeitpunkt der Aufstellung der jeweiligen Bilanzen um latente, nicht fällige Forderungen handelte, da die Klägerin seinerzeit noch keine Rückzahlungsansprüche geltend gemacht hatte. Daher ließ der Inhalt der Bilanzen nicht den Rückschluss darauf zu, dass auf Dauer keine Rückforderungsansprüche der Klägerin gegeben sind. 74
- f) 75
- Der Beklagten ist auch nicht darin zu folgen, dass die Rückforderung der Ausschüttungen durch die Klägerin einen Verstoß gegen das Verbot der Nachschusspflicht gemäß § 4 Ziff. 5 und § 8 Ziff. 4 des Gesellschaftsvertrages darstellt. Denn aus dem Zusammenhang der Regelungen im Gesellschaftsvertrag und in der Beitrittserklärung ist erkennbar, dass dieses Verbot erst jenseits der dem betreffenden Kommanditisten obliegenden Einlage greift. Ein Verstoß gegen das Verbot der Nachschusspflicht läge deshalb nur dann vor, wenn die Ausschüttungen als einvernehmliche Herabsetzung der Einlage oder zumindest als nicht rückforderbare Ausschüttungen anzusehen wären. Anhaltspunkte für eine einvernehmliche Herabsetzung der Einlage lassen sich weder dem Gesellschaftsvertrag noch dem Verhalten der Parteien im Zusammenhang mit der Gewährung der Ausschüttungen entnehmen. Dass es sich nicht um unentziehbare Ausschüttungen handelt, wurde bereits dargelegt. 76
- g) 77
- Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die Klägerin zur Rückforderung der gewinnunabhängigen Ausschüttungen nicht nur unter der Voraussetzung berechtigt, dass die Rückgewähr der Ausschüttungen zur Aufrechterhaltung ihrer Liquidität notwendig ist. Eine solche Einschränkung der Rückforderbarkeit der Ausschüttungen ergibt sich weder aus dem Gesellschaftsvertrag noch aus der gesellschaftsvertraglichen Treuepflicht. Vielmehr reicht es für die Aktivierung des Rückzahlungsanspruchs aus, dass sich diese Maßnahme im Rahmen des Gesellschaftszwecks hält und aus kaufmännischer Sicht jedenfalls vertretbar ist. Dies ist hier der Fall. Die Klägerin hat substantiiert dargelegt, dass sie sich infolge des erheblichen Rückgangs der Chartereinnahmen in einer Liquiditätskrise befindet und es zur Aufrechterhaltung der Liquidität notwendig ist, der Gesellschaft zusätzliche Mittel zuzuführen. Die Darstellung der Klägerin wird durch die von ihr zur Akte gereichten Unterlagen (wie etwa dem Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 18.12.2009 und dem Geschäftsbericht für das Jahr 2010) bestätigt. Auf welchem Wege die Klägerin den erhöhten Liquiditätsbedarf deckt, ist in ihr Ermessen gestellt; insbesondere ist die Klägerin nicht verpflichtet, von einer Inanspruchnahme der Kommanditisten abzusehen und stattdessen eine Kapitalerhöhung durchzuführen. 78
- h) 79
- 80

Der Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs steht nicht entgegen, dass hierüber kein Gesellschafterbeschluss gefasst worden ist. 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, § 116 Rdnr. 1). Hierzu zählt auch die Rückforderung von Ausschüttungen. Dies folgt daraus, dass die Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft zu den typischen Aufgaben der Geschäftsführung gehört. Eine andere Beurteilung ist nicht deswegen gerechtfertigt, weil es sich um Ansprüche gegen Gesellschafter handelt. Denn es geht in diesem Zusammenhang nicht um die Frage, ob Ansprüche gegen Gesellschafter begründet werden sollen, sondern nur darum, ob latent bestehende Forderungen geltend gemacht und damit fällig gestellt werden sollen. Kommt die Geschäftsführung nach pflichtgemäßer Prüfung zu dem Ergebnis, dass eine Geltendmachung angezeigt ist, kann sie die hierzu erforderlichen Schritte selbst vornehmen. Im Übrigen ist auch die gleichsam umgekehrte Handlung, nämlich die Vornahme der gewinnunabhängigen Ausschüttungen, von der Geschäftsführung der Klägerin aufgrund der gesellschaftsvertraglichen Vorgaben veranlasst worden. Eine andere Beurteilung ergibt sich entgegen der Auffassung der Beklagten nicht daraus, dass im GmbH-Recht die Einforderung der Gesellschaftereinlagen nach § 46 Nr. 2 GmbHG eines Gesellschafterbeschlusses bedarf. Vorliegend geht es nicht um die Einforderung der ursprünglichen Einlage, sondern um die Rückgewähr von Ausschüttungen. Auch im GmbH-Recht bedarf es für die Geltendmachung anderer als der in § 46 GmbHG aufgeführten Forderungen der Gesellschaft gegen die Gesellschafter grundsätzlich keines Gesellschafterbeschlusses, selbst wenn die Forderungen im Zusammenhang mit der Einzahlung der Stammeinlage stehen (wie etwa im Falle der Rückforderung verbotswidriger Stammkapitalrückzahlung, vgl. BGH WM 1987, 208 f.).

i)

81

Der Rückzahlungsanspruch der Klägerin ist nicht verwirkt. Denn es fehlt jedenfalls an dem erforderlichen Umstandsmoment. Hinreichende Umstände, die auf Seiten der Beklagten ein schützenswertes Vertrauen dahin hervorrufen konnten, dass sie die gewinnunabhängigen Ausschüttungen auf Dauer behalten kann, sind nicht erkennbar. Soweit in den jeweiligen „Ausschüttungsmitteilungen“ ausgeführt worden ist, dass es sich um Entnahmen handele, die in der Steuererklärung nicht angegeben werden müssen, konnte die Beklagte hieraus nicht ableiten, dass ihr die Ausschüttungen dauerhaft verbleiben. Auch durch die Art und Weise der Darstellung der Ausschüttungen in den Jahresabschlüssen der Klägerin konnte eine entsprechende Vertrauensgrundlage nicht begründet werden. Eine Verwirkung lässt sich schließlich auch nicht darauf stützen, dass im Gesellschaftsvertrag und im Beteiligungsprospekt lediglich ein Hinweis auf ein Wiederaufleben der Außenhaftung der Kommanditisten infolge der Ausschüttungen enthalten war. Denn wenn die Beklagte aufgrund des Hinweises davon ausgehen musste, dass eine Inanspruchnahme durch Gesellschaftsgläubiger droht, und dieses Risiko durch die Rückzahlung der Ausschüttungen an die Klägerin beseitigt wird, kann sich die Beklagte gegenüber der Klägerin redlicherweise nicht darauf berufen, dass sie nur mit einer Inanspruchnahme durch Gesellschaftsgläubiger, nicht aber einer solchen durch die Klägerin rechnen musste.

82

j)

83

Der Beklagten steht kein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB wegen eines Anspruchs gegen die Klägerin auf Vollziehung des Gesellschafterbeschlusses vom 27.01.2012 betreffend die Durchführung einer Sonderprüfung nach aktienrechtlichem Vorbild

84

zu.	
aa)	85
Die Beklagte ist mit der Geltendmachung ihres Zurückbehaltungsrechtes nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen. Zwar hat sie dieses erstmals in der Berufungsinstanz geltend gemacht. Hiermit ist sie jedoch schon deshalb nicht gemäß § 531 Abs. 2 ZPO präkludiert, weil der fragliche Beschlussantrag in der Gesellschafterversammlung vom 27.01.2012 und damit nach Verkündung des erstinstanzlichen Urteils zur Abstimmung stand.	86
bb)	87
Ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten besteht jedoch nicht, weil ein Anspruch der Beklagten gegen die Klägerin auf Vollziehung des Gesellschafterbeschlusses nicht gegeben ist. Denn ein Gesellschafterbeschluss über die Durchführung einer Sonderprüfung nach aktienrechtlichem Vorbild ist nicht wirksam gefasst worden. Hierfür fehlte es an der erforderlichen Stimmenmehrheit.	88
Gemäß § 9 Ziff. 4 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages der Klägerin reicht für eine Beschlussfassung grundsätzlich die Mehrheit der abgegebenen Stimmen aus, es sei denn, es handelt sich um eine Beschlussfassung zu § 8 Ziff. 3 a) bis e) des Gesellschaftsvertrages. § 8 Ziff. 3 a) des Gesellschaftsvertrages betrifft die Änderung des Gesellschaftsvertrages als Gegenstand der Beschlussfassung. Die hier in Rede stehende Beschlussfassung hatte eine Änderung des Gesellschaftsvertrages zum Inhalt. Denn weder ist die Möglichkeit der Durchführung einer Sonderprüfung nach aktienrechtlichem Vorbild (§ 142 AktG) im Gesellschaftsvertrag der Klägerin vorgesehen noch findet die Vorschrift des § 142 AktG auf Publikumsgesellschaften entsprechende Anwendung. Zwar können nach ständiger Rechtsprechung des BGH Vorschriften des Kapitalgesellschaftsrechts auf die Publikumsgesellschaft entsprechend anwendbar sein, falls dies zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft oder zum Schutz der Kapitalanleger geboten ist (BGH ZIP 1999, 1391 ff.; WM 1982, 926 ff.). Kapitalgesellschaftsrechtliche Vorschriften, die darauf gerichtet sind, die Kapitalgrundlage zugunsten der Gesellschaft und ihrer Gläubiger zu erhalten, sind hingegen nicht entsprechend anwendbar (BGH WM 1982, 926 ff.). Hierzu zählt auch die Vorschrift des § 142 AktG, da sie darauf gerichtet ist, die tatsächlichen Grundlagen für Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen ihre Gründer und Verwaltungsmitglieder zu schaffen (Hüffer, AktG, 10. Auflage 2012, § 142 Rn. 1; Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 3. Auflage 2011, § 142 AktG Rn. 6), und deshalb der Kapitalerhaltung der Gesellschaft dient. Soweit teilweise die Auffassung vertreten wird, § 142 AktG bezwecke im Hinblick auf die Regelung in Absatz 2 auch den Minderheitenschutz (so etwa Hüffer aaO., ablehnend Heidel aaO.), mag dies ein ergänzender Schutzzweck der Vorschrift sein, der allein eine analoge Anwendung des § 142 AktG auf die Publikumsgesellschaft jedoch nicht rechtfertigt (so im Ergebnis auch BayObLG NJW 1986, 140 und Volhard, EWIR 1985, 633 f.). Außerdem ist zu berücksichtigen, dass im Aktienrecht ein Bedürfnis für die Zulässigkeit einer Sonderprüfung nach § 142 AktG auch deshalb besteht, weil Aktionäre grundsätzlich kein Recht auf Einsichtnahme in die Unterlagen der Gesellschaft haben (vgl. BGH NJW 1993, 1976 ff.). Kommanditisten können hingegen gemäß § 166 HGB Einsicht in die Papiere der Gesellschaft nehmen, so dass keine Notwendigkeit für weitergehende Kontrollrechte besteht (so auch Volhard aaO.). Eine andere Bewertung ist vorliegend nicht deshalb angezeigt, weil die den Kommanditisten nach § 166 HGB zustehenden Kontrollrechte gemäß § 7 Ziff. 5 des Gesellschaftsvertrages durch den Verwaltungsrat ausgeübt werden. Denn zwei von drei Mitgliedern des Verwaltungsrates werden gemäß § 7 Ziff. 2 des Gesellschaftsvertrages aus der Mitte der Kommanditisten gewählt, lediglich ein weiteres Verwaltungsratsmitglied wird	89

durch den Geschäftsführer der Komplementärin der Klägerin bestellt. Damit ist gewährleistet, dass die Kommanditisten die ihnen zustehenden Kontrollrechte zumindest mittelbar in wirksamer Weise ausüben können.

Die danach erforderliche qualifizierte Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen ist nicht erreicht worden. Denn der Anteil der Ja-Stimmen belief sich ausweislich des Protokolls der Gesellschafterversammlung lediglich auf 59,8 % der abgegebenen Stimmen. Soweit sich die Beklagte in diesem Zusammenhang auf einen Stimmrechtsausschluss der Gesellschaften des Dr. L und deren Geschäftsführer wegen Interessenkollision entsprechend § 47 Abs. 4 GmbHG beruft, kann dem nicht gefolgt werden. Nach Auffassung der Beklagten ergibt sich eine Interessenkollision daraus, dass die vorgenannten Gesellschaften und ihre Geschäftsführer bei der Abstimmung von Eigeninteressen geleitet worden seien, weil die Sonderprüfung erweisen könne, dass Schadensersatzansprüche der Klägerin gegen die Holdinggesellschaft oder die Komplementärin gegeben sein könnten. Diese Sachlage rechtfertigt einen Stimmrechtsausschluss in dem von der Klägerin geltend gemachten Umfang nicht. Selbst wenn man die Vorschrift des § 47 Abs. 4 GmbHG entsprechend anwenden würde, wären die Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht erfüllt. Die in § 47 Abs. 4 GmbHG aufgezählten Varianten sind nicht einschlägig. Zwar sind die einzelnen Alternativen der Vorschrift analogiefähig. § 47 Abs. 4 GmbHG ist jedoch kein allgemeines Prinzip des Inhalts zu entnehmen, dass im Falle eines Interessenkonflikts stets ein Stimmrechtsausschluss greift (BGH NJW 1986, 2051 ff.; Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Auflage 2010, § 47 Rn. 76). Ein Stimmrechtsausschluss analog § 47 Abs. 4 GmbHG oder entsprechend § 113 Abs. 2 HGB kommt vorliegend allenfalls bezüglich desjenigen Gesellschafters in Betracht, der Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft ausgesetzt sein könnte, deren Berechtigung sich infolge der Sonderprüfung erweisen könnte. Dies betrifft jedoch allein die Komplementärin der Klägerin als deren Geschäftsführerin, da die Sonderprüfung Versäumnisse der Geschäftsführung offenlegen könnte. Ein Stimmrechtsausschluss der weiteren Gesellschaften des Dr. L und deren Geschäftsführer folgt hieraus nicht. Denn aus der konzernmäßigen Verbindung dieser Gesellschaften zur Komplementärin der Klägerin kann sich allenfalls ein mittelbares wirtschaftliches Interesse an der Verhinderung einer Sonderprüfung ergeben, was für einen Stimmrechtsausschluss nicht genügt.

2. 91

Der vom Landgericht zuerkannte Zinsanspruch der Klägerin folgt aus §§ 280 Abs. 1 und 2, 286, 288 Abs. 1 BGB. 92

3. 93

Die Einräumung einer Schriftsatzfrist zugunsten der Klägerin auf ihren entsprechenden Antrag in der mündlichen Berufungsverhandlung war nicht veranlasst. Der Senat hat im Verhandlungstermin lediglich die von den Parteien schriftsätzlich bereits umfassend behandelten Sach- und Rechtsfragen erörtert. Hierbei sind keine neuen oder überraschenden Gesichtspunkte zur Sprache gekommen, die Anlass für die Gewährung eines Schriftsatznachlasses hätten sein können. 94

III. 95

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 96

97

Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, weil die diesbezüglichen Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Zu der hier relevanten Rechtsfrage, ob die Vorschrift des § 142 AktG analog auf Publikumsgesellschaften anwendbar ist, gibt es keine divergierende obergerichtliche Rechtsprechung, die zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erforderlich machen könnte.
