
Datum: 04.02.2015
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 89/14
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2015:0204.8U89.14.00

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 20. Mai 2014 verkündete Urteil der V. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin

1. 20.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 08.01.2013 sowie

2. 859,80 € (außergerichtliche Kosten) nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 04.02.2014

zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

I.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten in der Hauptsache die Rückzahlung geleisteter Ausschüttungen in Höhe von 20.000 €, die jene als deren Kommanditistin erhalten hatte.

Die Beklagte beteiligte sich mit Beitrittserklärung aus dem Jahr 2003 (Tranche I) oder 2004 (Tranche II) mit einer Einlage von 100.000 € als (Treugeber?)Kommanditistin an der Klägerin, bei der es sich um eine Fondsgesellschaft handelt, deren Gegenstand nach § 2 des

1

2

3

4

Gesellschaftsvertrages der Erwerb und der Betrieb des Tankschiffes B war.

Der Gesellschaftsvertrag, dessen Verbindlichkeit die Beklagte mit ihrer Beitrittserklärung anerkannt hatte und auf den im Übrigen Bezug genommen wird (Anlage B1), enthält u.a. folgende weitere Regelungen:

„§ 4 Gesellschafter, Gesellschafterkonten

(...) 7

5. *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.* 8

6. (...) [drittletzter Absatz] *Sollte ein Gesellschafter/Treugeber seiner Zahlungsverpflichtung nicht oder nicht vollständig nachgekommen sein, so ist die Gesellschaft darüber hinaus berechtigt, die vorgesehene Ausschüttung für das nächstfolgende Jahr in dem Verhältnis zu kürzen, in dem der Gesellschafter/Treugeber seiner vertraglichen Einzahlungsverpflichtung für das Beitrittsjahr nicht nachgekommen ist.* 9

(...) 10

9. *Für jeden Kommanditisten wird ein festes Kapitalkonto I, das die Höhe der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen wiedergibt, eingerichtet. Die Höhe der Kapitalkonten entspricht den zum Handelsregister angemeldeten Kommanditeinlagen. Die Kapitalkonten sind Festkonten.* 11

Auf dem Kapitalkonto II werden die Gewinn- und Verlustanteile jedes Gesellschafters/Treugebers gebucht. Diese Konten gewähren keine Gesellschafterrechte. 12

Für jeden Gesellschafter wird ein gesondertes Einlage-/Entnahme-/Darlehenskonto gebildet, auf dem etwaige weitere Einlagen sowie sämtliche Entnahmen/Ausschüttungen gebucht werden, soweit letztere zu einem Wiederaufleben der Haftung gegenüber Gläubigern der Gesellschaft führen. Diese werden als zinslose Darlehensverbindlichkeit der betroffenen Gesellschafter/Treugeber gegenüber der Gesellschaft gebucht. Eine Rückzahlung ist jedoch aufschiebend bedingt von der Liquiditätslage der Gesellschaft abhängig. 13

(...) 14

§ 8 Gesellschafterbeschlüsse 15

(...) 16

4. *Kein Kommanditist kann durch Gesellschafterbeschlüsse gegen seinen Willen verpflichtet werden, der Gesellschaft weitere Mittel nachzuschießen, unbeschadet der nicht abdingbaren gesetzlichen Haftungsregelung und der Darlehensregelung in § 11 Ziffer 3.* 17

(...) 18

§ 11 Gewinn- und Verlustrechnung 19

1. *Der im Jahresabschluss ausgewiesene Gewinn oder Verlust eines Geschäftsjahres ist den Kommanditisten entsprechend dem Verhältnis der auf einem Konto der Gesellschaft entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen eingezahlten* 20

Kommanditanteile zueinander voll zuzuweisen. (...)

2. Der nach der vorstehenden Bestimmung zu verteilende Gewinn wird an die Gesellschafter ausgeschüttet, es sei denn, dass die Liquiditätslage der Gesellschaft eine Ausschüttung nicht zulässt. 21

3. Unabhängig von einem im Jahresabschluss ausgewiesenen Gewinn oder Verlust schüttet die Gesellschaft für den Fall, dass die Liquiditätslage es zulässt, im jeweiligen Geschäftsjahr unbeschadet der Regelung in § 4 Ziffer 6 drittletzter Absatz einen Betrag von voraussichtlich 22

für die Tranchen I (2003) und II (2004) unterjährig 23

7,5 % auf das vertragsgemäß eingezahlte Kommanditkapital 2004 24

7,5 % in 2005 bis 2009 25

8,0 % in 2010 bis 2013 26

9,0 % in 2014 und 2015 27

10,0 % in 2016 28

11,0 % in 2017 29

17,0 % in 2018 30

18,0 % in 2019 31

des Kommanditkapitals p.a. an die Gesellschafter aus, der auf das Darlehenskonto des Gesellschafters gebucht wird. Ausschüttungen werden, soweit das Kapitalkonto des Gesellschafters in der Investitionsphase und der Betriebsphase herabgesetzt ist und soweit diese Herabsetzung nicht auf Ausschüttungen bzw. Entnahmen beruht, zuerst aus der im Handelsregister eingetragenen Pflichteinlage geleistet. Sofern ein Gesellschafter im Hinblick auf das Wiederaufleben der Haftung auf diese Entnahmen verzichtet, entfällt für ihn insoweit die Bildung der Darlehensverbindlichkeit. 32

4. Die Gesellschaft ist berechtigt, aus dem zu erwartenden Ergebnis im laufenden Jahr Abschlagsleistungen auf Ausschüttungen (Vorabausschüttungen) vorzunehmen, soweit es die Liquiditätslage zulässt. 33

5. Weitere Entnahmen außerhalb der vorgenannten Ausschüttungen sind nur zulässig, wenn die Gesellschafter einen entsprechenden Beschluss mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen fassen, die persönlich haftende Gesellschafterin zustimmt und die Liquiditätslage der Gesellschaft es zulässt. Auch in diesem Fall kann der Gesellschafter für sich entscheiden, ob er eine Entnahme tätigt. 34

(...)“ 35

Auf den Kommanditanteil der Beklagten wurden sukzessive Ausschüttungen nach § 11 Ziffer 3 des Gesellschaftsvertrages in Höhe von jedenfalls 20.000 € vorgenommen. Die Jahresabschlüsse der Klägerin wiesen diese Ausschüttungen auf der Passivseite der Bilanz in der Position „Entnahmen“ und auf der Aktivseite in der Position „Nicht durch Vermögenseinlagen gedeckte Verlustanteile und Entnahmen der Kommanditisten“ in einer 36

- Nachdem aufgrund der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung die Charrerraten für Tankschiffe im Jahr 2012 eingebrochen waren und die Klägerin deutlich geringere Einnahmen als in den Vorjahren erwirtschaftet hatte, sah sich die Geschäftsführung der Klägerin zur Aufstellung eines Sanierungskonzepts veranlasst, das insbesondere auch die Rückforderung der an die Kommanditisten ausgezahlten gewinnunabhängigen Ausschüttungen beinhaltete. 37
- Mit Schreiben vom 31.07.2012 erklärte die Klägerin gegenüber den Kommanditisten die Kündigung der in der „Vergangenheit als Darlehen gewährten Auszahlungen“, um sicherzustellen, dass die Fondsgesellschaft nach Abschluss der Verhandlungen mit den finanzierenden Banken den von diesen geforderten Finanzbedarf erbringen könne. 38
- Am 17.10.2012 beschloss die Gesellschafterversammlung der Klägerin ein Sanierungskonzept, das eine freiwillige Beteiligung der Gesellschafter im Wege einer „Kapitalerhöhung“ vorsah. Die Beklagte ließ sich in der Gesellschafterversammlung durch einen Treuhänder vertreten, der dem Sanierungskonzept zustimmte. Für den Fall, dass nicht genügend Kapital eingeworben werden sollte, sah sich die Geschäftsführung der Klägerin gehalten, die gewinnunabhängigen Ausschüttungen von den Gesellschaftern zurückzufordern. 39
- Im Wege der „Kapitalerhöhung“ konnten 1.336.000 € bei den Gesellschaftern eingeworben werden. Da die Geschäftsführung der Klägerin einen Finanzbedarf in Höhe von insgesamt 3.311.000 € und damit weiterer rund 2 Mio. € für erforderlich hielt, forderte sie die 247 Kommanditisten, die sich nicht an der „Kapitalerhöhung“ beteiligt hatten, mit Schreiben vom 12.12.2012 zur Abdeckung der noch bestehenden Finanzierungslücke zur Rückzahlung von Ausschüttungen in Höhe von 20 % des Kommanditkapitals unter Hinweis auf § 11 Ziffer 3 des Gesellschaftsvertrages auf. Die Beklagte, die sich an der „Kapitalerhöhung“ nicht beteiligt hatte, ließ die ihr in dem vorgenannten Schreiben zur Rückzahlung des Betrages in Höhe von 20.000 € bis zum 07.01.2013 gesetzte Frist erfolglos verstreichen. Die Beklagte wurde anschließend mit Schreiben der Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 25.07.2013 unter Fristsetzung bis zum 15.08.2013 nochmals vergeblich zur Zahlung der Klageforderung sowie zur Erstattung außergerichtlicher Kosten in Höhe von 859,80 € aufgefordert. 40
- Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, dass die Beklagte allein wegen § 11 Ziffer 3 des Gesellschaftsvertrages zur Rückzahlung empfangener Ausschüttungen verpflichtet sei, ohne dass es dazu eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung bedürfe. Für die Zahlungsempfänger sei es erkennbar gewesen, dass es sich bei den Auszahlungen nicht um Gewinne, sondern um davon unabhängige – allein liquiditätsabhängige – Auszahlungen gehandelt habe, die nach den gesellschaftsvertraglichen Regelungen der Rückforderung unterlägen. Anders als die den Entscheidungen des BGH vom 12.03.2013 zugrunde liegenden gesellschaftsvertraglichen Regelungen lasse sich dem hier maßgeblichen Gesellschaftsvertrag eindeutig entnehmen, dass durch die Ausschüttungen nach § 11 Ziffer 3 Verbindlichkeiten der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft begründet würden, die der Rückforderung unterlägen. Zudem folge aus dem Umstand, dass sich 85 % der Gesellschafter – durch Zeichnung weiteren Kapitals oder Rückzahlung gewinnunabhängiger Ausschüttungen – an dem Sanierungskonzept beteiligt hätten, eine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht der Beklagten, sich ebenfalls daran zu beteiligen. Hinsichtlich der weiterhin geltend gemachten außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten bestehe unabhängig von der Zahlung jedenfalls ein Anspruch auf Freistellung. 41

Mit ihrer am 04.02.2014 zugestellten Klage hat die Klägerin beantragt,	
die Beklagte zu verurteilen, an sie – die Klägerin –	43
1. 20.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 08.01.2013	44
sowie	45
2. nicht anrechenbare außergerichtliche Kosten in Höhe von insgesamt netto 859,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Klagezustellung	46
zu zahlen.	47
Die Beklagte hat beantragt,	48
die Klage abzuweisen.	49
Sie hat zunächst die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Dortmund gerügt. In der Sache hat sie sich nicht als zur Rückzahlung der empfangenen Ausschüttungen verpflichtet angesehen. Mit Ausnahme der Wendung, wonach der auszuschüttende Betrag nicht „auf Darlehenskonto“, sondern „auf das Darlehnskonto des Gesellschafters “ gebucht werde, entsprächen die Regelungen in dem Gesellschaftsvertrag denen, über die der BGH in seinen Entscheidungen vom 12.03.2013 (II ZR 73/11 + II ZR 74/11) entschieden habe, dass sie ein Rückzahlungsverlangen nicht rechtfertigen könnten. Insbesondere könne die Regelung in § 11 Ziffer 3 S. 2 des Gesellschaftsvertrages auch dahin verstanden werden, dass hier die Bildung einer Darlehensverbindlichkeit zugunsten des Gesellschafters angesprochen sei. Sie hat bestritten, dass in Höhe der von ihr vereinnahmten Ausschüttungen das eingetragene „Stammkapital“ im Zeitraum von 2004 bis 2009 unter die Haftsumme gemindert worden sei und damit die Voraussetzungen des § 172 Abs. 4 HGB gegeben seien. Sie hat darüber hinaus die Richtigkeit der von der Klägerin vorgelegten Entwicklung ihres Kapitals in Abrede gestellt. Aus dem Umstand, dass „Liquiditätsausschüttungen“ nur dann als Darlehen an die Gesellschafter gelten sollten, solange „Verlust?Sonderkonten (II)“ beständen, sei es für den Gesellschafter nicht erkennbar, welchen Charakter einer Auszahlung zukomme, da er regelmäßig keine Kenntnisse „vom Kontenrahmen und von den jeweiligen Salden“ habe.	50
Im Hinblick auf die weiterhin geltend gemachten außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten hat die Beklagte deren Begleichung durch die Klägerin bestritten, den Vortrag als für den Nachweis der Erforderlichkeit und Zweckmäßigkeit der außergerichtlichen Rechtsverfolgung als nicht hinreichend angesehen und darüber hinaus behauptet, der den Prozessbevollmächtigten der Klägerin erteilte Auftrag sei von Anfang an auf eine unbedingte Erhebung der Klage gerichtet gewesen.	51
Das Landgericht hat die Klage auf Rückzahlung der empfangenen Ausschüttungen abgewiesen und sich der Sichtweise der Beklagten angeschlossen, da sich aus dem Gesellschaftsvertrag keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür ergäben, dass die Kommanditisten Auszahlungen nach § 11 Ziffer 3 des Gesellschaftsvertrages unter dem Vorbehalt einer Rückforderung erhielten. Wegen der Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe Bezug genommen (Bl. 42 ff. d.A.).	52
Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, mit der sie insbesondere rügt, dass sich das Landgericht nicht damit auseinandergesetzt habe, dass die Regelungen des hier	53

maßgeblichen Gesellschaftsvertrages im Vergleich zu den vom BGH in seinen Entscheidungen vom 12.03.2013 für das Rückforderungsverlangen nicht für ausreichend erachteten gesellschaftsvertraglichen Regelungen Unterschiede aufwiesen, die eine abweichende Beurteilung rechtfertigten. Der hier in Rede stehende Gesellschaftsvertrag enthalte in § 4 Ziffer 9 (Abs. 3) eine ausdrückliche Regelung zu dem Darlehenskonto, auf dem allein rückforderbare Ausschüttungen als zinslose Darlehensverbindlichkeiten der betroffenen Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft zu buchen gewesen seien. Die vom Landgericht vorgenommene Auslegung lasse auch eine Gesamtwürdigung der gesellschaftsvertraglichen Regelungen vermissen, bei der ebenfalls der Vorbehalt der Rückforderbarkeit deutlich werde. Denn dem Gesellschaftsvertrag lasse sich entnehmen, dass die (gewinnunabhängigen) Ausschüttungen dann zurückgefordert werden könnten, wenn die Liquiditätsslage dies erfordere.

Sie beantragt, 54

die angefochtene Entscheidung abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an sie 55

1. 20.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank p.a. seit dem 08.01.2013 56

sowie 57

2. die nicht anrechenbaren außergerichtlichen Kosten in Höhe von insgesamt netto 859,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p.a. seit Klagezustellung 58

zu zahlen. 59

Die Beklagte beantragt, 60

die Berufung zurückzuweisen. 61

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung unter weitgehender Wiederholung und Vertiefung ihres Vortrages erster Instanz. In Ergänzung dazu sieht sie die Rückzahlungsklausel in dem Gesellschaftsvertrag als überraschend an und hält überdies für das Rückzahlungsverlangen einen Gesellschafterbeschluss für erforderlich, an dem es vorliegend fehle. 62

II. 63

Die zulässige Berufung der Klägerin ist begründet und führt zur antragsgemäßen Abänderung der angefochtenen Entscheidung. 64

1. 65

Der Klägerin steht sowohl der geltend gemachte (a) Anspruch auf Rückzahlung gewinnunabhängiger Ausschüttungen in Höhe von 20.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 08.01.2013 als auch der (b) Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 859,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 04.02.2014 zu. 66

a) Klageantrag zu 1) 67

68

aa)	69
Ein Anspruch auf Rückzahlung gewinnunabhängiger Ausschüttungen entsteht nicht schon dann, wenn an einen Kommanditisten auf der Grundlage von § 11 Ziffer 3 S. 1 des Gesellschaftsvertrages von § 169 Abs. 1 HGB nicht gedeckte – weil gewinnunabhängig – Auszahlungen zu Lasten seines Kapitalanteils geleistet werden, sondern setzt stets voraus, dass der Gesellschaftsvertrag eine solche Rückzahlung vorsieht (vgl. BGH, Urteil vom 12.03.2013 – II ZR 73/11, NZG 2013, 738 – Rz. 8). Nach der gesetzlichen Regelung in § 169 Abs. 1 S. 2 HGB hat ein Kommanditist nur einen Anspruch auf Auszahlung des ihm zukommenden Gewinns. Der auf den Kommanditisten anteilig entfallende Jahresüberschuss kann von diesem aber nicht gefordert werden, solange sein Kapitalanteil durch Verlust unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert ist oder durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert würde. Nach der gesetzlichen Vorgabe sind Gewinne danach vorrangig zum Verlustausgleich zu verwenden. Über die Regelung des § 169 Abs. 1 HGB hinaus sind nach allgemeiner Ansicht aber auch gewinnunabhängige Ausschüttungen an die Kommanditisten zulässig und ihnen zu belassen, wenn der Gesellschaftsvertrag dies – wie vorliegend in § 11 Ziffer 3 S. 1 – vorsieht oder die Ausschüttung durch das Einverständnis aller Gesellschafter gedeckt ist (BGH, Urteil vom 12.03.2013 – II ZR 73/11, NZG 2013, 738 – Rz. 9 m.w.N.). Bei einer Rückzahlung der Einlage entsteht ein Rückgewähranspruch der Gesellschaft (im Innenverhältnis) damit nicht automatisch, sondern kann sich nur aus anderen Rechtsgründen ergeben, insbesondere aus einer entsprechenden vertraglichen Abrede (BGH, Urteil vom 12.03.2013 – II ZR 73/11, NZG 2013, 738 – Rz. 11 a.E.). Denn bei der KG gibt es weder einen im Innenverhältnis wirkenden Kapitalerhaltungsgrundsatz noch gibt es eine Rechtfertigung für die Annahme, dass im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Kapitalrückzahlungen der Gesellschaft im Zweifel wieder zuzuführen sind (BGH, Urteil vom 12.03.2013 – II ZR 73/11, NZG 2013, 738 – Rz. 12 ausdrücklich gegen OLG Köln, BeckRS 2012, 07362 – juris Rz. 25; Weipert in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Auflage 2008, § 169 Rdn. 23).	
(1)	70
Der hier in Rede stehende Gesellschaftsvertrag, der inhaltliche Abweichungen zu dem Gesellschaftsvertrag aufweist, über den der BGH in den beiden Entscheidungen vom 12.03.2013 zu befinden hatte, enthält nach Auffassung des Senats in § 4 Ziffer 9 eine Regelung, aus der sich ein Vorbehalt der Rückforderung entnehmen lässt.	71
(aa)	72
Dabei sind Gesellschaftsverträge von Publikumsgesellschaften nach ständiger Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 12.03.2013 – II ZR 73/11, NZG 2013, 738 – Rz. 13), der der Senat folgt, allein nach ihrem objektiven Erklärungsinhalt auszulegen und unterliegen einer ähnlichen Auslegung und Inhaltskontrolle wie Allgemeine Geschäftsbedingungen, so dass in Anlehnung an § 305c Abs. 2 BGB Zweifel bei der Auslegung zu Lasten des Verwenders gehen (BGH, Urteil vom 12.03.2013 – II ZR 73/11, NZG 2013, 738 – Rz. 14 m.w.N.), was für den einer Publikumsgesellschaft beitretenden Gesellschafter bedeutet, dass sich die mit dem Beitritt verbundenen, nicht unmittelbar aus dem Gesetz folgenden Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag klar ergeben müssen (BGH, Urteil vom 12.03.2013 – II ZR 73/11, NZG 2013, 738 – Rz. 14 a.E.).	73
(bb)	74
	75

Gemessen daran enthält der hier auszulegende Gesellschaftsvertrag hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Kommanditisten Auszahlungen gem. § 11 Ziffer 3 S. 1 des Gesellschaftsvertrages unter dem Vorbehalt einer Rückforderung erhalten haben.

Anders als in den beiden am 12.03.2013 vom BGH entschiedenen Fällen ist hier in § 4 Ziffer 9 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages ausdrücklich vorgesehen, welche Konten im Einzelnen geführt werden. Neben dem festen Kapitalkonto I, auf dem die vereinbarte Einlage verbucht wird, wird ein variables Kapitalkonto II geführt, auf dem allein die Gewinn- und Verlustanteile des Kommanditisten verbucht werden, ohne dass sich aus diesen Konten Gesellschafterrechte ergeben. Das Kapitalkonto II erfasst damit die nicht entnahmefähigen Gewinne und die Verluste. Darüber hinaus sieht der Gesellschaftsvertrag die Bildung eines gesonderten „Einlage-/Entnahme-/ Darlehenskontos“ vor, auf dem etwaige weitere Einlagen sowie sämtliche Entnahmen/Ausschüttungen gebucht werden, soweit letztere zu einem Wiederaufleben der Haftung gegenüber Gläubigern der Gesellschaft führen. Diese – im Außenverhältnis gem. § 172 Abs. 4 HGB – zu einer Haftung des Kommanditisten führenden Entnahmen oder Ausschüttungen werden nach der gesellschaftsvertraglichen Regelung – im Innenverhältnis – ausdrücklich als zinslose Darlehensverbindlichkeit der betroffenen Gesellschafter/Treugeber gegenüber der Gesellschaft gebucht. Anders als in dem Gesellschaftsvertrag, der den Entscheidungen des BGH vom 12.03.2013 zugrunde lag, ist damit klargestellt, dass mit der Auszahlung gewinnunabhängiger Ausschüttungen eine Verbindlichkeit des die Zahlung empfangenden Kommanditisten gegenüber der Gesellschaft begründet wird, so dass dieses (variable) „Einlage-/Entnahme-/Darlehenskonto“ im Fall des Debets einen Anspruch der Gesellschaft gegen den Kommanditisten ausweist. Anders als eine bloße „Buchung auf Darlehenskonto“, der sich nicht zweifelsfrei entnehmen lässt, ob es sich um eine Darlehensverbindlichkeit der Gesellschaft oder des Gesellschafters handelt, ist vorliegend eindeutig von einer Darlehensverbindlichkeit des Gesellschafters/Treugebers die Rede, für die gerade eine Verpflichtung zur Rückzahlung charakteristisch ist. Dementsprechend sieht § 4 Ziffer 9 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages ausdrücklich auch eine Rückzahlung (der Entnahmen/Ausschüttungen, die zu einem Wiederaufleben der Haftung gegenüber Gläubigern der Gesellschaft führen) vor und macht sie „aufschiebend bedingt von der Liquiditätslage der Gesellschaft“ abhängig.

76

Auch wenn es wünschenswert gewesen wäre, die Regelungen in § 11 Ziffer 3 und in § 4 Ziffer 9 Abs. 3 in einen engeren textlichen Kontext zu stellen, wird trotzdem – entgegen der Ansicht des Landgerichts – bei der von einem Kapitalanleger zu erwartenden sorgfältigen Befassung mit dem gesamten Inhalt des Gesellschaftsvertrages der Zusammenhang der beiden Bestimmungen hinreichend deutlich. Insoweit stellen sich die Klauseln – entgegen der Ansicht der Beklagten – auch nicht als überraschend dar.

77

Dadurch dass das Rückzahlungsverlangen ausdrücklich an die „Liquiditätslage der Gesellschaft“ geknüpft ist, liegt zudem der vom BGH (Urteil vom 12.03.2013 – II ZR 73/11, NZG 2013, 738 – Rz. 23) für erforderlich gehaltene besondere Grund für die Rückforderung vor, da es ansonsten widersprüchlich wäre, wenn die Gesellschafter nach den Regelungen im Gesellschaftsvertrag regelmäßig aus Liquiditätsüberschüssen Zahlungen von der Gesellschaft erhalten sollen, ihnen diese – unter Umständen über erhebliche Zeiträume hinweg geleisteten – Zahlungen aber ohne Weiteres binnen einer Frist von drei Monaten (§ 488 Abs. 3 S. 2 BGB) wieder entzogen werden könnten.

78

Dass die Auszahlungen nach § 11 Ziffer 3 des Gesellschaftsvertrages unter dem Vorbehalt der Rückzahlung stehen, wird auch in § 8 Ziffer 4 des Gesellschaftsvertrages vorausgesetzt, wenn darauf hingewiesen wird, dass keine Nachschusspflicht der Kommanditisten besteht,

79

dies aber nur unbeschadet der nicht abdingbaren gesetzlichen Haftungsregeln und der „Darlehensregelung in § 11 Ziff. 3“ gilt.

Im Gegensatz zu dem Gesellschaftsvertrag, der den Entscheidungen des BGH vom 12.03.2013 zugrunde lag, lässt sich dem hier zu beurteilenden Gesellschaftsvertrag nicht entnehmen, dass jedenfalls in der Liquidation bereits erfolgte Ausschüttungen nicht zum Ausgleich etwaiger Belastungen des Kapitalkontos herangezogen werden sollen, so dass insoweit auch kein gewichtiges Indiz (vgl. BGH, Urteil vom 12.03.2013 – II ZR 73/11, NZG 2013, 738 – Rz. 26) dafür vorhanden ist, dass auch in der Phase des Betriebs des Schiffs eine Rückforderung dieser Ausschüttung nicht gewollt war.

80

(2)

81

Die Voraussetzungen, unter denen gem. § 11 Ziffer 3 des Gesellschaftsvertrages gezahlte Ausschüttungen in Höhe von 20.000 € von der Beklagten zurückgefordert werden können, liegen vor. Nach § 4 Ziffer 9 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages ist die Rückzahlung einer zu einem Wiederaufleben der Haftung gegenüber Gläubigern der Gesellschaft führenden Ausschüttung aufschiebend bedingt von der Liquiditätslage der Gesellschaft abhängig.

82

(aa)

83

Bei den an die Beklagte erfolgten Ausschüttungen handelte es sich um gewinnunabhängige Zahlungen, die dazu führten, dass der Kapitalanteil der Beklagten in mindestens dieser Höhe unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert wurde mit der Folge, dass gegenüber den Gesellschaftsgläubigern insoweit die Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB wieder auflebte. Soweit die von der Klägerin als Anlage 7 vorgelegte Entwicklung des Kapitalkontos der Beklagten im Jahre 2004 die Zuweisung eines Gewinnanteils von 39.278,13 € enthält, konnte dieser nicht Grundlage etwa von echten Gewinnauszahlungen gem. § 11 Ziffer 2 des Gesellschaftsvertrages sein, da der Kapitalanteil durch die Anfangsverluste massiv unter die Haftsumme gesunken war (./. 69.003,41 zu Beginn des Jahres 2004). Nach § 169 Abs. 1 S. 2 HGB konnte in dieser Situation die Auszahlung von Gewinnen nicht gefordert werden, so dass als Rechtsgrund für die Zahlungen der Klägerin für jeden Kommanditisten erkennbar allein die gesellschaftsrechtliche Vereinbarung über gewinnunabhängige Ausschüttungen in § 11 Ziffer 3 des Gesellschaftsvertrages in Betracht kam. Entgegen der Auffassung der Beklagten waren auch die Anfangsverluste geeignet, eine (teilweise) Rückzahlung der Einlage und damit das Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung nach § 172 Abs. 4 HGB zu begründen. Soweit die Beklagte erstinstanzlich lediglich pauschal die Richtigkeit der in der Aufstellung Anlage 7 enthaltenen Zahlen bestritten hat, ist dies unsubstantiiert und unbeachtlich.

84

(bb)

85

Die aufschiebend bedingte Abhängigkeit der Verpflichtung zur Rückzahlung von der Liquiditätslage der Gesellschaft kann nur dahingehend verstanden werden, dass sich die Klägerin in einer kritischen Liquiditätslage befinden muss und auf die Zufuhr von Liquidität angewiesen ist. Ein solches Verständnis folgt aus der Vorschrift des § 305c Abs. 2 BGB, die – wie bereits erwähnt – zumindest ihrem Rechtsgedanken nach anwendbar ist. Da die Bedingung für die Rückforderbarkeit der gewinnunabhängigen Ausschüttungen ungenau formuliert und daher auslegungsbedürftig ist, ist zugunsten der Gesellschafter diese enge Auslegung vorzunehmen. Die Klägerin hat insoweit von der Beklagten unbeanstandet ausgeführt, dass sie sich im Jahr 2012 aufgrund des Einbruchs der Charraten bei den Tankschiffen in einer existenzbedrohenden Liquiditätssituation befunden habe und ohne die

86

Zuführung weiterer Liquidität die Zahlungsunfähigkeit gedroht hätte. Dementsprechend sei eine „Kapitalerhöhung“ und, falls diese nicht in ausreichendem Maße gezeichnet werde, eine Rückforderung der gewinnunabhängig geleisteten Ausschüttungen erforderlich.

(cc) 87

Entgegen der Ansicht der Beklagten steht es der Geltendmachung des Anspruchs auf Rückzahlung gewinnunabhängiger Ausschüttungen nicht entgegen, dass hierüber kein Gesellschafterbeschluss gefasst worden ist. Bei der Entscheidung über die Rückforderung dieser Beträge handelt es sich um ein gewöhnliches Geschäft der Verwaltung, das der Komplementärin der Klägerin bzw. dem von dieser mit der Geschäftsbesorgung beauftragten Dritten übertragen 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 (Roth in Baumbach/Hopt, HGB, 34. Auflage 2014, § 116 Rdn. 1). Hierzu gehört auch die Rückforderung von Ausschüttungen. Das folgt daraus, dass die Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft zu den typischen Aufgaben der Geschäftsführung gehört. Eine andere Beurteilung ist nicht deswegen angezeigt, 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 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 vollzogen worden.

88

Der Senat teilt nicht die im Verhandlungstermin geäußerte Auffassung der Beklagten, der Regelung in § 8 Ziffer 3 des Gesellschaftsvertrages lasse sich die Notwendigkeit eines Gesellschafterbeschlusses entnehmen. Die dort genannten Beschlussgegenstände, die eine qualifizierte Mehrheit erfordern, betreffen die Grundlagen der Gesellschaft (Änderung des Gesellschaftsvertrages, Veräußerung des Seeschiffs, Auflösung der Gesellschaft etc.) und sind deshalb in ihrer Bedeutung mit der Geltendmachung von Zahlungsansprüchen gegen Kommanditisten nicht annähernd vergleichbar.

89

bb) 90

Die geltend gemachten Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 08.01.2013 sind als Verzugszinsen gem. §§ 286, 288 BGB begründet.

91

b) Klageantrag zu 2) 92

aa) 93

Die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten ist vorliegend gem. §§ 286 Abs. 1, 280 Abs. 2 BGB begründet. Aufgrund des Schreibens der Klägerin vom 12.12.2012 befindet sich die Beklagte seit dem 08.01.2013 mit der Zahlung der 20.000 € in Verzug.

94

Als Verzögerungsschaden kann die Klägerin grundsätzlich auch die Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung – insbesondere die Rechtsanwaltskosten – ersetzt verlangen. Soweit die Beklagte in Abrede stellt, dass dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin überhaupt ein Auftrag zur außergerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs erteilt

95

worden ist, steht dem die tatsächliche Vorgehensweise der Prozessbevollmächtigten der Klägerin entgegen, von der anzunehmen ist, dass sie auftragsgemäß erfolgt ist. Davon zu unterscheiden ist indes die Frage, ob die Klägerin, ohne Rechtsnachteile befürchten zu müssen, einen Auftrag zur außergerichtlichen Rechtsverfolgung und gleichzeitig einen bedingten Klageauftrag für den Fall des Scheiterns der außergerichtlichen Bemühungen erteilen durfte. Dies ist dann der Fall, wenn hinreichender Grund zu der Annahme besteht, dass der Versuch einer außergerichtlichen Regulierung mit Hilfe eines Anwalts Aussicht auf Erfolg bietet (vgl. OLG Celle, Urteil vom 25.10.2007 – 13 U 146/07 – juris Rz. 10). Daran fehlt es, wenn der Schuldner zahlungsunwillig ist und der Versuch einer außergerichtlichen Forderungsdurchsetzung auch nicht aus sonstigen Gründen Erfolg verspricht (vgl. BGH, Urteil vom 26.02.2013 – XI ZR 345/10, JurBüro 2013, 418 f. – juris Rz. 38). Ein solcher Fall liegt jedoch nicht vor, da für die Klägerin nicht ersichtlich war, aus welchem Grund die Beklagte der Zahlungsaufforderung nicht nachkam, da sie auf das Mahnschreiben überhaupt nicht reagiert hatte.

Die Klägerin kann diejenigen Gebühren ersetzt verlangen, die sie ihrem Prozessbevollmächtigten für das Schreiben vom 25.08.2013 (Anlage 8), schuldet. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin kann dafür eine 1,3-fache Geschäftsgebühr gem. VV Nr. 2300 verlangen, der einen Gebührenrahmen von 0,5 bis 2,5 der einfachen Geschäftsgebühr vorsieht. Für die hier als durchschnittlich anzusehende Angelegenheit erscheint der Ansatz einer 1,3-fachen Geschäftsgebühr als angemessen. Dass es sich bei dem Schreiben vom 25.08.2013 um ein Schreiben einfacher Art i.S.v. VV Nr. 2301 handelt, für das nur eine 0,3-fache Geschäftsgebühr verlangt werden kann, ist nicht anzunehmen und wird von der Beklagten auch nicht geltend gemacht. 96

Da die Kostenberechnung im Übrigen nicht zu beanstanden ist – seinerzeit belief sich die einfache Gebühr nach einem Streitwert von 20.000 € auf 646 € –, kann die Klägerin die Erstattung der geltend gemachten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von insgesamt 859,80 € – unter Hinzusetzung der allgemeinen Pauschale für Post und Telekommunikation in Höhe von 20 € – verlangen. 97

Auch wenn die Beklagte die Begleichung der außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten durch die Klägerin bestritten und die Klägerin dafür keinen Beweis angetreten hat, war nicht lediglich auf Freistellung, sondern gleichwohl auf Zahlung zu erkennen. Denn nach § 250 BGB kann ein Befreiungsanspruch in einen Zahlungsanspruch übergehen, wenn der Gläubiger unter Setzung einer Frist mit Ablehnungsandrohung den Ersatzpflichtigen erfolglos zur Erfüllung aufgefordert hat. Nach fruchtlosem Ablauf kann der Gläubiger dann Ersatz in Geld verlangen und der Anspruch auf Freistellung ist ausgeschlossen. Das Erfordernis einer entsprechenden Fristsetzung entfällt, wenn der Schuldner ernsthaft und endgültig die Befreiung oder überhaupt jede Schadensersatzleistung verweigert, was auch in einem entsprechenden prozessualen Verhalten liegen kann, so dass sich der Befreiungsanspruch in dem Zeitpunkt in eine Geldforderung umwandelt, in dem der Berechtigte Geldersatz fordert (BGH, Urteil vom 17.02.2011 – III ZR 144/10, NZG 2011, 631 – Rz. 22 m.w.N.). 98

bb) 99

Die weiterhin begehrten Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 04.02.2014 sind als Rechtshängigkeitszinsen gem. §§ 288, 291 BGB begründet. 100

2. 101

102

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO i.V.m. § 26 Nr. 8 EGZPO.

Eine Zulassung der Revision – wie von der Beklagten angeregt – war nicht veranlasst, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Der Senat hat die Auslegung des Gesellschaftsvertrages unter Beachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung vorgenommen.