
Datum: 20.07.2016
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 6/16
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2016:0720.8U6.16.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 19 O 38/15
Nachinstanz: Bundesgerichtshof, II ZR 212/16

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 25.08.2015 verkündete Urteil des Landgerichts Dortmund wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Dieses und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Dem Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung aus diesem und dem angefochtenen Urteil durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des jeweiligen Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

I.
Die Klägerin begehrt von dem Beklagten die Rückzahlung gewinnunabhängiger Ausschüttungen in Höhe von 316.800,- EUR.

Der Beklagte beteiligte sich als (Treugeber-)Kommanditist an der Klägerin, bei der es sich um eine Fondsgesellschaft handelt, deren Gegenstand der Erwerb und der Betrieb des Containerschiffs X ist.

1

2

3

4

5

Der Gesellschaftsvertrag enthält u.a. folgende Regelungen:

§ 4	6
(...)	7
9. ... Zusätzlich wird für jeden Kommanditisten bei Eintritt der in § 11 Ziff. 5	8
genannten Bedingungen ein gesondertes Darlehenskonto geführt. ...	9
§ 8	10
(...)	11
4. Kein Kommanditist kann durch Gesellschafterbeschlüsse gegen seinen Willen	12
verpflichtet werden, der Gesellschaft weitere Mittel nachzuschießen, unbeschadet der nicht	
abdingbaren gesetzlichen Haftungsregelung und der Darlehensregelung in § 11 Ziffer 5. ...	
§ 11	13
(...)	14
3. Sämtliche Auszahlungen gemäß den nachfolgenden Ziffern gelten als	15
Vorabgewinn und erfolgen unabhängig von einem im Jahresabschluss der Gesellschaft	
ausgewiesenen Gewinn oder Verlust der Gesellschaft.	
4. Die Gesellschaft zahlt als Vorabgewinn für den Fall, dass die Liquiditätslage es	16
zulässt, im jeweiligen Geschäftsjahr unterjährig zunächst und vorab für die Garant-	
Kommanditisten:	
• bis zu 6 % für die Jahre 2006 bis 2025 (für das Jahr 2006 anteilig)	17
und danach aus der verbleibenden Restliquidität als Vorabgewinn für die Dynamik-	18
Kommanditisten:	
• bis zu 8 % für die Jahre 2007 bis 2012	19
• bis zu 9 % für die Jahre 2013 bis 2016	
• bis zu 10 % für die Jahre 2017 und 2018	
• bis zu 12 % für das Jahr 2019	
• bis zu 18 % für das Jahr 2020	
• bis zu 23 % für die Jahre 2021 bis 2025	
jeweils bezogen auf ihr planmäßig eingezahltes Kommanditkapital p.a. ...	20
5. Soweit Entnahmen/Auszahlungen an die Gesellschafter zu einem	21
Wiederaufleben der Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB führen, werden diese in einem	
gesonderten Verzeichnis geführt. Unter der aufschiebenden Bedingung, dass	
Entnahmen/Auszahlungen der Gesellschafter zu einem Wiederaufleben der Haftung nach §	
172 Abs. 4 HGB führen und die Liquiditätslage der Gesellschaft eine Rückforderung nach	
Feststellung der Geschäftsführung notwendig macht, werden diese	
Entnahmen/Auszahlungen als Darlehen der Gesellschaft an die Gesellschafter angesehen	
und auf einem dann gesondert eingerichteten Darlehenskonto als Darlehensforderung der	

Gesellschaft verbucht.

Sofern ein Gesellschafter im Hinblick auf das Wiederaufleben der Haftung auf diese Entnahmen verzichtet, entfällt für ihn insoweit die Bildung der Darlehensverbindlichkeit. Die Auszahlung erfolgt dann spätestens bei Liquidation der Gesellschaft vorab. ...“ 22

Wegen des Inhalts des Gesellschaftsvertrages im Übrigen wird auf die zur Akte gereichte Vertragskopie Bezug genommen (Anl. K 1). 23

Dem Beklagten wurden in den Jahren 2007 und 2008 gewinnunabhängige Ausschüttungen in Höhe der Klageforderung ausgezahlt. 24

Infolge der Schiffsmarktkrise sah sich die Geschäftsführung der Klägerin im Jahre 2013 zur Aufstellung eines Sanierungskonzepts veranlasst, das für den Fall, dass nicht genügend zusätzliches Kapital eingeworben werden konnte, die Rückforderung der an die Kommanditisten ausgezahlten gewinnunabhängigen Ausschüttungen beinhaltete. Mit Schreiben an die Kommanditisten vom 13.09.2013 bat die Klägerin um Mitwirkung bei der Kapitalerhöhung und erklärte die Kündigung der in der Vergangenheit als Darlehen gewährten Auszahlungen. Da sich der Beklagte nicht an einer freiwilligen Kapitalerhöhung beteiligte, forderte die Klägerin ihn mit Schreiben vom 10.02.2014 und 25.03.2014 zur Rückzahlung der geleisteten gewinnunabhängigen Ausschüttungen auf. Der Beklagte kam dem nicht nach. 25

Die Klägerin hat vorgetragen: Der Beklagte sei aufgrund der Regelung in § 11 Ziff. 5 des Gesellschaftsvertrages zur Rückzahlung der gewinnunabhängigen Ausschüttungen verpflichtet. Die vorgenannte Regelung stelle eine hinreichende rechtliche Grundlage für das Rückforderungsverlangen dar, weil sich aus ihr der Darlehenscharakter der gewinnunabhängigen Ausschüttungen für den Fall des Eintritts der in der Klausel genannten Bedingungen eindeutig ergebe. Die fraglichen Bedingungen seien eingetreten, weil die Kapitalkonten des Beklagten seit dem Jahre 2007 negativ gewesen seien und die Geschäftsführung der Klägerin infolge der eingetretenen Liquiditätsschwierigkeiten die Rückforderung der Ausschüttungen beschlossen habe. 26

Die Klägerin hat beantragt, 27

den Beklagten zu verurteilen, 28

1. an sie 316.800,- EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.04.2014 zu zahlen und 29

2. die Klägerin von vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 3.260,90 EUR gegenüber der Rechtsanwaltskanzlei Q freizustellen. 30

Der Beklagte hat beantragt, 31

die Klage abzuweisen. 32

Er hat gemeint, eine hinreichend klare Regelung zur Begründung eines Rückzahlungsanspruchs liege nicht vor. Es werde nicht geregelt, wann und unter welchen Voraussetzungen die Ausschüttungen zurückgefordert werden könnten. Es mangle schon an dem „Wie“ der Rückzahlungspflicht. Ein Rückgriff auf das ordentliche Kündigungsrecht nach BGB sei nicht ausreichend. Sonst wären die Darlehen bereits nach der ersten Auszahlung von Liquidität nach den Opportunitätsgrundsätzen des Marktes mit 33

dreimonatigem Vorlauf rückforderbar. Die Regelungen seien in Bezug hierauf unklar und widersprüchlich. Es sei hiermit von vornherein nicht beabsichtigt gewesen, auf die Ausschüttungen der Anleger durch Darlehenskündigung zurückzugreifen. Der Hintergrund dieser Darlehensklauseln sei in § 15 a EStG zu sehen. Entnahmen hätten nicht zu Lasten des Eigenkapitalkontos gehen sollen, sondern auf ein separates (Darlehens-) Konto, um eine Gewinnzurechnung von Entnahmen und die daraus folgende Gewinnbesteuerung zu umgehen. Zudem wäre für die Rückforderung ein Gesellschafterbeschluss erforderlich gewesen, da es sich bei der Kündigung von Gesellschafterdarlehen nicht um ein gewöhnliches Geschäft der Geschäftsführung handele.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Wegen der Begründung wird auf den Inhalt des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 34

Hiergegen wendet sich der Beklagte mit seiner Berufung. Zur Begründung trägt er vor: Die rechtliche Würdigung des Landgerichts entspreche nicht den Vorgaben der einschlägigen BGH-Rechtsprechung. Weder das „Ob“ des Darlehensvertrages noch das „Wie“ der Rückforderbarkeit eines Darlehens sei eindeutig geregelt. Die Klausel des § 10 Ziff. 5 des Gesellschaftsvertrages sei widersprüchlich, da die Zahlung entweder zu einem Wiederaufleben der Haftung führe oder ein Darlehen sei. Der Empfänger der Zahlung wisse auch nicht, ob die Zahlung, die er erhalte, eine solche mit Rechtsgrund sei oder nicht. Überdies sei das Darlehen nicht ordnungsgemäß gekündigt worden. Nach dem Gesellschaftsvertrag bedürfe es zur Auszahlung von Entnahmen eines Gesellschafterbeschlusses. Die Voraussetzungen, unter denen der Gesellschafter zur Rückzahlung der Ausschüttungen an die Gesellschaft verpflichtet sei, seien in dem Gesellschaftsvertrag nicht geregelt. 35

Der Beklagte beantragt, 36

das landgerichtliche Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen;hilfsweise: das angefochtene Urteil aufzuheben und zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Dortmund zurückzuverweisen. 37

Die Klägerin beantragt, 38

die Berufung zurückzuweisen. 39

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. 40

Inzwischen hat die Gesellschafterversammlung unter dem 30.11.2015 (Anl. BE 1) eine Umfinanzierung des bestehenden Schiffshypothekendarlehens beschlossen und die persönlich haftende Gesellschafterin ermächtigt, das Schiff der Gesellschaft zu veräußern und die Gesellschaft anschließend zu liquidieren, falls die vorgesehene Anschlussfinanzierung nicht bis Ende Januar 2016 durchgeführt wird. Später ist das Schiff am 26.04.2016 veräußert worden. Gleichwohl bestehen noch erhebliche Kreditverbindlichkeiten der Klägerin. 41

Die Klägerin sieht die streitgegenständlichen Rückzahlungsansprüche hierdurch nicht beeinträchtigt. 42

Sie beantragt hilfsweise, 43

44

festzustellen, dass in der Liquidationsschlussrechnung der Klägerin Verpflichtungen des Beklagten gegenüber der Klägerin zur Zahlung von 316.800,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basissatz p.a. seit dem 12.04.2014 sowie von vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 3.260,90 € einzustellen sind, und, soweit ein negatives Auseinandersetzungsguthaben in Höhe der vorgenannten Beträge entsteht, dieses vom Beklagten auch gegenüber der Klägerin auszugleichen ist.

Der Beklagte beantragt, 45

auch diesen Antrag zurückzuweisen. 46

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 47

II. 48

Die zulässige Berufung des Beklagten ist unbegründet. Das Landgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben. 49

1. Der Klägerin steht ein Anspruch gegen den Beklagten auf Erstattung gewinnunabhängiger Ausschüttungen in Höhe von 316.800,- EUR aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. § 11 Ziff. 5 des Gesellschaftsvertrages zu. 50

a) Der Beklagte ist hinsichtlich der Klageansprüche trotz seiner Stellung als Treugeber-Kommanditist passivlegitimiert. Er hat nämlich aufgrund des hier vorliegenden Zusammenspiels von Gesellschafts- und Treuhandvertrag im Innenverhältnis zur Klägerin, wie sich dies ausdrücklich aus § 1 Ziff. 5 des Gesellschaftsvertrags ergibt, die Stellung eines direkten Gesellschafters. Dass der Treuhänderin eine bloße „Mittlerfunktion“ zukommt, ergibt sich zudem aus § 3 Ziff. 2 Abs. 3, 4; § 3 Ziff. 5 Abs. 3; § 4 Ziff. 2 Abs. 3, 4 und § 8 Ziff. 1 des Gesellschaftsvertrags (vgl. hierzu BGH, Urt. vom 2.7.2001 - Az. II ZR 304/00 - NJW 2001, 2718; Senat, Urt. v. 18.04.2016, 8 U 128/15). Der Rückzahlungsanspruch ist insofern zutreffend gegen den Beklagten gerichtet. 51

b) Der geltend gemachte Rückforderungsanspruch ist begründet. 52

aa) Ein Anspruch der Kommanditgesellschaft auf Rückzahlung gewinnunabhängiger Ausschüttungen entsteht nicht schon dann, wenn an einen Kommanditisten gewinnunabhängige Auszahlungen zu Lasten seines Kapitalanteils geleistet werden, sondern setzt stets voraus, dass der Gesellschaftsvertrag eine solche Rückzahlung vorsieht (vgl. BGH NZG 2013, 738 ff.). Nach der gesetzlichen Regelung in § 169 Abs. 1 S. 2 HGB hat ein Kommanditist nur einen Anspruch auf Auszahlung des ihm zukommenden Gewinns. Über die Regelung des § 169 Abs. 1 HGB hinaus sind nach allgemeiner Ansicht aber auch gewinnunabhängige Ausschüttungen an die Kommanditisten zulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag dies – wie vorliegend mit der Regelung in § 11 Ziff. 4 – vorsieht oder die Ausschüttung durch das Einverständnis aller Gesellschafter gedeckt ist (BGH a.a.O.). Ein Rückgewähranspruch der Gesellschaft entsteht in diesem Fall nicht automatisch, sondern kann sich nur aus anderen Rechtsgründen ergeben, insbesondere aus einer entsprechenden vertraglichen Abrede (BGH a.a.O.). Denn zum einen existiert bei der KG kein im Innenverhältnis wirkender Kapitalerhaltungsgrundsatz, zum anderen besteht auch keine Rechtfertigung für die Annahme, dass im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Kapitalrückzahlungen der Gesellschaft im Zweifel wieder zuzuführen sind (BGH a.a.O.). 53

bb) Der hier in Rede stehende Gesellschaftsvertrag enthält in § 11 Ziff. 5 eine wirksame Rechtsgrundlage für die Rückforderung gewinnunabhängiger Ausschüttungen.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH sind Gesellschaftsverträge von Publikumsgesellschaften allein nach ihrem objektiven Erklärungsinhalt auszulegen und unterliegen einer ähnlichen Auslegung und Inhaltskontrolle wie Allgemeine Geschäftsbedingungen (BGH a.a.O.). Dies bedeutet für den Gesellschaftsvertrag einer Publikumsgesellschaft, dass sich die mit dem Beitritt verbundenen, nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergebenden Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag klar ergeben müssen und die betreffenden Regelungen den Kommanditisten nicht unangemessen benachteiligen dürfen (vgl. BGH a.a.O.).

Diesen Anforderungen hält die Klausel in § 11 Ziff. 5 des Gesellschaftsvertrages stand.

(1) Die Klausel bestimmt in der gebotenen eindeutigen und unmissverständlichen Weise, dass gewinnunabhängige Auszahlungen, die zu einem Wiederaufleben der Haftung des Kommanditisten nach § 172 Abs. 4 HGB führen und deren Rückforderung nach der Feststellung der Geschäftsführung wegen der Liquiditätslage der Gesellschaft notwendig ist, als Darlehen der Gesellschaft an die Gesellschafter angesehen und auf den jeweiligen Darlehenskonten als Darlehensverbindlichkeit der Gesellschafter verbucht werden. Nach der gebotenen sorgfältigen Lektüre dieser Klausel muss jedem Kommanditisten bewusst sein, dass die gewinnunabhängigen Auszahlungen unter den genannten Voraussetzungen die Entstehung einer Darlehensforderung der Klägerin gegen ihn zur Folge haben. Das „Ob“ und das „Wie“ der Rückforderbarkeit der Zahlungen sind mit der nötigen Klarheit geregelt. Die sonstigen Regelungen des Gesellschaftsvertrages stehen hiermit in Einklang und rufen insoweit keine Unklarheiten hervor. So verweist § 8 Ziff. 4 des Gesellschaftsvertrages auf die vorgenannte Regelung und bestimmt ausdrücklich, dass diese Vorrang hat vor der Klausel in § 8 Ziff. 4 des Gesellschaftsvertrages, wonach kein Kommanditist gegen seinen Willen verpflichtet werden kann, der Gesellschaft weitere Mittel nachzuschießen. Auch § 4 Ziff. 9 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrages verweist auf die Klausel in § 11 Ziff. 5 des Gesellschaftsvertrages. Soweit der Beklagte dem entgegenhält, der Gesellschaftsvertrag regele nicht, unter welchen Voraussetzungen die Klägerin zur Rückforderung berechtigt sei, kann dem nicht gefolgt werden. Denn die Klausel in § 11 Ziff. 5 des Gesellschaftsvertrages stellt zwei Voraussetzungen für das Entstehen der Darlehensverbindlichkeit auf, nämlich das Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung im Außenverhältnis und die Feststellung der Notwendigkeit der Rückforderung infolge der Liquiditätslage durch die Geschäftsführung. Für einen Anleger ist ohne weiteres nachvollziehbar, dass er bei Vorliegen dieser Voraussetzungen grundsätzlich zur Rückzahlung der Ausschüttungen verpflichtet ist, und er weiß, dass der Zahlung aus der Liquidität als Rechtsgrund ein entsprechendes bedingtes Rückforderungsrecht zugrunde liegt. In der Folge fehlt es auch nicht, wie der Beklagte meint, an einer Aufklärung über das Innenhaftungsrisiko.

Die Rückzahlungsmodalitäten ergeben sich insoweit aus dem Gesetz. Das Entstehen einer Darlehensverbindlichkeit aufgrund der Notwendigkeit zur Erhaltung der Liquidität hat zur Folge, dass Darlehensrecht anwendbar ist, also die §§ 488 ff. BGB gelten. Danach bedarf es für die Fälligkeit der Rückzahlungsforderung gemäß § 488 Abs. 3 S. 1 und 2 BGB einer Kündigung durch die Klägerin und des Ablaufs der dreimonatigen Kündigungsfrist.

Die Klausel ist nicht, wie der Beklagte meint, widersprüchlich unter dem Aspekt, dass eine Valutierung als Darlehen nicht als Rückzahlung der Einlage angesehen werden könne und dass sich der Leistungsempfänger ansonsten zwei Gläubigern gegenüber sehen würde, nämlich der Klägerin als Darlehensgeberin und dem Fondsgläubiger, der nach § 172 Abs. 4

HGB einen Anspruch gegen den Anleger hätte. Eine Darlehensverbindlichkeit kommt mit den Auszahlungen der gewinnunabhängigen Ausschüttungen noch nicht zustande, sondern erst dann, wenn die Liquiditätslage der Gesellschaft später die Rückforderung der gewährten Leistungen erforderlich macht. Unabhängig davon schließen sich Darlehen und eine Außenhaftung nach § 172 Abs. 4 HGB nicht notwendigerweise aus, weil auch Darlehen an einen Gesellschafter zu unzulässigen Kapitalrückzahlungen führen können. Zum Zeitpunkt der Ausschüttungen aus der Liquidität lag kein unbedingter Darlehensvertrag vor. Dieser stand nach § 11 Ziff. 5 des Gesellschaftsvertrags unter der aufschiebenden Bedingung, die seinerzeit noch nicht eingetreten war. Es kommt deshalb auf die Frage, ob die Zahlungen etwa deshalb nicht haftungsschädlich waren, weil den Zahlungen ein wirksames Darlehensverhältnis zugrunde gelegen habe, nicht an. Unzweifelhaft führten die Auszahlungen als Rückzahlung der Einlage zu einem Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung nach § 172 Abs. 4 HGB.

Insofern geht es auch nicht um das Treffen einer nachträglichen Tilgungsbestimmung zu Lasten Dritter, um eine – wie im Senatstermin eingewandt - spätere Umqualifizierung in ein schuldrechtliches Darlehen oder um einen Wechsel bei der Bilanzierung von Entnahme und Darlehen. Ebenso wenig ist unter Verstoß gegen Gläubigerechte vereinbart, dass eine Rückzahlung von Einlagen im Nachhinein vermeintlich keine mehr sein soll. Wenn ein Darlehensrückzahlungsanspruch gegen den Kommanditisten entstanden ist, steht den Gesellschaftsgläubigern nunmehr eine vollwertige Darlehensforderung als Vermögen der Gesellschaft zur Verfügung. Sofern insoweit eine Gleichwertigkeit etwa wegen Zweifeln an der Bonität des Kommanditisten oder weil das Darlehen – wie hier – einem Drittvergleich nicht standhält, nicht angenommen werden sollte, wäre im Außenverhältnis keine maßgebliche Änderung eingetreten, d.h. die Kommanditeinlage gälte weiterhin als zurückgezahlt und die Haftung im Außenverhältnis bestünde fort. Erst mit der (Rück-) Zahlung an die Gesellschaft wäre die Außenhaftung wieder beendet.

60

(2) Die Klausel in § 11 Ziff. 5 des Gesellschaftsvertrages ist nicht überraschend i.S.v. § 305 c Abs. 1 BGB. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Kommanditisten nach § 169 Abs. 1 HGB an sich keinen Anspruch auf Gewährung gewinnunabhängiger Ausschüttungen haben. Wenn hiervon - wie hier in § 11 Ziff. 3 und 4 - im Gesellschaftsvertrag zu Gunsten der Kommanditisten abgewichen wird und gewinnunabhängige Ausschüttungen für den Fall, dass es die Liquiditätslage der Gesellschaft zulässt, verbindlich zugesagt werden, kann es nicht als überraschend angesehen werden, dass gleichzeitig eine Rückforderbarkeit für den Fall des Liquiditätsbedarfs der Gesellschaft vereinbart wird. Die hier maßgebliche Klausel befindet sich auch an passender Stelle im Gesellschaftsvertrag, nämlich unmittelbar hinter den Regelungen über Art und Höhe der Ausschüttungen und somit an exakt derjenigen Stelle, an der ein sorgfältiger Anleger sie erwarten würde.

61

(3) Die Klausel in § 11 Ziff. 5 des Gesellschaftsvertrages stellt keine unangemessene Benachteiligung der Kommanditisten i.S.v. § 307 BGB dar. Insoweit ist wiederum zu berücksichtigen, dass die Kommanditisten nach der gesetzlichen Regelung keinen Anspruch auf die Gewährung gewinnunabhängiger Ausschüttungen haben. Wenn der Gesellschaftsvertrag hiervon zu Gunsten der Kommanditisten abweicht und für den Fall einer ausreichenden Liquidität der Gesellschaft gewinnunabhängige Ausschüttungen zulässt, kann es nicht zu beanstanden sein, wenn für den Fall des Liquiditätsbedarfs der Gesellschaft eine Rückzahlungspflicht begründet wird. Im Übrigen steht es den Kommanditisten frei, ob sie die Ausschüttungen entgegennehmen wollen oder nicht. Verzichten sie auf die Ausschüttungen, stehen sie während des Bestehens einer verbenden Gesellschaft so, wie sie nach dem Gesetz stünden. Entscheiden sie sich für die Ausschüttungen, erhalten sie diese in dem

62

Wissen, dass sie unter Umständen später zur Rückzahlung verpflichtet sind. Eine unangemessene Benachteiligung der Kommanditisten ist vor diesem Hintergrund nicht erkennbar. Auch die Dauer der Kündigungsfrist von drei Monaten ist nicht zu beanstanden, weil sich diese nach der Entstehung der Darlehensverbindlichkeit aus dem Gesetz ergibt (§ 488 Abs. 3 S. 2 BGB). Eine unangemessene Benachteiligung der Kommanditisten ergibt sich auch nicht daraus, dass das Entstehen der Darlehensverbindlichkeit in das freie Ermessen der Geschäftsführung der Klägerin gestellt ist. Denn die hier in Rede stehende Klausel ist gemäß § 305 c Abs. 1 BGB dahin auszulegen, dass die bloße Feststellung der Geschäftsführung, dass wegen der Liquiditätslage eine Rückforderung der Ausschüttungen erforderlich ist, für die Entstehung der Darlehensverbindlichkeit nicht ausreicht. Vielmehr muss die Rückzahlung der Ausschüttungen auch objektiv zur Erhaltung der Liquidität erforderlich sein. Dies schließt auch aus, dass eine Rückzahlung, wie der Beklagte eingewandt hat, allein nach Darlehensgrundsätzen im freien Belieben der Gesellschaft gefordert werden kann.

(4) Unmaßgeblich für die Beurteilung ist der Verweis des Beklagten auf § 15 a EStG und auf eine vermeintliche Zielsetzung der Vertragsregelungen, zu umgehen, dass dem Kommanditisten Entnahmen als Gewinn zugerechnet werden könnten. Zum einen dient die Rückforderbarkeit der gewinnunabhängigen Ausschüttungen dazu, im Falle einer wirtschaftlich existenzbedrohenden Situation für die Gesellschaft die Liquidität durch Rückforderung der ausgezahlten Eigenkapitalanteile wieder herstellen zu können. Zum anderen ist diese steuerliche Beurteilung für die zivilrechtliche Beurteilung nicht maßgeblich. Die Frage der Besteuerung hätte vielmehr umgekehrt der zivilrechtlichen Gestaltung zu folgen. 63

cc) Die Voraussetzungen, unter denen gem. § 11 Ziff. 5 des Gesellschaftsvertrages eine Darlehensverbindlichkeit entsteht, liegen vor. Bei den hier in Rede stehenden Ausschüttungen handelte es sich um gewinnunabhängige Zahlungen, die dazu geführt haben, dass die Kapitalanteile des Beklagten in mindestens der Höhe der Auszahlungen unter den Betrag der geleisteten Einlagen herabgemindert wurden mit der Folge, dass gegenüber den Gesellschaftsgläubigern insoweit die Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB wieder aufgelebt ist. Entgegen der vom Beklagten im Senatstermin geäußerten Ansicht setzt dies nicht das Bestehen titulierter Forderungen von Gesellschaftsgläubigern oder den Eintritt der Insolvenz voraus. Die weitere Voraussetzung, dass die Liquiditätslage der Gesellschaft eine Rückforderung nach Feststellung der Geschäftsführung notwendig macht, liegt ebenfalls vor. Denn die Klägerin hat unwidersprochen vorgetragen, dass sie infolge der Schiffsmarktkrise in erhebliche Liquiditätsschwierigkeiten geraten ist und deshalb nach der Feststellung der Geschäftsführung im Jahre 2013 die Rückforderung der gewinnunabhängigen Auszahlungen erforderlich war. Einwendungen hiergegen macht der Beklagte nicht geltend. 64

dd) Da der Treugeber nach § 1 Ziff. 4, 5 des Gesellschaftsvertrags im Innenverhältnis der Gesellschaft die Stellung eines unmittelbaren Gesellschafters hat, war die Kündigung auch nicht an die Treuhänderin zu richten, sondern richtigerweise an den Beklagten. 65

ee) Der Geltendmachung des Anspruchs auf Rückzahlung der Ausschüttungen steht nicht entgegen, dass hierüber kein Gesellschafterbeschluss gefasst worden ist. Gemäß §§ 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. Bei der Entscheidung über die Rückforderung der Ausschüttungen handelt es sich um ein gewöhnliches Geschäft in diesem Sinne. Gewöhnlich in diesem Zusammenhang ist, was in einem Handelsgewerbe wie dem vorliegenden üblicherweise vorkommen kann (Roth in 66

Baumbach/Hopt, HGB, 36. Auflage 2014, § 116 Rdn.1). Hierzu gehören auch die Geltendmachung von Forderungen und damit grundsätzlich auch die Rückforderung von Ausschüttungen. Eine andere Beurteilung ist nicht deswegen angezeigt, weil es sich um Ansprüche gegen Gesellschafter handelt. Denn es geht bei der Rückforderung der Ausschüttungen nicht um die Frage, ob Ansprüche gegen Gesellschafter begründet werden sollen, sondern ob 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. Eine andere Sichtweise käme allenfalls dann in Betracht, wenn schon für die Gewährung von Ausschüttungen ein entsprechender Gesellschafterbeschluss erforderlich wäre. Dann wäre es naheliegend, einen solchen auch für die Rückforderung der Ausschüttungen zu verlangen. Eine solche Sachlage ist hier aber nicht gegeben. Denn die hier in Rede stehenden Ausschüttungen aus den Jahren 2007 und 2008 waren in § 11 Ziff. 4 des Gesellschaftsvertrages ihrer Art und Höhe nach bestimmt und nicht von einem entsprechenden Gesellschafterbeschluss abhängig.

ff) Der Rückzahlungsanspruch ist nicht ausgeschlossen, weil sich die Gesellschaft nunmehr in Liquidation befinden könnte und das von der Klägerin betriebene Schiff am 26.04.2016 veräußert worden ist. Zum einen beinhaltet die Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung vom 30.11.2015 (Anl. BE 1) selbst noch keinen Liquidationsbeschluss. Zum anderen könnten die Forderungen, selbst wenn die Klägerin aufgelöst wäre, nur dann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die Gesellschaft sie für die Durchführung der Abwicklung nicht benötigt, was von dem in Anspruch genommenen Gesellschafter zu beweisen ist (vgl. BGH, Urteil v. 3. 7. 1978, II ZR 54/77; U. v. 5. 11. 1979, II ZR 145/78; std. Rspr. des Senats in früheren Verfahren betreffend andere DS-Rendite-Fonds, z. B. U. v. 20. 6. 2011, I-8 U 151/10). Die Klägerin hat in diesem Zusammenhang mit Schriftsatz vom 15.06.2016 plausibel dargelegt, dass die ausstehenden Beträge zur Abwicklung benötigt werden. Der Beklagte hätte dies nicht ausgeräumt. 67

Auf den von der Klägerin gestellten Hilfsantrag kommt es insofern nicht mehr an. 68

3. Der vom Landgericht zuerkannte Zinsanspruch steht der Klägerin gem. §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB zu. Denn die Klägerin hat den Beklagten spätestens mit Schreiben vom 25.03.2014, das eine Zahlungsaufforderung bis zum 11.04.2014 enthielt, wirksam gemahnt. 69

4. Der Klägerin steht ferner ein Anspruch gegen den Beklagten auf Freistellung von der Gebührenforderung der Rechtsanwaltskanzlei Q in Höhe von 3.260,90 EUR gem. §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 Abs. 1 BGB zu. Der Beklagte befand sich spätestens seit dem 12.04.2014 mit der Zahlung der Hauptforderung in Verzug. Die Prozessbevollmächtigten der Klägerin wurden in der vorliegenden Sache erstmals im Juli 2014 durch Fertigung eines weiteren Zahlungsaufforderungsschreibens tätig. Im Wege des Schadensersatzes kann die Klägerin somit die Freistellung von der Gebührenforderung ihrer Prozessbevollmächtigten, die die Klägerin der Höhe nach zutreffend berechnet hat, verlangen. 70

5. Eine Zurückverweisung der Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht nach § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO gemäß dem Hilfsantrag des Beklagten ist nicht geboten. Weder ist ein wesentlicher Verfahrensfehler gerügt worden, noch ist zudem zur Entscheidung des Falles eine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme notwendig und zu erwarten. 71

III. 72

Die Kostenentscheidung erfolgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10 und 711 ZPO.	73
Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.	74
